



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

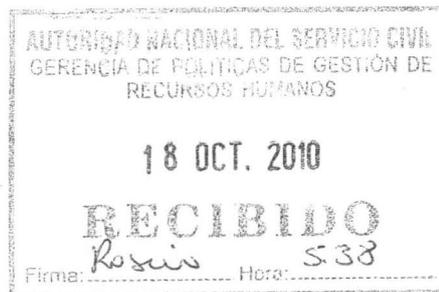
Presidencia
Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 18 OCT 2010

OFICIO N° 538 -2010-SERVIR/PE

Señor
GILBERTO CARREÑO TENA
Secretario General
SITACE-PROVINCIAL
Presente.-



Asunto : Sindicalización de servidores contratados

Referencia : Oficio N° 56-2010-CEP/SUTACE-H

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita absolver una consulta sobre sindicalización de servidores contratados.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 343-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta entidad, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, en virtud del cual se atiende vuestra solicitud.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL

NEF/JVM/kv
Reg. N° 7989-2010



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME LEGAL N° 343-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **JORGE ARRUNATEGUI GADEA**
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **JOSÉ VALDIVIA MORÓN**
Jefe (e) de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Sindicalización de servidores contratados

Referencia : Oficio N° 56-2010-CEP/SUTACE-H

Descriptorios : a) Competencia de SERVIR
b) Derecho de sindicalización de los servidores públicos en la Constitución
c) Sindicalización de los servidores contratados
d) Representación que ejercen los sindicatos

Fecha : Lima, **15 OCT 2010**

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual el Secretario General del Sindicato Unitario de Trabajadores Administrativos de Centros Educativos de la UGEL N° 09 – Provincial Huaura, consulta:



- a) Si los servidores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 pueden afiliarse a un sindicato, y
- b) ¿Qué sindicato asume la representación de los trabajadores **en las diferentes comisiones de trabajo** cuando existe más de una organización sindical en una entidad?

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Base legal

1.1. El artículo 42° de la Constitución Política del Perú establece:

"Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos
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".

1.2. El artículo 122° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece:



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

"Artículo 122.- Las organizaciones sindicales representan a sus afiliados en los asuntos que establece la norma respectiva; sus dirigentes gozan de facilidades para ejercer la representatividad legal."

1.3. Por su parte, el Decreto Supremo N° 003-82-PCM dispone:

"Artículo 4.- Las organizaciones sindicales de servidores públicos representan a sus afiliados y tienen por objeto, dentro de los límites de la Ley, defender los derechos de sus miembros, obtener el mejoramiento cultural de los mismos; contribuir al mejor desenvolvimiento y eficacia de la función pública y crear conciencia de la importancia de su contribución al desarrollo socio-económico de la Nación y de las responsabilidades inherentes a su ejercicio."

Las organizaciones sindicales están prohibidas de dedicarse institucionalmente a asuntos políticos, religiosos o de índole económica con propósito de lucro."

II Análisis

Competencia de SERVIR

2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, entre otras, emita de manera progresiva.



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 respectivas competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en 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 entre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

La sindicalización de los servidores públicos en la Constitución

2.4. La Constitución Política reconoce el derecho de sindicación de los servidores públicos estableciendo, empero, que se encuentran excluidos del mismo: los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, los miembros de las Fuerzas Armadas y los de la Policía Nacional, los jueces y los fiscales.

2.5. Tales exclusiones se alinean con lo previsto en los convenios N° 87 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, respectivamente.¹

¹ El primer convenio ha sido aprobado por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13281, y el segundo fue ratificado a través de las décimo séptima de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución Política de 1979.



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

El primer convenio dispone en el primer párrafo de su artículo 9º que la legislación nacional debe determinar hasta qué punto se aplican **a las fuerzas armadas y a la policía** las garantías que él prevé; en tanto que el segundo, en similar sentido, establece en el segundo párrafo de su artículo 1º, que la legislación nacional debe determinar hasta qué punto las garantías previstas en él se aplican **a los empleados de alto nivel** que, por sus funciones, se considera normalmente **que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial**.

Sindicalización de los servidores contratados

2.6. Las limitaciones que la Constitución impone al derecho de sindicación de los servidores públicos deben ser interpretadas de manera restringida, por tratarse de disposiciones **de excepción** y, sobre todo, porque tienen incidencia sobre un derecho fundamental. Este criterio emerge del propio texto Constitucional, que en el artículo 139º, inciso 9), establece como principio general el de *"inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos"* (énfasis agregado), principio cuyos alcances se extienden a todo el ordenamiento jurídico.²

2.7. Desde esa perspectiva, se debe asumir que los servidores contratados en el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 **tienen la posibilidad de sindicalizarse, en la medida que no están incluidos en alguna de las categorías a las que la Constitución específicamente ha negado dicho derecho**. Esta postura fluye de una aplicación directa de la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico nacional y, como tal, referente para la actividad interpretativa de las normas de inferior jerarquía.

2.8. Tal posición, de otro lado, es concordante con la que la Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha expuesto respecto a la sindicalización de los funcionarios públicos, en general, y la de los trabajadores contratados, en particular³. En efecto:

- a. Con relación, a los primeros ha sostenido: *"Los funcionarios públicos, como todos los trabajadores sin distinción alguna, deberían gozar del derecho de constituir organizaciones de su elección y afiliarse a las mismas, sin autorización previa, para la promoción y la defensa de sus intereses"*⁴, y
- b. Con relación a los segundos, ha afirmado: *"Todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir las organizaciones de su elección y a*

² Expediente Nº 2235-2004-AA/TC, fundamento 8. En esta resolución el Tribunal Constitucional ha resaltado la necesidad de que toda limitación de un derecho fundamental provenga de una ley, y que además satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

³ Sobre el valor constitucional de los pronunciamientos de los órganos de control de cumplimiento vinculados a tratados internacionales, particularmente de la OIT, consultar: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo: *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, Ed. Plades, Lima, 2010, p.p. 188 a 195.

⁴ La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, quinta edición (revisada), 2006, p. 49.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes, trabajadores contratados temporalmente, o trabajadores temporeros” (énfasis agregado).⁵

Representación que ejercen los sindicatos

- 2.9. La segunda consulta se refiere a la representación que ejercen los sindicatos. Concretamente, se pregunta ¿cuál es la organización que ejerce la representación de los trabajadores ante las diferentes comisiones de trabajo, en aquellas situaciones en que en una entidad existe más de una organización?

Entendemos que esta interrogante alude a la función de defensa de derechos e intereses que los sindicatos están llamados a cumplir respecto de sus afiliados (y no a la representación en materia de negociación colectiva, materia sobre la cual los criterios de análisis podrían ser diferentes), aspecto sobre el que centramos nuestra opinión.



- 2.10. Como premisa, debemos recordar que la normativa vigente admite la existencia de más de una organización sindical dentro de una entidad pública, a condición de que las organizaciones existentes reúnan el requisito del número mínimos de afiliados establecido. Este modelo de pluralidad sindical determina que es perfectamente posible que un mismo ámbito (una entidad pública) coexistan dos o más sindicatos y deba definirse cuál de ellos ejerce la representación de los servidores.

- 2.11. **El principio es que cada sindicato representa a los servidores que afilia**, en la medida que el ingreso de un trabajador a una determinada organización traduce, entre otros aspectos, su voluntad de que sea **esa organización** la que actúe en defensa y representación de sus intereses. Así, el acto de afiliación lleva implícita un genérico poder de representación otorgado a favor del sindicato al que se accede.

- 2.12. El artículo 122º del reglamento del Decreto Legislativo N° 276 y el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-82-PCM apuntan en ese sentido. El primero dispone que “*Las organizaciones sindicales **representan a sus afiliados** en los asuntos que establece la norma respectiva (...)*” (énfasis agregado); y el segundo establece que “*Las organizaciones sindicales de servidores públicos **representan a sus afiliados** y tienen por objeto, dentro de los límites de la Ley, defender los derechos de sus miembros, obtener el mejoramiento cultural de los mismos; contribuir al mejor desenvolvimiento y eficacia de la función pública y crear conciencia de la importancia de su contribución al desarrollo socio-económico de la Nación y de las responsabilidades inherentes a su ejercicio*” (énfasis agregado).

III Conclusiones

- 3.1. Los servidores contratados en el marco del Decreto Legislativo N° 276 tienen derecho a sindicalizarse.

⁵ *Ibid*, p. 56.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

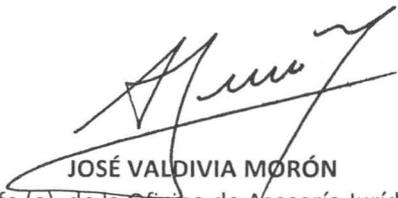
Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

3.2. La representación y defensa de los trabajadores corresponde ser ejercida por el sindicato al cual éstos se encuentran afiliados.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación de encontrarlo conforme y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,



JOSÉ VALDIVIA MORÓN
Jefe (e) de la Oficina de Asesoría Jurídica

JVM/apv

D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Sindicalización contratados-SUTACE