



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal

Asunto : a) Sobre la norma que regula los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga para los servidores públicos.
b) Sobre la actividad sindical de dirigente que ha sido sujeto de una sanción de suspensión temporal por parte de su entidad empleadora.

Referencia : Oficio N° D-000092-2021-ATU/GG-OGRH.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Gestión de Recursos Humanos de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao – ATU consulta a SERVIR si el Secretario General de un Sindicato sujeto a una sanción de suspensión temporal impuesta por su entidad empleadora puede continuar desarrollando sus actividades sindicales.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo 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.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al 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.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR -a través de una opinión técnica- emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.



Sobre la norma que regula los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga para los servidores públicos

- 2.4 En principio, es de señalar que de acuerdo con el artículo 42° de la Constitución Política del Perú: *"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."* (Subrayado es nuestro)
- 2.5 De la misma manera el artículo 28° de la Constitución establece que el Estado reconoce de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático. Asimismo, como consecuencia del reconocimiento de dichos derechos garantiza, entre otros, la libertad sindical.
- 2.6 Ahora bien, es oportuno señalar que la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal dispuso la derogatoria de artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC), sin embargo, debemos recordar que de acuerdo al artículo 1° de la citada Ley N° 31188, la misma tiene por finalidad únicamente el *"(...) regular el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú y lo señalado en el Convenio 98 y en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo."*
- 2.7 Lo antes mencionado se encuentra refrendado por el propio contenido de la Ley N° 31188, la misma que solo ha regulado el procedimiento de negociación colectiva en el sector público, más no los derechos de sindicación y huelga; motivo por el cual, se puede colegir que la derogatoria dispuesta en su única disposición derogatoria tenía por único objeto el viabilizar la aplicación de la nueva estructura de negociación colectiva regulada en su contenido, derogando aquellas disposiciones contenidas en la LSC que pudieran resultar contrarias.
- 2.8 Por otra parte, debe tenerse presente que actualmente -y a la fecha de emisión de la Ley N° 31188- la disposición legal expresa que regula el tratamiento general de los derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga) el sector público es el artículo 40° de la LSC, el mismo que establece:
- "Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza. Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley."*
- 2.9 Así pues, resulta evidente que lo regulado en el artículo 40° de la LSC abarca a los tres derechos colectivos reconocidos por la Constitución y el Convenio 151 de la OIT (sindicación, negociación colectiva y huelga), lo cual trasciende la única materia regulada en la Ley N° 31188, esto es, la negociación colectiva.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

- 2.10 Siendo ello así, a efectos de salvaguardar el ejercicio de los derechos constitucionales de sindicación y huelga, corresponde efectuar una interpretación conforme a la Constitución sobre los alcances de la única disposición derogatoria de la Ley N° 31188, específicamente respecto a la derogatoria del artículo 40° de la LSC.
- 2.11 En ese sentido, tal como hemos detallado previamente, debemos recordar que la Constitución ha reconocido expresamente los derechos de sindicación y huelga también a los servidores del sector público, sin embargo no la forma en que estos deben ser ejercidos, situación que ha sido abordada precisamente en el artículo 40° de la LSC (no existiendo otra en el ordenamiento jurídico que establezca dichas reglas generales de aplicación).
- 2.12 Por consiguiente, no resultaría ajustado al orden constitucional entender que la única disposición derogatoria de la Ley N° 31188, trascendiendo la única materia que regula (negociación colectiva) hubiera derogado la única disposición legal expresa que desarrolla de forma general el ejercicio de los tres derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga) reconocidos no solo en la Constitución Política del Perú sino también en el Convenio 151 de la OIT.
- 2.13 En este punto, es relevante traer a colación el *Principio Pro Homine*, el mismo que de acuerdo al propio Tribunal Constitucional consiste en lo siguiente:

"(...)

*33. El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4] Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.**"¹*

- 2.14 En el presente caso, sobre la aplicación de la única disposición derogatoria de la Ley N° 31188 se encuentra en juego la posibilidad de los servidores del sector público de ejercer adecuadamente los derechos de sindicación y huelga reconocidos por la Constitución.

Por lo tanto, una interpretación constitucional de dicha disposición a partir del *principio pro homine* exige que la posición que se adopte con respecto a sus alcances garantice a los servidores públicos el adecuado ejercicio de su derecho de sindicación y huelga, evitando que estos se vieran restringidos por la generación de un vacío legal sobre su desarrollo.

¹ STC recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC.



- 2.15 En consecuencia, debe entenderse que la derogatoria del artículo 40° de la LSC dispuesta por la única disposición derogatoria de la Ley N° 31188, se refiere únicamente al extremo del ejercicio de la negociación colectiva en el sector público, respecto del cual resultan aplicables precisamente las disposiciones contenidas en la Ley N° 31188 (que sustenta la derogatoria en dicho extremo); por consiguiente, para el ejercicio de los derechos de sindicación y huelga en el sector público, mantienen su vigencia y resulta aplicable lo previsto en el artículo 40° de la LSC.

Sobre la actividad sindical de dirigente que ha sido sujeto de una sanción de suspensión temporal por parte de su entidad empleadora

- 2.16 Ahora bien, superado lo anterior, es de advertir que el segundo párrafo del artículo 40° de la LSC² precisa que en materia de derechos colectivos del servidor civil (entiéndase únicamente sindicación y huelga) se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT), en lo que no se oponga a lo establecido a la referida Ley.
- 2.17 En esa línea, el artículo 2° del TUO de la LRCT establece que: *“El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.”*, mientras que el artículo 3° indica que: *“La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedirsele hacerlo.”*
- 2.18 De la misma manera, el artículo 4° del referido TUO indica que: *“El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.”* (Énfasis es nuestro)
- 2.19 El artículo 26° del TUO de la LRCT precisa que: *“El sindicato tiene autonomía para fijar en su estatuto la forma de separación temporal y expulsión de sus miembros. En este último caso, la decisión debe ser adoptada por la mayoría absoluta de sus miembros hábiles.”*
- 2.20 Así pues, de las disposiciones antes reseñadas se puede advertir que tanto a nivel Constitucional como legal, la legislación peruana ha reconocido expresamente la protección del derecho de sindicación de los servidores públicos, garantizando la libertad sindical y la autonomía sindical, esta última como una manifestación de la primera.
- 2.21 Al respecto, es oportuno señalar que -en relación a los alcances de la libertad sindical- el Tribunal Constitucional, en reiteras sentencias ha precisado lo siguiente: *“En tal sentido cabe puntualizar que este Colegido ha señalado que la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en*

² Norma vigente y aplicable para todos los servidores del sector público, indistintamente de su régimen laboral (D.L. N° 276, 728 o 1057), ya que no fue derogada tácitamente por el Decreto de Urgencia N° 014-2020, ni la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público; salvo en lo referido al procedimiento de negociación colectiva, materia respecto de la cual resulta de aplicación lo previsto en la referida Ley N° 31188.



procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga" (Exp. N. 0 03311-2005-P A/TC, fundamentos 6 y 7). (Subrayado es nuestro)

- 2.22 De la misma manera, con relación a la autonomía colectiva, el máximo interprete de la constitución ha precisado lo siguiente: *"Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia ha establecido que la libertad sindical consta de la dimensión individual, referente a la constitución de un sindicato y a su afiliación; y la dimensión plural, manifestada en la autonomía sindical y la personalidad jurídica. Para el caso concreto, debe interpretarse que la autonomía sindical protege tanto la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten, como las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva; asimismo, la de sus dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos."* (Exp. N° 3311-2005-AA/TC)
- 2.23 Por otro lado, con relación a los requisitos para ser miembro de un sindicato, el artículo 12° del TUO de la LRCT establece que se requiere -entre otros-: *"Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato."*. Asimismo, el artículo 24° establece que: *"Para ser miembro de la junta directiva se requiere ser trabajador de la empresa. Este requisito no se exigirá para el caso de federaciones y confederaciones."*
- 2.24 Ahora bien, bajo todo el marco normativo antes reseñado, corresponder ahora pronunciarse sobre la consulta formulada, esto es, sobre la posibilidad de que un Secretario General de sindicato pueda continuar desarrollando labores sindicales en el supuesto de que su entidad empleadora le impusiera una sanción de suspensión temporal.
- 2.25 Sobre el particular, en principio, debe tenerse presente que la imposición de una sanción disciplinaria de suspensión constituye un supuesto de suspensión perfecta de la relación laboral (en la medida que exime al servidor de su obligación de prestar servicios y exime a la entidad de la obligación del pago de la compensación correspondiente), mas no la extingue, por lo que es válido concluir que, en el marco del respeto a la libertad sindical y al principio de autonomía sindical, incluso durante el periodo de ejecución de una sanción de suspensión temporal impuesta por la entidad empleadora, el dirigente sindical aún mantiene su condición de trabajador de la entidad empleadora para efectos del ejercicio de sus atribuciones de representación gremial.
- 2.26 Lo antes señalado se encuentra refrendado por los artículos 12° y 24° del TUO de la LRCT, en virtud de los cuales para pertenecer a una organización sindical y ser miembro de la junta directiva del mismo (dentro de la cual se encuentra el cargo de Secretario General) solo se requiere únicamente ser trabajador de la entidad. Por consiguiente, es posible concluir que el hecho de que un miembro de la junta directiva de un sindicato hubiera sido sujeto de una sanción de suspensión temporal no es óbice para que este pueda continuar desarrollando su actividad sindical.
- 2.27 Inclusive, debe reiterarse que el artículo 26° del TUO de la LRCT, que -en irrestricto respeto a la autonomía colectiva- otorga al sindicato la facultad de señalar en su propio estatuto la forma de separación temporal y expulsión de sus miembros; mientras que no existe en la legislación ninguna norma de carácter imperativo en virtud de la cual se impida a un miembro de la junta directiva de una organización sindical continuar con sus actividades sindicales como consecuencia de habersele impuesto una sanción de suspensión temporal.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

- 2.28 Finalmente, a título de referencia, es de precisar que lo concluido en el presente informe resulta aplicable únicamente para efectos del ejercicio de las actividades sindicales, mas no para la percepción de beneficios derivados de convenios colectivos en el caso de supuestos de suspensión perfecta del vínculo laboral, materia sobre la cual nos remitimos a lo señalado en el [Informe Técnico N° 000121-2021-SERVIR-GPGSC](#) (disponible en el portal institucional web de SERVIR), cuyo contenido recomendamos revisar para mayor detalle, en el cual se concluyó -entre otros- lo siguiente:

“(…)

3.4 *Teniendo en cuenta que ha quedado suspendida la obligación del empleador consistente en otorgar la contraprestación económica, también se suspende el otorgamiento de los beneficios obtenidos mediante un convenio colectivo o laudo arbitral durante ese periodo de tiempo.*

3.5 *La posibilidad de otorgar un beneficio contenido en el convenio o laudo arbitral al concluir la licencia sin goce de remuneraciones dependerá de la cláusula que lo contiene y si la misma se mantiene vigente cuando el servidor termine su licencia.”*

III. Conclusiones

- 3.1 Tanto a nivel Constitucional como legal, la legislación peruana ha reconocido expresamente la protección del derecho de sindicación de los servidores públicos, garantizando la libertad sindical y la autonomía sindical, siendo esta última una manifestación de la primera.
- 3.2 A partir de una interpretación conforme a la constitución y en base al *Principio Pro homine*, debe entenderse que la derogatoria del artículo 40° de la LSC dispuesta por la única disposición derogatoria de la Ley N° 31188, se refiere únicamente al extremo del ejercicio de la negociación colectiva en el sector público, respecto del cual resultan aplicables precisamente las disposiciones contenidas en la Ley N° 31188 (que sustenta la derogatoria en dicho extremo); por consiguiente, para el ejercicio de los derechos de sindicación y huelga en el sector público, mantienen su vigencia y resulta aplicable lo previsto en el artículo 40° de la LSC.
- 3.3 En el marco del respeto a la libertad sindical y al principio de autonomía sindical, incluso durante el periodo de ejecución de una sanción de suspensión temporal impuesta por la entidad empleadora, el dirigente sindical aún mantiene su condición de trabajador de la entidad empleadora para efectos del ejercicio de sus atribuciones de representación gremial.
- 3.4 Lo concluido en el presente informe resulta aplicable únicamente para efectos del ejercicio de las actividades sindicales, mas no para la percepción de beneficios derivados de convenios colectivos en el caso de supuestos de suspensión perfecta del vínculo laboral, materia sobre la cual nos remitimos a lo señalado en el [Informe Técnico N° 000121-2021-SERVIR-GPGSC](#).

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ÁNGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLÍS

Coordinador de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: LQTETEH