



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 Nº 238 -2010-SERVIR/GG-OAJ

CARGO

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

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

Referencia : Oficio Nº 0022-2009-0300-OCI/MSI

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) Regulación de la sindicalización de los servidores públicos en la Constitución
c) Connotación de los funcionarios del Estado con poder de decisión
d) Alcance de los convenios colectivos

Fecha : Lima, **19 AGO 2010**



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual la Gerencia del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad de San Isidro consulta si los convenios colectivos se extienden a los funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza.

Sobre el particular, 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".

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.



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"

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 N° 026-82-JUS establece:



"Artículo 1.- Para los efectos del artículo 1 del Decreto Supremo N° 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 N° 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.

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 atribuciones se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

En ese sentido, las consultas que absuelve esta entidad 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.

De otro lado, debe precisarse que tampoco es parte de las competencias de SERVIR el constituirse en una instancia previa a la labor que le corresponde a los órganos integrantes del Sistema Nacional de Control, la que debe realizarse de acuerdo a las normas de que rigen la actuación de los mismos.

Delimitación del presente informe

2.2 A partir de lo antes expresado, se puede concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento sobre la situación concreta de la Municipalidad consultante. Por ello, el presente informe



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"

examina las nociones generales a considerar respecto al ámbito de aplicación de los convenios colectivos celebrados en el régimen público, debiendo las conclusiones a que se arribe ser tomadas en cuenta para su aplicación caso por caso.

De este modo, a continuación (puntos 2.3 a 2.7) reproducimos lo expresado en el Informe Legal N° 229-2010-SERVIR/GG-OAJ sobre la exclusión de determinados funcionarios públicos del derecho de sindicación, y luego (punto 2.8 en adelante) abordamos lo referente al ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

Regulación de la sindicalización de los servidores públicos en la Constitución

- 2.3 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.



Connotación de los funcionarios del Estado con poder de decisión

- 2.4 El artículo 3º del Decreto Supremo N° 003-82-PCM establece que se consideran así, los que funcionarios que desempeñan cargos directivos y que legal o administrativamente estén facultados para resolver los asuntos de su competencia. Del contenido de esta disposición se derivan, fundamentalmente, dos elementos que deben ser analizados para entender adecuadamente sus alcances: el primero es la connotación de la expresión "funcionario" y el segundo, el contenido del "desempeño de cargos directivos" como expresión del poder de decisión. También es pertinente advertir que la definición de funcionario público ha ido variando con el tiempo por lo que no sería prudente tener como válida solo la que se encuentre regulada en la norma mas reciente.
- 2.5 Sobre la connotación de **funcionario**, deben considerarse la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, y el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

La primera norma 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).



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"

La segunda, por su parte, establece en su 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 (...)".

- 2.6 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.

- 2.7 De este modo, se puede concluir que estarán excluidos del derecho de sindicación, por mandato constitucional, quienes tienen la condición de funcionarios, de acuerdo a la Ley Marco del Empleo Público, y quienes sin serlo en los términos de dicha norma, ocupan cargos directivos (aquellos que reúnen las características anotadas en el punto anterior).

Alcance de los convenios colectivos

- 2.8 En el régimen público no existe alguna disposición que defina el alcance de los convenios colectivos que en dicho ámbito (y con estricta sujeción de las disposiciones legales existentes) se pudieran celebrar. Es por ello que este



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"

aspecto debe ser dilucidado a partir de una lectura integral de las reglas existentes en el ordenamiento jurídico vigente.

- 2.9 Un primer referente, por comparación, lo constituye el régimen de la actividad privada. En éste se ha establecido una clara vinculación entre el derecho de sindicación y los alcances del convenio colectivo; **de modo que quienes se encuentran excluidos del primer derecho, también están fuera del ámbito de los convenios colectivos que eventualmente se celebren.**

En efecto, el inciso b) el artículo 12º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo¹, establece que para ser miembro de un sindicato se requiere: ***"No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita"*** (énfasis agregado).

Luego, el artículo 42º dispone que la convención colectiva de trabajo obliga quienes la adoptaron, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad, **con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.**

En igual sentido, el artículo 34º del Reglamento de dicho dispositivo², establece que ***"en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente"*** (énfasis agregado).

- 2.9. La lógica que respalda tales disposiciones es también aplicable a las negociaciones colectivas que se lleven en el régimen del Decreto Legislativo Nº 276, por las siguientes razones:

- El artículo 24º del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM, establece que la presentación anual del pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo, **es prerrogativa del sindicato mayoritario de la respectiva Repartición.**

En tanto el sindicato mayoritario no representa a los funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, pues como se ha visto ellos no tienen derecho a sindicalizarse, **es coherente asumir que el**

¹ Aprobado por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

² Aprobado por Decreto Supremo Nº 011-92-TR.



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"

convenio que dicha organización llegue a celebrar con la entidad, no involucra a tales personas.

- Una segunda razón es que **el estar dichos funcionarios excluidos del derecho de sindicación responde**, entre otros aspectos, **a la función de representación del Estado que (en mayor o menor medida) les toca ejercer**; lo que haría discordante que puedan verse beneficiados con los acuerdos **que en materia de condiciones de trabajo** pudiera llegar el sindicato con la entidad en el marco de la negociación colectiva.

2.10. Importa señalar que la exclusión de determinadas personas al servicio de la Administración Pública del derecho a la negociación colectiva, ha sido admitida por la OIT, como referimos a continuación.



- **Convenio Nº 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública**

Una primera muestra es este acuerdo, ratificado por el Estado Peruano a través de la Constitución Política de 1979. En él se reconocen diversas garantías, entre ellas, el fomento de los procedimiento de negociación colectiva entre autoridades públicas y organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo; **pero, a la vez, se establece (artículo 1, segundo párrafo) que cada legislación debe determinar hasta qué punto tales garantías se aplican a ciertas categorías de empleados públicos que se considera tienen una especial situación, y que precisamente son:**

- a) Los de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y
- b) Lo los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

- **Convenio 98º, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva**

En este convenio (que también ha sido ratificado por Perú) se dispone que debe fomentarse la negociación colectiva voluntaria entre de los empleadores y trabajadores (artículo 4º); **pero se hace la salvedad que él no aborda la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado (artículo 6º).**

- **Decisiones del Comité de Libertad Sindical**

En diversos pronunciamientos este órgano de control ha aceptado que ciertos funcionarios del Estado sean excluidos del derecho de negociación



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"

colectiva. Así, por ejemplo, en cierta ocasión ha sostenido que: "(...) *todos los trabajadores de la administración pública, con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales y de los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado, deberán gozar de derechos de negociación colectiva*" (énfasis agregado)³; y en otra ha estimado que el derecho de negociar colectivamente que el convenio 98º prevé, puede ser negado *"a los funcionarios que ejercen actividades propias de la Administración del Estado"*.⁴

III. Conclusión

Por las consideraciones desarrolladas, se concluye que en el régimen laboral público, los efectos de un convenio colectivo celebrado no alcanzan a los funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza que, por mandato constitucional, se encuentran excluidos del derecho de sindicación.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el correspondiente Proyecto de Ley, y 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-Alcance de convenios colectivos-Mun. San Isidro

³ 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. 192.

⁴ Ídem, p. 191.