

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

Lima, 20 AGO 2010

OFICIO N° 425 -2010-SERVIR/PE

Señorita  
**ANA TERESA FUENTES VILLALOBOS**  
 Av. Augusto Wiese 1286 Vista Alegre  
 Santiago de Surco.-


Asunto : Sindicalización de funcionarios públicos con poder de decisión  
 Referencia : Carta s/n de fecha 21 de junio de 2010

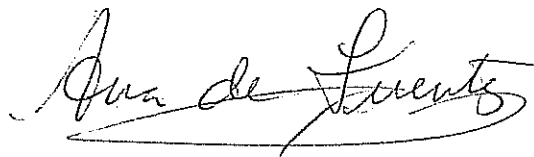
Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita absolver consulta sobre sindicalización de funcionarios públicos con poder de decisión.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 229-2010-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, 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



08778007

An mana

23/8/10

3 1/4 P m



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

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL  
GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS  
**17 AGO**  
**RECIBIDO**  
Firma: *Ros* Hora: *11:45*

**INFORME LEGAL N° 229 -2010-SERVIR/GG-OAJ**

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

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

Asunto : Sindicalización de funcionarios públicos con poder de decisión

Referencia : Carta s/n de fecha 21 de junio de 2010

Descriptor : a) Competencia de SERVIR  
b) Derecho de sindicalización de los servidores públicos  
c) Funcionarios públicos con poder de decisión

Fecha : Lima, **17 AGO 2010**

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual la señora Ana Teresa Fuentes Villalobos consulta sobre la posibilidad de afiliarse a un sindicato, considerando su condición de Ejecutora Coactiva de la entidad en la que presta servicios.

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 N° 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."*



"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:

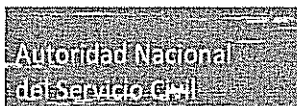
*"Artículo 1.- Para los efectos del artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-82-PCM, son servidores públicos los comprendidos en la carrera administrativa, cuyos haberes están sujetos al Sistema Único de Remuneraciones de la Administración Pública y que además hayan superado el periodo de prueba. Exceptúase 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.
- 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.
- 2.4. A partir de lo señalado, se puede concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento respecto a la situación concreta de la ciudadana recurrente. En esa línea, el presente informe examinará los alcances de la exclusión constitucional del derecho de sindicación de los servidores públicos con poder de decisión, en el régimen del Decreto Legislativo N° 276, debiendo las conclusiones a que se arribe ser tomadas en cuenta para su aplicación caso por caso.



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

### 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.

2.6. Lo establecido en dichas disposiciones se alinea con lo establecido 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<sup>1</sup>), que autorizan tales exclusiones.

En efecto, el primer instrumento 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.

### Los funcionarios del Estado con poder de decisión

2.7. El artículo 3º del Decreto Supremo Nº 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.

2.8. Sobre la connotación de **funcionario**, deben considerarse la Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, y el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por Decreto Supremo Nº 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

<sup>1</sup> El primer convenio ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 13281, en tanto que 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"

universal o confianza política originaria, b) de nombramiento y remoción regulados, o c) de libre nombramiento y remoción (artículo 4º, numeral 1).

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 (...)".

- 2.9. 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.

- 2.11. 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).

### III Conclusión

- 3.1. De acuerdo a lo desarrollado, se encuentran excluidos del derecho de sindicación, los funcionarios de acuerdo a la definición contenida en la Ley Marco del Empleo Público.
- 3.2. También lo están quienes sin tener esa condición, ocupan cargos directivos, esto es, quienes tienen mando sobre todo o parte del personal de la organización, tienen la



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

capacidad (formal) y la obligación de dirigir un grupo humano, ejercen la representación de la organización o la titularidad de una unidad orgánica determinada y tienen la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia.

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