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

Lima, 30 SEP 2010

OFICIO N° 510 -2010-SERVIR/PE

Señor
MIGUEL NOBLECILLA VARGAS
Subgerente de Recursos Humanos
Municipalidad de Santiago de Surco
Presente.-

Asunto : Consulta sobre sindicalización de Auxiliares Coactivos

Referencia : Oficio Nº 764-2010-SGRH-GA-MSS

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por el que consultó respecto a la sindicalización de los Auxiliares Coactivos.

Al respecto, le remito el Informe Legal Nº 285-2010-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.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO DE SURCO
Trámite Documentario y Archivo
Mesa de Partes - Mesa Nº 1
08 OCT. 2010
RECIBIDO
Código: 12 Firma:
Hora: 3:

NEF/JAG/MMC/aepv
Reg. Nº 6860-2010

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

NFORME LEGAL N° 285 -2010-SERVIR/GG-OAJ

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

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Sindicalización de Auxiliares Coactivos

Referencia : Oficio Nº 764-2010-SGRH-GA-MSS

Descriptores :
a) Competencia de SERVIR
b) Derecho de sindicalización de los servidores públicos
c) Funcionarios públicos con poder de decisión
d) Situación de los Auxiliares Coactivos

Fecha : Lima, 28 SEP 2010

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual el Subgerente de Recursos Humanos de la Municipalidad de Santiago de Surco consulta si los auxiliares coactivos pueden afiliarse a un sindicato, considerando, en particular, la Ley Nº 27204 que precisa que el Ejecutor y el Auxiliar Coactivo **son funcionarios nombrados o contratados**, según el régimen laboral de la Entidad a la cual representan, **y que su designación**, en los términos señalados en el artículo 7ºde la Ley Nº 26979, *Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*, **no implica que dichos cargos sean de confianza.**

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Base legal

1.1. El artículo 42º 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"* (énfasis agregado).

1.2. Por su parte, el Decreto Supremo Nº 003-82-PCM dispone:

> *"**Artículo 1.-** Los servidores públicos, empleados y obreros permanentes sujetos al Sistema Único de Remuneraciones de la Administración Pública, tienen derecho a constituir organizaciones sindicales; afiliarse a ellas, aprobar*

sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes y participar en su organización, administración y actividades.

Artículo 2.- *No están comprendidos en los alcances del presente Decreto Supremo, los Magistrado del Poder Judicial, los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, así como el personal militar y el personal civil que de acuerdo a las disposiciones sobre la materia, forman parte de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.*

Artículo 3.- *Se consideran funcionarios con poder de decisión a los que desempeñan cargos directivos y que legal o administrativamente estén facultados para resolver los asuntos de su competencia.*
(...)"

1.3. De otro lado, el Decreto Supremo Nº 026-82-JUS establece:

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V° B° O.A.J.

*"**Artículo 1.-** Para los efectos del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM, son servidores públicos los comprendidos en la carrera administrativa, cuyos haberes están sujetos al Sistema Único de Remuneraciones de la Administración Pública y que además hayan superado el período de prueba. Exceptúase a los servidores que reuniendo las condiciones anteriores, en virtud de leyes específicas, formen parte de las Fuerza Armadas o Fuerzas Policiales, así como aquellos cargos que, en virtud de lo dispuesto por la Ley Nº 23333, sean determinados como de confianza por Decreto Supremo."*

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.

2.2. 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.

Delimitación del presente informe

2.4. De lo señalado, se puede concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento respecto a la situación concreta expuesta por la Municipalidad consultante.

En esa línea, el presente documento **reitera la expresado por esta Oficina en el Informe Legal Nº 229-2010-SERVIR/GG-OAJ** respecto a los alcances de la exclusión constitucional del derecho de sindicación de los servidores públicos **con poder de decisión,** en el régimen del Decreto Legislativo Nº 276, y examina la aplicación de los criterios desarrollados en dicho informe a los Auxiliares Coactivos.

La sindicalización de los servidores públicos en la Constitución

2.5. La Constitución Política ha reconocido de manera expresa el derecho de sindicación de los servidores públicos estableciendo, empero, que el mismo no alcanza a determinadas categorías: i) los funcionarios del Estado con poder de decisión, ii) los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, iii) los miembros de las Fuerzas Armadas y iv) los de la Policía Nacional. A estas exclusiones generales que el artículo 42º contempla, se añade la contenida en el artículo 153º, referente a los jueces y fiscales.[1]

Los funcionarios del Estado con poder de decisión

2.6. El artículo 3º del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM establece que esta condición la tienen los funcionarios que desempeñan cargos directivos y que legal o administrativamente estén facultados para resolver los asuntos de su competencia. Dicha disposición permite extraer, fundamentalmente, dos elementos que deben ser analizados para entender adecuadamente sus alcances: i) la connotación de la expresión *"funcionario"*, y ii) el contenido del *"desempeño de cargos directivos"* como expresión del poder de decisión.

2.7 Sobre la connotación de ***funcionario***, la Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, establece en su artículo 4º que *Funcionario Público* es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representa al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas del Estado y/o dirige organismos o entidades públicas; pudiendo ser: a) de elección popular directa y universal o confianza política originaria, b) de nombramiento y remoción regulados, o c) de libre nombramiento y remoción (artículo 4º, numeral 1).

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° O.A.J.

El Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, por su parte, establece en el artículo 4º que *"funcionario"* es *"(...) el ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía (...)"*.

---

[1] Lo establecido en estas disposiciones se alinea con lo previsto en los convenios Nº 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 (el primer convenio ha sido aprobado por Perú mediante Resolución Legislativa Nº 13281, en tanto que el segundo fue ratificado a través de las décimo sétima de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución Política de 1979).

En efecto, el Convenio Nº 87 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 Convenio Nº 151, 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**.

2.8. En cuanto al desempeño de cargos directivos (o que impliquen responsabilidad directiva), cabe señalar, como premisa, que no existe para el ámbito de la carrera administrativa alguna norma que, de manera específica, los delimite, por lo que sus alcances debe ser definidos a partir de de las disposiciones generales existentes aplicables, y de una interpretación gramatical de la expresión.

Según la Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, "directivo superior" es *"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."*

De otro lado, según el Diccionario de la Real Academia Española, *"directivo"* significa *"que tiene facultad o virtud de dirigir"*; y *"dirigir"* significa *"gobernar, regir, dar las reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión"*.

Así, se pueden advertir como elementos distintivos de un cargo directivo, los siguientes:

- Tener mando sobre todo o parte del personal de la organización, esto es, tener la capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normando y supervisando el trabajo de sus integrantes.
- Dicho poder debe ser formal, esto es, estructurado, derivar del hecho de ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de la entidad.
- Ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada.
- Tener la capacidad de adoptar decisiones.

2.9. De este modo, se infiere que quienes tienen la condición de Funcionarios y Directivos Superiores de acuerdo a la Ley Marco del Empleo Público, están excluidos del derecho de sindicación.

Los funcionarios de confianza

2.10. En términos generales, el artículo 4º de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece que *"Empleado de confianza"* es *"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* (...)".

Para el régimen del Decreto Legislativo Nº 276, el artículo 12º del Reglamento de esta norma establece que *"La confianza para los funcionarios no es calificativo del cargo sino atribuible a la persona por designar, tomando en consideración su idoneidad basada en su versación o experiencia para desempeñar las funciones del respectivo cargo"*, y que los criterios para determinar la situación de confianza son:

- El desempeño de funciones de jerarquía, en relación inmediata con el más alto nivel de la entidad,

- El desempeño de funciones de apoyo directo o asesoría a funcionarios del más alto nivel
- El desempeño de funciones que tienen acción directa sobre aspectos estratégicos declarados con anterioridad que afectan los servicios públicos o el funcionamiento global de la entidad pública.

El caso de los auxiliares coactivos

2.11. La Ley Nº 27204 ha precisado que el cargo de Auxiliar Coactivo no es de confianza. En esa medida, queda por determinar **si quienes ocupan dicho cargo pueden ser consideradas funcionarios con poder de decisión** pues, de serlo, quedarían excluidos del derecho de sindicación.

2.12. Como elementos esenciales, deben considerarse las disposiciones de la Ley Nº 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que definen las funciones del Auxiliar Coactivo, específicamente, los artículos 2º (incisos c y d) y 5º de dicha norma.

- El primero establece que el Ejecutor Coactivo es *"El funcionario responsable del Procedimiento de Ejecución Coactiva"*, **en tanto que el Auxiliar Coactivo es *"Aquél que tiene como función colaborar con el Ejecutor"*** (incisos c y d, respectivamente).

- El segundo dispone que el Auxiliar Coactivo tiene como función colaborar con el Ejecutor, delegándole éste las siguientes facultades:
  a) Tramitar y custodiar el expediente coactivo a su cargo;
  b) Elaborar los diferentes documentos que sean necesarios para el impulso del procedimiento;
  c) Realizar las diligencias ordenadas por el Ejecutor;
  d) Suscribir las notificaciones, actas de embargo y demás documentos que lo ameriten;
  e) Emitir los informes pertinentes;
  f) Dar fe de los actos en los que interviene en el ejercicio de sus funciones.

2.13. Lo prescrito en estas normas permite advertir que las funciones que al Auxiliar Coactivo le han sido atribuidas, como su propio nombre lo indica, son de **auxilio,** apoyo, refuerzo o ayuda al Ejecutor Coactivo, al que se encuentra subordinado por ser éste el titular del procedimiento y quien se encuentra llamado a ejercer, a nombre de la Entidad y de forma indelegable, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación.

Desde esa perspectiva, se puede inferir que el hecho de haberse dispuesto en el artículo 7º de la Ley Nº 26979 y en la Ley Nº 27204 que el Auxiliar Coactivo tiene la condición de "funcionario", no significa haberle atribuido un poder de decisión o el ejercicio de un cargo directivo (en los términos señalados en el punto 2.9 del presente), **que pudiera excluirlo del derecho de sindicación;** sino que con ella solamente se ha querido resaltar la importancia de la función pública que a dichas personas les corresponde ejercer.

Esta postura se apoya en que las características del Auxiliar Coactivo no encuadran con las que la Ley Marco del Empleo Público ni el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276 han atribuido a la condición de funcionario.

En efecto, como se ha visto en el punto 2.8, la primera norma establece que "*Funcionario Público*" es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representa al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas del Estado y/o dirige organismos o entidades públicas, **lo que no ocurre con el Auxiliar Coactivo**; y la segunda, que "*funcionario*" es el ciudadano elegido o designado para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía, **lo que tampoco ocurre con los Auxiliares.**

2.14. De otro lado, se advierte que las funciones atribuidas a los Auxiliares Coactivos tampoco reúnen las características que la Ley Marco del Empleo Público atribuye a los Directivos Superiores, consistentes en desarrollar funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, supervisar a empleados públicos, elaborar políticas de actuación administrativa o colaborar en la formulación de políticas de gobierno.

III Conclusión

Los Auxiliares Coactivos no tienen la condición de funcionarios con poder de decisión ni de confianza, por lo que no se encuentran excluidos del ejercicio del derecho de sindicación. Tales personas cumplen funciones de apoyo o ayuda al Ejecutor Coactivo, que es el titular del procedimiento de ejecución coactiva.

Sobre la sindicalización de los Ejecutores Coactivos, nos remitimos a lo expresado en el Informe Legal Nº 229-2010-SERVIR/GG-OAJ.

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,

MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

MMC/apv
D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Sindicalización-Aux. coactivo (2)