



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"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2022-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 : a) Sobre la condición de funcionario y directivo en la Administración Pública
b) Sobre los representantes de la entidad empleadora ante la Comisión
Negociadora en el marco de la Ley N° 31188 y el Decreto Supremo N° 008-
2022-PCM

Referencia : Oficio N° 1163-2022-/GR-C/GEREDU-C/OAJ

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Regional de la Gerencia Regional de Educación formula a SERVIR las siguientes consultas:

- a. ¿Quiénes están considerados como funcionarios o directivo? Asimismo, la precisión del número de integrantes de la comisión por las partes negociadoras en el convenio colectivo.
- b. Si los miembros de la comisión por la condición de director de sistema tienen la facultad de negociación, ¿qué sucede si uno de los miembros será beneficiado con los acuerdos de la negociación colectiva?
- c. Si inicialmente se negociaron con servidores que no son funcionarios o directivos y en el acta consignan sus nombres como parte integrante de los acuerdos alcanzados, ¿se declara nulo lo actuado y se inicia nueva negociación? O ¿Únicamente firman los funcionarios o directivos por su condición de tal?

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,



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

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

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 condición de funcionario y servidor en la Administración Pública

- 2.4 Al respecto, la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público (LMEP) establece que *funcionario público* es aquel que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por normas expresas, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas de Estado y/o dirigen organismos o unidades públicas; por otro lado, el *empleado de confianza*, es aquel que desempeña cargo de confianza técnico o político distinto al del funcionario público quien se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente. Además, define al *directivo superior* como aquel servidor público 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.

- 2.5 Por su parte, la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante la LSC), señala las siguientes definiciones de funcionario público y directivo público¹:

- Funcionario público: Aquel representante político o cargo público representativo, que ejerce atribuciones políticas, normativas y administrativas. Las dos primeras son entendidas como la facultad de diseñar y aprobar políticas y normas o reglas de carácter general, en el ámbito y las materias de su competencia; mientras que la tercera es entendida como actos de dirección y de gestión interna (conducción de la entidad)². Asimismo, el artículo 52º de la LSC, y de aplicación común a todos los regímenes laborales por entidades (Decretos Legislativos Nos. 276, 728, 1057 y Ley N° 30057), señala que los funcionarios públicos pueden ser:
 - i) De elección popular, directa y universal;
 - ii) De designación o remoción regulada; y,
 - iii) De libre designación y remoción.

¹ Artículo 2º de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza, quienes son servidores civiles que forman parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Pueden formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias, ingresando sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforman un grupo y se sujetan a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

² Literal a) del artículo 3 y artículo 51 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

Por lo tanto, las entidades no pueden asignar la condición de funcionario público a puestos distintos a los establecidos en la LSC, a través de sus instrumentos de gestión interna.

- **Directivos Públicos:** Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones sobre los recursos a su cargo; vela por el logro de los objetivos asignados y supervisa el logro de metas de los servidores civiles bajo su responsabilidad.

2.6 Asimismo, a manera de acotación resulta pertinente indicar que lo señalado en el párrafo precedente se encuentra en concordancia con lo expuesto en la reciente Ley N° 31419, "Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y remoción" la cual señala en su artículo 3 qué se entiende por funcionarios y directivos públicos para efectos de la mencionada Ley, de acuerdo a lo siguiente:

- *Funcionarios públicos:* comprende a los representantes políticos u ocupantes de cargos políticos públicos representativos, que desarrollan funciones de preeminencia política o de gobierno en la organización del Estado. La presente definición incluye a los funcionarios públicos de elección popular, directa y universal; los funcionarios públicos de designación o remoción regulada; y los funcionarios públicos de libre designación y remoción.
- *Directivos públicos:* comprende a los servidores civiles que desarrollan funciones relativas a la planeación, dirección, organización y evaluación de una entidad, órgano, forma de organización o, en casos específicos dispuestos en el reglamento de la presente ley, unidad orgánica; en colaboración directa o indirecta a las funciones ejercidas por un funcionario público. La presente definición incluye a los servidores que ejerzan dichas funciones indistintamente del nivel de gobierno, tipo de entidad y naturaleza del órgano.

2.7 De lo expuesto, se puntualiza que son funcionarios públicos aquellos únicamente que se encuentran dentro de los alcances de lo previsto en el artículo 52 de la LSC, y cuya naturaleza de su cargo se condice con lo señalado en el numeral 1 del artículo 4 de la LMEP y el artículo 51 de la LSC.

Así, el directivo público es aquel que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones sobre los recursos a su cargo; vela por el logro de los objetivos asignados y supervisa el logro de metas de los servidores civiles bajo su responsabilidad.

2.8 Para establecer la condición de funcionario público o directivo de un determinado empleado público deberá atenderse a lo señalado en el numeral 2.5 del presente informe.

Sobre los representantes de la entidad empleadora ante la Comisión Negociadora en el marco de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal y el Decreto Supremo N° 008-2022-PCM



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

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

- 2.9 Previamente, se debe indicar que con fecha 02 de mayo del 2021, se publicó la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal (en adelante, LNCSE), norma que tiene por objeto 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.
- 2.10 Dicha ley es aplicable a las negociaciones colectivas llevadas a cabo entre organizaciones sindicales de trabajadores estatales de entidades públicas del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los organismos a los que la Constitución Política del Perú y sus leyes orgánicas confieren autonomía y las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades implican el ejercicio de potestades administrativas.
- 2.11 Aunado a la normativa citada, es menester señalar que con fecha 20 de enero de 2022 se publicaron en el Diario Oficial "El Peruano", los Lineamientos para la implementación de la LNCSE aprobados por Decreto Supremo N° 008-2022-PCM (en adelante, los Lineamientos).
- 2.12 Así pues, debemos indicar que la LNCSE y los Lineamientos disponen dos niveles de negociación: centralizada y descentralizada³. Asimismo, conforme a lo desarrollado en el artículo 6 de la LNCSE, debemos indicar que en ambos niveles se negocian aspectos remunerativos, así como condiciones de trabajo.
- 2.13 Ahora bien, respecto de los sujetos de la negociación colectiva en el sector público, la LNCSE establece que, por la parte empleadora, a nivel descentralizado, son los representantes designados de las entidades públicas correspondientes dependiendo del ámbito escogido por las organizaciones sindicales⁴. Siendo que, en su representación, el titular de la entidad designa los funcionarios o directivos en igual número al de la representación de la parte sindical conforme al literal b) del artículo 8 de la LNCSE⁵.
- 2.14 Es así como el número de representantes sindicales para cada proceso de negociación será a propuesta de la organización sindical más representativa del respectivo ámbito, el cual debe ser informado a la entidad empleadora con la presentación del proyecto de convenio colectivo donde deberá contener entre otros la nómina de los integrantes de la comisión negociadora debidamente acreditados pertenecientes a la organización sindical legitimada para negociar.

³ Artículo 5. Niveles de la negociación colectiva

La negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales se desarrolla en los siguientes niveles:

- a. El nivel centralizado, en el que los acuerdos alcanzados tienen efectos para todos los trabajadores de las entidades públicas al que hace mención el artículo 2 de la Ley.
- b. El nivel descentralizado, que se lleva a cabo en el ámbito sectorial, territorial y por entidad pública, o en el que las organizaciones sindicales estimen conveniente, y que tiene efectos en su respectivo ámbito, conforme a las reglas establecidas en el artículo 9.2 de la Ley. En los gobiernos locales la negociación colectiva se atiende con cargo a los ingresos de cada municipalidad. En el caso de los gobiernos locales con menos de 20 trabajadores, estos podrán acogerse al convenio colectivo federal de su organización de rama o adscribirse al convenio de su elección con el que exista afinidad de ámbito, territorio u otros.

⁴ Artículo 7 de la Ley N° 31188 – Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal.

⁵ Literal b) artículo 8 de la Ley N° 31188 – Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal y el artículo 10 de Decreto Supremo N° 008-2022-PCM – Lineamientos para la Implementación de la Ley N° 31188.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

- 2.15 Cabe indicar que la representación de la parte empleadora en la comisión negociadora debe garantizar bajo responsabilidad la viabilidad presupuestal para la ejecución de los acuerdos adoptados.
- 2.16 En este punto, corresponde precisar que si bien los funcionarios y directivos representan a la entidad empleadora en la comisión negociadora, el artículo 17 de la LNCSE proscribire la aplicación del producto negocial (convenio colectivo o laudo arbitral) a los funcionarios y directivos públicos, siendo nulo e inaplicable todo pacto en contrario. Ello se condice con el artículo 12 de los Lineamientos que prescribe lo siguiente:

“Artículo 12.- Representación de las Entidades Públicas en la Comisión Negociadora en el nivel descentralizado

12.1. La Representación Empleadora conformada por los funcionarios o directivos que el titular de la entidad designe, en igual número al de los representantes que conforman la Representación sindical y conforme a las condiciones señaladas en el numeral 10.2.2 del artículo 10 de los presentes Lineamientos, según el ámbito escogido por las organizaciones sindicales.

12.2 En el acto que se dispone la conformación de la Representación Empleadora, se designa al presidente de la misma, el cual a su vez ejerce la coordinación de la Comisión Negociadora en el nivel descentralizado. Los representantes de la Representación Empleadora, bajo ninguna situación, forman parte de los beneficiarios de la negociación colectiva.” (Énfasis agregado)

- 2.17 En tal sentido, se denota que la representación que ejercen los funcionarios y directivos respecto del Estado ante determinada Comisión Negociadora hace discordante que puedan resultar beneficiados con los acuerdos que pudiera llegar la organización sindical con la entidad en el marco de la negociación colectiva.
- 2.18 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 dirección⁶, por lo que podemos inferir que dentro de estos se incluye a los funcionarios públicos, empleados de confianza y directivos superiores⁷.

⁶ 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)

⁷ 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:



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

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

- 2.19 Por tanto, los beneficios derivados de un producto negocial (convenio colectivo o laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y directivos superiores; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación por exclusión constitucional⁸ y legal⁹.
- 2.20 En esa línea, tampoco podrán percibir beneficios convencionales aquellos servidores de carrera afiliados a una organización sindical que posteriormente asumen cargos de confianza o encargaturas en cargos de dirección; estos automáticamente quedan exentos de percibir dichos beneficios al momento de asumir el respectivo cargo por las razones expuestas en los numerales precedentes.
- 2.21 En el supuesto negado que se les haya otorgado estos beneficios a los funcionarios, empleados de confianza y personal con cargo de dirección corresponde el deslinde de responsabilidades.
- 2.22 De otro lado, cabe precisar que en los casos que el titular designe a servidores que no ostenten el cargo de funcionarios o directivos como representación empleadora en la Comisión Negociadora del nivel descentralizado y que, a partir de ello, se haya alcanzado un convenio colectivo, corresponde la aplicación de lo dispuesto por el artículo 30 de los Lineamientos sobre el efecto del incumplimiento de la LNCSE y sus Lineamientos y, por ende, el deslinde de responsabilidades:

“Artículo 30.- Incumplimiento de la Ley o de los presentes Lineamientos

El Convenio Colectivo suscrito en contravención de algunas de las disposiciones contenidas expresamente en la Ley o en los presentes Lineamientos resulta nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que, según el caso, corresponda a las personas que lo suscribieron.”

III. Conclusiones

- 3.1 De lo expuesto, se puntualiza que son funcionarios públicos aquellos que únicamente se encuentran dentro de los alcances de lo previsto en el artículo 52 de la LSC y cuya naturaleza de su cargo se condice con lo señalado en el numeral 1 del artículo 4 de la LMEP y el artículo 51 de la LSC.

Por su parte, el directivo público es aquel que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones sobre los recursos a su cargo; vela por el logro de los objetivos asignados y supervisa el logro de metas de los servidores civiles bajo su responsabilidad.

(...) 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: a) 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)

⁸ Artículo 42 de la Constitución Política del Perú

⁹ Artículo 2 de la Ley N° 31188 – Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal.



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"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

- 3.2 Para establecer la condición de funcionario público o directivo de un determinado empleado público deberá atenderse a lo señalado en el numeral 2.5 del presente informe.
- 3.3 Respecto de los sujetos de la negociación colectiva en el sector público, la LNCSE establece que, por la parte empleadora, a nivel descentralizado, son los representantes designados de las entidades públicas correspondientes dependiendo del ámbito escogido por las organizaciones sindicales. Siendo el titular de la entidad quien designa a los funcionarios o directivos en igual número al de la representación de la parte sindical.
- 3.4 Los beneficios derivados de un producto negocial 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; y, en el supuesto negado que se les haya otorgado dicho beneficio en el convenio colectivo o laudo arbitral, a pesar de estar prohibido; en consecuencia, corresponde el deslinde de responsabilidades.
- 3.5 En los casos que el titular designe a servidores que no ostenten el cargo de funcionarios o directivos como representación empleadora en la Comisión Negociadora del nivel descentralizado y que, a partir de ello, se haya alcanzado un convenio colectivo, corresponde la aplicación de lo dispuesto por el artículo 30 de los Lineamientos sobre el efecto del incumplimiento de la LNCSE y sus Lineamientos y, por ende, el deslinde de responsabilidades.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

BBBI/meccg/emdcc
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2022
Reg. 00218730-2022

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: **WVBOZUE**