



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia Ejecutiva
del Servicio Civil

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

INFORME TÉCNICO N° 826 -2016-SERVIR/GPGSC

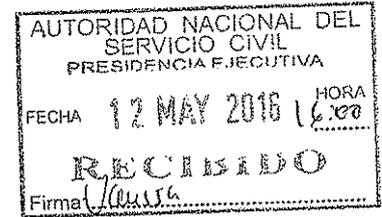
A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Alcance y vigencia de convenios colectivos e indemnización vacacional a personal del régimen del Decreto Legislativo N° 728

Referencia : Documento con registro N° 0018280-2015

Fecha : Lima, **12 MAYO 2016**



I. Objeto de la Consulta

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica del Proyecto Especial Chincas, Nuevo Chimbote – Gobierno Regional de Ancash, consulta a SERVIR lo referente al alcance y vigencia de un convenio colectivo de periodo 2012-2013 e indemnización vacacional a personal del régimen del Decreto Legislativo N° 728.

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 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.

Delimitación del presente informe

- 2.4 De acuerdo al Informe Legal N° 001-2012-SERVIR/GG-OAJ (disponible en www.servir.gob.pe) se señaló que los informes legales tienen por finalidad emitir una opinión general acerca de determinados temas de los que SERVIR es competente, uno de ellos, de la vigencia de las disposiciones pactadas en un convenio colectivo, por lo que no es materia del mismo evaluar la legalidad de dicho pacto en particular; no obstante en el presente informe se brindarán alcances de manera general en lo que respecta a los convenios colectivos.





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”

- 2.5 Asimismo, se hará referencia al procedimiento de negociación colectiva en el régimen de la actividad privada, cuya base legal es el Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, ello en atención a que el contenido de la consulta formulada se dio antes de la vigencia de los derechos colectivos de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

De los beneficios otorgados por convenios colectivos para trabajadores bajo el régimen de la actividad privada

- 2.6 En principio, debemos señalar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 42° del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante LRCT), ***“la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron; es decir, obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza”*** (Énfasis nuestro).
- 2.7 En efecto, los beneficios pactados a través de convenios colectivos suscritos al amparo de la LRCT comprenden por una parte a los trabajadores o personal con vínculo laboral con la entidad empleadora, de lo cual se desprende que dichos beneficios no alcanzarían al personal que no tiene vínculo laboral.

Lo anterior tiene sustento en el artículo 42° de la Constitución Política del Estado¹ que establece que el derecho de sindicación corresponde únicamente a los servidores públicos (entiéndase personal que tiene vínculo laboral). Además de ello, de acuerdo al artículo 12° de la LRCT² uno de los requisitos para ser miembro de un sindicato es ser trabajador de la entidad empleadora, ello a efectos de poder percibir los beneficios obtenidos en convenios colectivos.

- 2.8 En tal sentido, es importante precisar que no resultaría procedente pactar vía convenio colectivo el otorgamiento de beneficios a personal que no tiene vínculo laboral con la entidad, toda vez que este solo tendrá efectos para personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, es decir, los alcances de los convenios colectivos se circunscriben solo a los trabajadores pertenecientes a la entidad empleadora que negociaron a través de sus respectivas organizaciones sindicales.

De la prohibición de incrementos remunerativos dispuesto por las leyes anuales de presupuesto del sector público y la posición adoptada por el Tribunal Constitucional

- 2.9 Al respecto, debemos indicar que las leyes de presupuesto de años anteriores, así como la del presente ejercicio presupuestal, Ley N° 30372- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016, **vienen estableciendo una limitación** aplicable en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno en virtud de la cual, **se estaría eliminando cualquier posibilidad de**

¹ Constitución Política

Derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos

Artículo 42.- *Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.*

² T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR

Artículo 12.- Para ser miembro de un sindicato se requiere:

a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato.

(...)

Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el periodo de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho periodo les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”.





PERU

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”

incremento³ remunerativo, así como la aprobación de nuevas bonificaciones u otros beneficios (independientemente de la denominación, naturaleza o fuente de financiamiento) **inclusive aquellas derivadas de convenios colectivos.**

- 2.10 En tal sentido, **cualquier reajuste o incremento remunerativo deberá encontrarse autorizado por ley expresa**; caso contrario, **cualquier acuerdo o decisión que vulnere o afecte dichas normas 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 (convenios colectivos o laudos arbitrales) en esos extremos, a fin de dejarlos sin efecto.
- 2.11 Al respecto, es importante tener en cuenta la **Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional** referidas a los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (contra la Ley del Servicio Civil) y N° 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.

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.

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.

De este modo, 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.

- 2.12 Por tanto, ante la inobservancia de dichas restricciones, **corresponderá a la entidad empleadora o a quien tenga legítimo interés solicitar la nulidad de tales acuerdos** (convenios colectivos) en esos extremos ante el órgano jurisdiccional competente.

Del procedimiento de negociación colectiva y vigencia del convenio colectivo en el marco de la LRCT

- 2.13 Teniendo en cuenta lo anterior, para celebrar un convenio colectivo en el marco de la LRCT, debe realizarse previo **procedimiento de negociación colectiva, el cual se inicia con la presentación del pliego de reclamos - no antes de sesenta (60) ni después de treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de caducidad de la convención vigente (de existir) - ante la empresa, remitiéndose copia del mismo a la Autoridad de Trabajo⁴, y debiéndose iniciar la**



³ Ley N° 30372- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016

Artículo 6°.- Ingresos del Personal

“Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas”.

⁴ Artículo 53.- El pliego se presenta directamente a la empresa, remitiéndose copia del mismo a la Autoridad de Trabajo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Ministerio de Economía y Finanzas

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

negociación en los plazos y oportunidades que las partes acuerden dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego⁵.

- 2.14 Siendo así, de conformidad con el artículo 56° de la LRCT durante el procedimiento de negociación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada (con la asesoría del Ministerio de Economía y Finanzas, de requerirlo), a solicitud de parte o de oficio, puede practicar la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinar la situación económico - financiera de la entidad empleadora y su presupuesto para atender dichas peticiones⁶.

En efecto, de lo anterior se desprende la existencia de un informe de la situación económico-presupuestal de la entidad a fin de dar viabilidad a la atención de las demandas colectivas de los servidores, continuando con el procedimiento establecido en las etapas de negociación.

- 2.15 Finalmente, una vez celebrado el convenio colectivo, este debe formalizarse por escrito en tres (3) ejemplares, uno para cada parte y el tercero para su presentación a la Autoridad de Trabajo con el objeto de su registro y archivo⁷.

De este modo, en cuanto a la vigencia del convenio colectivo, este regirá durante el periodo que pacten las partes, o en su defecto tendrá una duración de un (01) año⁸.

Asimismo, el convenio colectivo durante el periodo de su vigencia, continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva posterior (sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente) o cuando las partes acuerden expresamente la renovación o prórroga total o parcial de dicho convenio⁹.

De los descansos vacacionales en el régimen de la actividad privada

- 2.16 Sobre este punto, en primer lugar debemos señalar que el **Decreto Legislativo N° 713, que regula los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada**, ha dispuesto en su artículo 10° que el trabajador tiene derecho a treinta (30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios, siempre que se cumpla con lo establecido en la referida disposición legal¹⁰; la cual no solo alcanza a los trabajadores, sino también resulta aplicable al personal de confianza o de dirección.

⁵ Artículo 57.- La negociación colectiva se realizará en los plazos y oportunidades que las partes acuerden, dentro o fuera de la jornada laboral, y debe iniciarse dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego.

⁶ Artículo 56.- En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el **Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo**, a través de una oficina especializada, practicará la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico - financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región. Asimismo estudiará, en general, los hechos y circunstancias implícitos en la negociación.

La Oficina especializada podrá contar con el **asesoramiento del Ministerio de Economía y Finanzas**, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y de otras instituciones cuando la naturaleza o importancia del caso lo requiera. El dictamen correspondiente, debidamente fundamentado y emitido sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentarán las empresas y de las investigaciones que se practiquen será puesto en conocimiento de las partes para que puedan formular su observación.

⁷ Literal c) del artículo 43° de la LRCT.

⁸ Literal c) del artículo 43° de la LRCT.

⁹ Literal c) del artículo 42° de la LRCT.

¹⁰ **Artículo 10°.- El trabajador tiene derecho a treinta (30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:**





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Comisión de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

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

- 2.17 De igual modo, de acuerdo al artículo 17¹¹ Decreto Legislativo N° 713, el trabajador **debe disfrutar del descanso vacacional en forma ininterrumpida, o en periodos no inferiores a siete días naturales**, previa autorización del empleador.

Por su parte, el artículo 18¹² del referido decreto legislativo referente a la acumulación de vacaciones en dicho régimen, señala que el descanso vacacional, cuando así lo convengan por escrito el trabajador y su empleador, **puede acumularse hasta en dos oportunidades consecutivas, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales.**

- 2.18 Ahora bien, en el régimen de la actividad privada, en caso no se haya utilizado el descanso vacacional, dentro del año siguiente a aquél en el que se adquiere dicho derecho, el trabajador percibirá, además de la remuneración por el trabajo realizado en el mes que debían descansar y de la remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado, una indemnización¹³ equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso.

No obstante, el artículo 24° del Reglamento de la norma anterior, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-92-TR, dispone que la indemnización por falta de descanso vacacional **“no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional”**, de lo cual se desprende que dicha indemnización no correspondería al personal de confianza que ostente dichos cargos.

- 2.19 En el caso de las **entidades públicas sujetas al régimen de la actividad privada**, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el Informe Legal N° 164-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en www.servir.gob.pe), respecto al pago de indemnización por no disfrute del descanso vacacional.

III. Conclusiones

- 3.1 En el marco de la LRCT, no resultaría procedente pactar vía convenio colectivo el otorgamiento de beneficios a personal que no tiene vínculo laboral con la entidad, toda vez que este sólo se circunscribe a los trabajadores pertenecientes a la entidad empleadora que negociaron a través

-
- a) *Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, deben haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho periodo.*
b) *Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, deben haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho periodo.*
c) *En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tienen derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho periodo.*



¹¹ “Artículo 17°.- El trabajador debe disfrutar del descanso vacacional en forma ininterrumpida; sin embargo, a solicitud escrita del trabajador, el empleador podrá autorizar el goce vacacional en periodos que no podrán ser inferiores a siete días naturales”.

¹² “Artículo 18°.- El trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales”.

¹³ Decreto Legislativo N° 713

Artículo 23.- Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente:

- a) Una remuneración por el trabajo realizado;
b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,
c) Una **indemnización** equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.
El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago. **(El énfasis es nuestro)**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina de Asesoría
Técnica

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

de sus respectivas organizaciones sindicales, más aun cuando por disposición constitucional, los derechos de sindicación y huelga alcanzan solo a los servidores públicos.

- 3.2 En el marco de la LRCT, durante el procedimiento de negociación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (con la asesoría del Ministerio de Economía y Finanzas, de requerirlo), a solicitud de parte o de oficio, puede emitir un informe o documento sobre la situación económico-presupuestal de la entidad a fin de dar viabilidad a la atención de las demandas colectivas de los servidores.
- 3.3 Los convenios colectivos vigentes se encontraban sujetos a las limitaciones de las leyes anuales de presupuesto del sector público referentes a la prohibición de incrementos remunerativos o aprobaciones de nuevas bonificaciones; caso contrario, cualquier acuerdo o decisión que vulnere o afecte normas imperativas, es nulo. Debe tenerse en cuenta lo señalado en el punto 11 del presente informe referente a la *vacatio sententiae* dispuesta por el Tribunal Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales en el sector público.
- 3.4 En el marco de la LRCT, el convenio colectivo durante el periodo de su vigencia (de común acuerdo entre las partes o de 1 año), continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva posterior (sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente) o cuando las partes acuerden expresamente la renovación o prórroga total o parcial de dicho convenio.
- 3.5 En el régimen del Decreto Legislativo N° 728, los trabajadores que no han utilizado el descanso vacacional una vez cumplido el año de servicios y el correspondiente récord, tienen derecho al pago de vacaciones no gozadas equivalente a una remuneración vacacional, no estableciéndose un límite de años de servicio sin hacer uso del descanso para su otorgamiento. En lo que respecta al pago por indemnización en entidades públicas sujetas al régimen de la actividad privada, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el Informe Legal N° 164-2010-SERVIR/GG-OAJ.

Es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el respectivo proyecto de oficio de respuesta.

Atentamente,

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