

**PERÚ**Presidencia del
Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilGerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2020-SERVIR-GPGSC

Para : **BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS**
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal

Asunto : Sobre el cargo de Jefe de la Oficina de Control Institucional y la percepción de beneficios convencionales

Referencia : Oficio N° 465-2021-GG/EPS MOQUEGUA S.A.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Coordinador OTASS – RAT de la Empresa Prestadora de Servicios Moquegua S.A. formula a SERVIR las siguientes consultas:

- a) ¿Se puede considerar el cargo de Jefe de Oficina de Control Institucional - OCI un cargo de dirección?
- b) El personal que desempeña en calidad de encargado como jefe de OCI, ¿puede percibir los beneficios de un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario aun cuando no se encuentra sindicalizado?
- c) Si estos pagos son indebidos, ¿se tendría que iniciar un proceso administrativo disciplinario a quien lo dispuso, ejecutó y hasta el mismo servidor beneficiado, o bastaría con que éste proceda los montos y beneficios indebidos?

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 corre sponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por

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: YOY9Z9B



ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Sobre la condición laboral del Jefe y el personal de los Órganos de Control Institucional

2.4 Respecto a la condición laboral del jefe y el personal de los Órganos de Control Institucional (OCI), nos remitimos a lo desarrollado en el [Informe Técnico N° 1313-2018-SERVIR/GPGSC](#), el cual ratificamos y recomendamos revisar para mayor detalle, y en cuyo contenido se precisó lo siguiente:

(...)

2.5 Posteriormente, con la Ley N° 29555, Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República, se dispuso: a) la incorporación de las plazas y presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República; y, b) la transferencia del personal del órgano de control institucional que ha ingresado por concurso público de méritos a las plazas de dichos órganos a la Contraloría General de la República.

2.6 En mérito a ello, la CGR expide la Resolución de Contraloría N° 163-2015-CG que aprueba la Directiva N° 007-2015-CG-PROCAL, "Directiva de los Órganos de Control Institucional", documento normativo que desarrolla, entre otros, la relación entre los OCI con la Contraloría General de la República y con las entidades sujetas al control gubernamental para lo cual establece disposiciones relativas a las funciones de los OCI, los jefes de los OCI y su personal, así como de los titulares de las mencionadas entidades.

La mencionada Directiva estipula en su numeral 7.1.6 que el personal de los OCI puede tener vínculo laboral o contractual con la CGR o con la entidad donde presta sus servicios. De esa manera, la norma antes citada establece lo siguiente respecto a la administración del personal de los OCI:

"a) El Jefe o personal del OCI que mantenga vínculo laboral con la CGR, se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada, remuneraciones y beneficios, conforme a lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley y a las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo de la CGR (...)"

El Jefe o personal del OCI que mantenga vínculo contractual con la CGR se sujeta a las normas legales que lo regulan y a las disposiciones contractuales aplicables.

b) El Jefe o personal del OCI que mantenga vínculo laboral con la entidad se sujeta a las normas del régimen laboral que corresponda a la entidad y a su Reglamento Interno de Trabajo."

(...)

3.3 Conforme se señaló en los numerales 2.5 y 2.6 del presente informe, el cargo de Jefe OCI puede ser ocupado por personal que mantiene vínculo laboral con la CGR o con la misma entidad. De ahí que:



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- i) *Cuando la plaza del Jefe de OCI aún forme parte de la estructura orgánica de la entidad pública, esta deberá ser ocupada por un servidor que mantenga vínculo laboral con la misma, la contratación de dicho personal se regirá por las normas de la entidad en observancia de las disposiciones contenidas de la Ley N° 27785, su Reglamento y la Directiva N° 007-2015-CG-PROCAL.*
- ii) *Cuando conforme a lo dispuesto por la Ley N° 29555, la plaza de Jefe de OCI de una entidad se incorporó a la CGR, dicha plaza será ocupada por un servidor designado por la CGR con el que mantiene vínculo laboral. Siendo así debemos precisar que en este supuesto las entidades públicas no pueden emplear la plaza Jefe de OCI para contratar personal, debido a que dicha plaza ya no pertenece a la estructura orgánica de la entidad.*

3.4 Cuando las plazas del Órgano de Control institucional (tanto del Jefe de OCI como del personal) de una entidad se hayan incorporado a la CGR, la contratación del personal de OCI se regirá por las normas y disposiciones que emita la CGR.

- 2.5 Estando a lo señalado por el citado informe técnico, podemos concluir que en caso el personal del OCI de una entidad se haya incorporado a la Contraloría General de la República (CGR) en virtud a lo dispuesto por la Ley N° 29555, estos no podrían afiliarse a la organización sindical de dicha entidad al no tener vínculo contractual con esta última.

De los servidores excluidos del derecho de sindicación en la Constitución Política

- 2.6 En principio, cabe señalar que el artículo 42 de la Constitución Política reconoce de manera expresa los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos estableciendo, no obstante, que los mismos no alcanzan a determinadas categorías: i) los funcionarios del Estado con poder de decisión; y, ii) los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, entre otros supuestos (militares, policías, jueces y fiscales). Dicho criterio fue adoptado con **carácter vinculante** mediante el [Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC](#).
- 2.7 Las restricciones precisadas en la norma constitucional precitada han sido reiteradas en el artículo 3 de la Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal, la cual prescribe lo siguiente:
- “La Ley no es aplicable a los trabajadores públicos que, en virtud de lo señalado en los artículos 42 y 153 de la Constitución Política del Perú, se encuentran excluidos de los derechos de sindicalización y huelga.”*
- 2.8 Ahora bien, el motivo de dicha exclusión responde, entre otros aspectos, a la función de representación del Estado que (en mayor o menor medida) ejercen tales funcionarios; lo que haría discordante que puedan verse beneficiados con los acuerdos que pudiera llegar la organización sindical con la entidad en el marco de la negociación colectiva.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 2.9 En ese sentido, es posible interpretar que los derechos de sindicación y huelga alcanzan a los servidores públicos, con excepción de los funcionarios¹ del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección.
- 2.10 Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, en relación a los alcances de los derechos colectivos, ha interpretado respecto del artículo 42 de la Constitución Política que el personal que se encuentra excluido de los derechos de sindicación y huelga comprende, entre otros, a los miembros de la Administración Pública que desempeñan cargos de confianza o dirección², por lo que podemos inferir que dentro de estos se incluye a los funcionarios públicos, empleados de confianza y directivos superiores³ (en este último caso, por ejemplo: los jefes de áreas, subgerentes y gerentes).
- 2.11 Es importante señalar que los cargos de dirección o el desempeño de funciones de responsabilidad directiva a la que hace referencia el artículo 42 de la Constitución Política, implica la realización de actividades que conlleven el ejercicio de poder de dirección, expresado en la capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normando y supervisando el trabajo de sus integrantes.

Asimismo, los cargos de dirección implican ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada; y tener la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia.

¹ La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su artículo 4 señala lo siguiente:

"Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.

El Funcionario Público puede ser:

- De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- De nombramiento y remoción regulados.
- De libre nombramiento y remoción (...)."

² Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC

"27. (...) La libertad sindical intuitu persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153 de la Constitución).
- Los **miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección** (artículo 42 de la Constitución)." (Énfasis nuestro)

³ La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su artículo 4 señala lo siguiente:

"Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

(...) 2. Empleado de confianza.- 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 (...)."

3. Servidor público.- Se clasifica en:

- Directivo superior.- 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 (...). (Subrayado agregado)



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 2.12 Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y personal con cargos de dirección⁴; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación por exclusión constitucional y legal.
- 2.13 En esa línea, teniendo en cuenta que el Jefe del OCI de una entidad pública ejerce la titularidad de dicha unidad orgánica en su condición de Jefe, estos se encuentran excluidos del derecho a la sindicación y, asimismo, se encuentran exentos de percibir los beneficios convencionales o de origen arbitral que en el sindicato de dicha entidad haya arribado, así este se encuentre vinculado contractualmente con la entidad o con la CGR.

Por tanto, quien ejerza el cargo de Jefe del OCI, así sea en calidad de encargado, no podrá percibir los beneficios convencionales que la entidad haya pactado con su sindicato mayoritario, caso contrario, se estaría configurando una vulneración a las normas imperativas, por lo que la entidad deberá efectuar el deslinde de responsabilidades⁵ correspondientes.

III. Conclusiones

- 3.1 Estando a lo señalado por el [Informe Técnico N° 1313-2018-SERVIR/GPGSC](#), podemos concluir que en caso el personal del OCI de una entidad se haya incorporado a la Contraloría General de la República (CGR) en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 29555, estos no podrían afiliarse a la organización sindical de dicha entidad al no tener vínculo contractual con esta última.
- 3.2 Por mandato constitucional y de acuerdo a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, están excluidos del derecho de sindicación, por lo que no les resultarían aplicables los beneficios derivados de convenios colectivos o laudos arbitrales.
- 3.3 Los cargos de dirección implican ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada; y tener la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia; por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y personal con cargos de dirección; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación por exclusión constitucional y legal.

⁴ Sobre la connotación de funcionario con poder de decisión y cargos de confianza, nos remitimos a lo señalado en los numerales 2.4 al 2.7 del Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en www.servir.gob.pe), en el que en síntesis se señala que los elementos distintivos de un cargo directivo (aquel en el que se ejerce el poder de dirección), son: a) Tener mando sobre todo o parte del personal de la organización, esto es, tener capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normado y supervisando el trabajo de sus integrantes. b) Dicho poder debe ser formal, esto es, estructurado, derivar del hecho de ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de la entidad. c) Ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada. D) Tener la capacidad de adoptar decisiones.

⁵ En este punto, no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– pronunciarse sobre la tipificación de una determinada conducta toda vez que ello es responsabilidad exclusiva de la entidad empleadora a través de la Secretaría Técnica de los procedimientos administrativos disciplinarios, la misma que debe subsumir la conducta infractora dentro de una falta en el ordenamiento jurídico.



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 Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- 3.4 Teniendo en cuenta que el Jefe del OCI de una entidad pública ejerce la titularidad de dicha unidad orgánica en su condición de Jefe, estos se encuentran excluidos del derecho a la sindicación y, asimismo, se encuentran exentos de percibir los beneficios convencionales o de origen arbitral que en el sindicato de dicha entidad haya arribado, así este se encuentre vinculado contractualmente con la entidad o con la CGR. Por tanto, quien ejerza el cargo de Jefe del OCI, así sea en calidad de encargado, no podrá percibir los beneficios convencionales que la entidad haya pactado con su sindicato mayoritario, caso contrario, se estaría configurando una vulneración a las normas imperativas, por lo que la entidad deberá efectuar el deslinde de responsabilidades correspondiente.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS

Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

BBBI/meccgo/icg

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2022

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: YOY9Z9B