



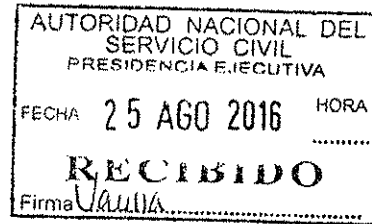
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

INFORME TÉCNICO N° 1687 -2016-SERVIR/GPGSC



A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Alcances de los beneficios acordados y/o pactados por negociación colectiva a funcionarios de confianza y de dirección

Referencia : Oficio N° 120-2014-A/MPJ

Fecha : Lima, **24 AGO. 2016**

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Jauja, consulta a SERVIR si los beneficios acordados y/o pactados por negociación colectiva alcanzan a los funcionarios que desempeñan cargos de confianza y de dirección.

II. Análisis

Competencias 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 que adopte cada Entidad.
- 2.3 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 El artículo 42º 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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación del Mar de Grau”

(militares, policías, jueces y fiscales). Dicho criterio fue adoptado en el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC de carácter vinculante (disponibles en www.servir.gob.pe).

- 2.5 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 en materia de condiciones de trabajo pudiera llegar la organización sindical con la entidad en el marco de la negociación colectiva.
- 2.6 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**.
- 2.7 Al respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia expedida 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 u otros gerentes).
- 2.8 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

¹ La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

“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 - STC. Exp. 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 Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

“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 (...).”





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

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.

- 2.9 Por su parte, a partir de la vigencia del régimen de la Ley del Servicio Civil, se ha establecido en su artículo 40⁴ que los **funcionarios públicos, directivos públicos y los servidores de confianza no son titulares de los derechos colectivos**, de lo cual se desprende que no pueden percibir los beneficios pactados en convenios colectivos⁵.
- 2.10 Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos 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 No obstante lo señalado, los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos 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 (Ver: Informe Técnico N° 254-2015-SERVIR/GPGSC, disponible en www.servir.gob.pe).

En caso contrario, de no suspenderse dichos beneficios durante el periodo que dura el cargo de dirección, el referido 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.



De la prohibición de incrementos y reajustes en el sector público y la negociación colectiva en los Gobiernos Locales

- 2.12 El artículo 44^o del Decreto Legislativo N° 276 señala que **"Las Entidades Públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones que se establece por la presente Ley (...). Es nula toda estipulación en contrario."** (Énfasis es nuestro)

⁴ Ley N° 30057- Ley del Servicio Civil

"Artículo 40^o. Derechos colectivos del servidor civil

Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza."

⁵ La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, entró en vigencia a partir del 5 de julio de 2013 y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, está vigente desde el 14 de junio del 2014; por tanto, desde dichas fechas las disposiciones referidas a los derechos colectivos son de aplicación común a todos los regímenes laborales de las entidades (por ejemplo, los Decretos Legislativos N° 276, y 1057-CAS); siendo así, los gobiernos locales deben adecuar sus negociaciones colectivas en curso a las normas del nuevo régimen.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

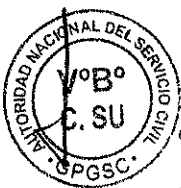
“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación del Mar de Grau”

De la citada disposición legal, podemos inferir que cualquier acuerdo o decisión que vulnere o afecte normas imperativas, sería nulo.

- 2.13 De este modo, el propio régimen de la carrera administrativa no permite el incremento de la remuneración a través de convenios colectivos, toda vez que éstos se rigen bajo el SUR establecido en el Decreto Legislativo N° 276 y sus normas complementarias.
- 2.14 Por su parte, el numeral 2) de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (en adelante LGSNP), vigente a partir del 1 de enero de 2005⁶, señala que la aprobación y reajuste de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de los trabajadores de los Gobiernos Locales se atienden con cargo a los ingresos corrientes de cada Municipalidad, y su importe era fijado a través del procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 070-85-PCM, contando con la previsión presupuestal respectiva.

Siendo así, el ya derogado Decreto Supremo N° 070-85-PCM⁷, para efectos de la negociación colectiva, se encontraba sujeto a las limitaciones de las leyes anuales de presupuesto, las cuales venían siendo de observancia obligatoria para todas las entidades del Sector Público.

- 2.15 Mediante la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto para el Sector Público para el Año Fiscal 2013 (en adelante LPSP 2013), vigente desde el 5 de diciembre de 2012 y de carácter permanente, se establece que los procedimientos de negociación colectiva y los arbitrajes, incluso aquellos que se encontraban en trámite a dicha fecha, sólo podrán contener aspectos relacionados con las condiciones de trabajo y no podrán disponer el incremento o reajuste de remuneraciones o la creación de beneficios económicos de cualquier índole; sancionándose con nulidad de pleno derecho los acuerdos, las resoluciones o los laudos arbitrales que contravengan dicha disposición.
- 2.16 Del mismo modo, en las leyes de presupuesto para el Sector Público (en adelante LPSP) de distintos años fiscales (2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016)⁸ se estipulan dichas limitaciones aplicables a las entidades en los tres (3) niveles de gobierno; regulándose en el



⁶ Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, vigente a partir del 2 de enero de 2013.

⁷ Resulta importante indicar que el Decreto Supremo N° 070-85-PCM ha sido derogado por las normas del nuevo régimen del Servicio Civil.

⁸ Leyes de Presupuesto del Sector Público del 2006 al 2016:

Ley N° 28652, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2006, artículo 8°.

Ley N° 28927, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2007, artículo 4°.

Ley N° 29142, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2008, artículo 5°.

Ley N° 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2009, artículo 5°.

Ley N° 29564, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2010, artículo 6°.

Ley N° 29626, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2011, artículo 6°.

Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2012, artículo 6°.

Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, artículo 6°.

Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2014, artículo 6°.

Ley N° 30281, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2015, artículo 6°.

Ley N° 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2016, artículo 6°.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación del Mar de Grau”

artículo 6º de las Leyes Nº 30281 y Nº 30372, LPSP para los Años Fiscales 2015 y 2016, respectivamente, prohibiciones o restricciones respecto al ingreso del personal:

- i) Se prohíbe el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento;
- ii) Se prohíbe la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente; y,
- iii) Estas prohibiciones incluyen el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

2.17 Por lo tanto, **cualquier reajuste, nivelación o incremento remunerativo y/o beneficio de toda índole deberá encontrarse autorizado por ley expresa**; caso contrario, cualquier acuerdo o decisión que vulnere dichas prohibiciones o restricciones imperativas es nulo y corresponderá a la entidad empleadora o a quien tenga legítimo interés solicitar, ante el órgano jurisdiccional competente, la nulidad de tales acuerdos (sean convenios colectivos o laudos arbitrales) en esos extremos, a fin de dejarlos sin efecto.

2.18 De otro lado, se debe señalar respecto de los Poderes del Estado, Organismos Constitucionalmente Autónomos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales; los cuales – basándose en su “autonomía” – pretenden inaplicar normas y políticas nacionales, disposiciones de sistemas funcionales así como normas y reglas de los sistemas administrativos en materia política, económica y administrativa y que implica la competencia para aprobar su presupuesto y su propia organización interna; el Tribunal Constitucional ha establecido que la autonomía de los órganos previstos en la Constitución no puede ser ejercida de manera irrestricta, pues tiene ciertos límites que dichas entidades deben tomar en cuenta en su ejercicio.



2.19 Bajo esa línea, si bien los Gobiernos Locales tienen **autonomía** (política, económica y administrativa de acuerdo al artículo 194º de la Constitución Política), ésta no puede ser irrestricta, pues la propia Constitución y la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que su ejercicio se sujeta a los asuntos cuya competencia ha sido atribuida a los Gobiernos Locales por la Constitución y las leyes, y además, dentro de los límites que éstas señalen.

2.20 En efecto, un límite al ejercicio de la autonomía de los Gobiernos Locales se encuentra en las prohibiciones y límites establecidos en las leyes de presupuesto anual aplicables para todo el Estado en sus tres niveles de gobierno.

2.21 En tal sentido, se debe tener en consideración que las leyes de presupuesto anual han venido estableciendo prohibiciones para el incremento de remuneraciones; no obstante, para que sea posible tal incremento debe estar autorizado por una norma legal expresa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación del Mar de Grau”

De la posición del Tribunal Constitucional respecto a la prohibición de incremento remunerativo

- 2.22 Es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en las sentencias referidas a los Expedientes N°s 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (contra la Ley del Servicio Civil) y N°s 0003-2013, 004-2013 y 0023-2013-PI/TC (contra las Leyes de Presupuesto de los años 2013, 2014 y 2015) ha declarado inconstitucionales las restricciones absolutas a la negociación colectiva en el Sector Público.
- 2.23 Adicionalmente, en dichas sentencias, el Tribunal Constitucional ha señalado que la negociación colectiva es un derecho fundamental de “configuración legal” cuyo contenido y alcance específico han sido encargados al legislador. Por tanto, para su ejercicio efectivo se requiere, previamente, tener dicha configuración legal.
- 2.24 En ese contexto, dicho Tribunal ha exhortado al Congreso de la República para que apruebe la regulación de la negociación colectiva para el Sector Público, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por un plazo que no podrá exceder de un año.
- 2.25 Finalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que durante este lapso se decreta la *vacatio sententiae* respecto de la inconstitucionalidad de la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales en el Sector Público. En consecuencia, aún se mantienen válidas y vigentes, las prohibiciones de negociación colectiva para incrementos salariales establecidos normativamente.

III. Conclusiones

- 3.1 Por mandato constitucional y de acuerdo a la Ley del Servicio Civil, los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (empleados de confianza y directivos públicos) según la Ley N° 28175, están excluidos del derecho de sindicación, por lo que no les resultarían aplicables los beneficios derivados de los convenios colectivos.
- 3.2 Los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos 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 referido servidor designado incurre en responsabilidad y es pasible de ser sancionado, previo procedimiento disciplinario
- 3.3 Desde el año 2006 a la actualidad, las LPSP establecen prohibiciones para el incremento de remuneraciones aplicables a las entidades de los tres (3) niveles de gobierno; por ello, cualquier reajuste, nivelación o incremento remunerativo y/o beneficio de toda índole deberá encontrarse autorizado por norma legal expresa.
- 3.4 El régimen del Decreto Legislativo N° 276 prohíbe a las entidades públicas negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el SUR previsto por dicho régimen.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

- 3.5 Cualquier reajuste, nivelación o incremento remunerativo y/o beneficio de toda índole deberá encontrarse autorizado por ley expresa; caso contrario, cualquier acuerdo o decisión que vulnere o afecte dichas prohibiciones o restricciones imperativas es nulo y corresponderá a la entidad empleadora o a quien tenga legítimo interés solicitar, ante el órgano jurisdiccional competente, la nulidad de tales acuerdos (sean convenios colectivos o laudos arbitrales) en esos extremos, a fin de dejarlos sin efecto.
- 3.6 Los procedimientos de negociación colectiva y los arbitrajes (incluso aquellos que se encontraban en trámite al 5 de diciembre de 2012) no pueden disponer el incremento o reajuste de remuneraciones o la creación de beneficios económicos de cualquier índole, debiendo contener únicamente aspectos relacionados con las condiciones de trabajo.
- 3.7 Pese a las sentencias referidas a los Expedientes N°s 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (contra la Ley del Servicio Civil) y N°s 0003-2013, 004-2013 y 0023-2013-PI/TC (contra las Leyes de Presupuesto de los años 2013, 2014 y 2015), debido a la *vacatio sententiae*, aún se mantienen válidas y vigentes las prohibiciones o restricciones reguladas en la LPSP, toda vez que deben establecerse los alcances de la negociación colectiva en el Sector Público mediante norma con rango de ley.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,


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

