

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**LA LÓGICA DEL CONTROL SOBRE LA HUELGA: PROPUESTA DE UN MODELO FLEXIBLE**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**AUTOR**

**VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO**

**ASESOR:**

**GUILLERMO MARTÍN BOZA PRO**

**MARZO, 2018**

## RESUMEN

No obstante que la Constitución Política del Perú reconoce y garantiza el derecho de huelga, la configuración legal de este derecho, tanto en el sector público como en el privado, se ha realizado bajo una lógica del control y no en clave de garantía. Más allá de los clásicos cuestionamientos a la definición legal de la huelga (tildada de tradicional) y a la lista de servicios esenciales (considerada muy amplia), observamos que la lógica del control sobre el derecho de huelga aparece de manera clara en los siguientes aspectos:

- i) La limitación sobre las causas que habilitan el ejercicio del derecho: las huelgas por conflictos colectivos jurídicos (principal causa de las huelgas en el Perú) prácticamente son irrealizables porque requieren previamente una sentencia firme que acredite el incumplimiento del empleador.
- ii) La configuración del órgano calificador de las huelgas: es el propio Estado, y no un órgano independiente que cuente con la confianza de las partes, quien califica como procedente, improcedente o ilegal la realización de la medida de fuerza.
- iii) Los criterios administrativos empleados para entender por cumplidos o incumplidos los requisitos legales (condiciones previas) para realizar una huelga.

En este sentido, resulta necesaria una reconfiguración del derecho de huelga que nos acerque a una regulación en clave de garantía. Por ello, proponemos i) la creación de un órgano tripartito en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo que se encargue de la calificación de las huelgas; ii) la eliminación, modificación y reinterpretación de los requisitos legales para el ejercicio del citado derecho; y iii) la flexibilización del requisito de la sentencia firme como presupuesto de las huelgas por conflictos jurídicos; todo lo cual se concretiza en proyectos normativos que se anexan a la presente investigación.

Finalmente, consideramos que en el nuevo escenario que proponemos no debiera admitirse la realización de huelgas contrarias al ordenamiento jurídico, por lo que las propuestas normativas antes indicadas también prevén consecuencias jurídicas para los huelguistas que realizan la medida de fuerza incumpliendo la ley.

## ÍNDICE

<b>Carátula</b>	1
<b>Resumen</b>	2
<b>Índice</b>	3
<b>Lista de cuadros</b>	6
<b>Introducción</b>	8
<b>Capítulo I. La huelga desde la ley y la realidad: el control estatal sobre las causas de la huelga</b>	10
1. La huelga como respuesta a conflictos colectivos principalmente jurídicos y no económicos	10
1.1 La huelga por conflictos jurídicos como respuesta a la ineficacia del Sistema de Inspección del Trabajo peruano	13
2. La respuesta del Estado a las huelgas por conflictos colectivos jurídicos: el primer control sobre las causas de la huelga	18
3. La huelga como respuesta a la función normativa del estado: modelo polivalente	19
3.1 La huelga de los trabajadores mineros	19
3.2 La huelga de los servidores civiles	23
4. La respuesta del Estado a las huelgas del modelo polivalente: el segundo control sobre las causas de la huelga	26
4.1 Un llamado a la reflexión a propósito de la respuesta del Estado a la huelga polivalente	28
5. El defecto normativo de la lógica del control: las huelgas improcedentes amparadas por la legislación	31
<b>Capítulo II. La lógica del control en la calificación de la huelga: ¿quién califica su ejercicio y bajo qué criterios?</b>	37
1. El tercer control sobre la huelga: el órgano calificador de la medida de presión	37
2. El cuarto control sobre la huelga: la jurisprudencia administrativa del MTPE	40

2.1 La obligación de preaviso de huelga: plazos y formas de preaviso	41
a) Plazos de preaviso	41
b) Formas de preaviso	43
2.2 La defensa de los derechos e intereses de los trabajadores: configuración amplia pero ineficaz	44
2.3 La voluntad mayoritaria para realizar la huelga: lectura en clave de garantía	48
2.4 La previsión expresa de la huelga como punto de agenda de la asamblea, y la copia legalizada del acta de asamblea: la exigencia de la forma por la forma	49
a) La convocatoria expresa a asamblea	50
b) La copia legalizada del acta de asamblea	51
2.5 Declaración jurada de la junta directiva de la organización sindical: la lectura del todo o nada	54
2.6 Garantía de servicios mínimos en caso de servicios esenciales o actividades indispensables del empleador: el problema de la divergencia y su tratamiento en clave de garantía	57
2.7 El no sometimiento de la negociación colectiva a arbitraje: el problema del arbitraje potestativo	63
<b>Capítulo III. Reconfiguración de la lógica del control: una propuesta para el legislador</b>	66
1. ¡Cuidado legislador! Las recientes medidas de simplificación administrativa favorecen una mayor duración de las huelgas	66
2. Nuestra propuesta: una sola forma de calificación del ejercicio irregular del derecho de huelga y la prohibición de su realización a partir de aquella calificación	70
3. Un órgano tripartito en el CNTPE como órgano independiente calificador de las huelgas	76
4. ¡Atención legislador! Cometes una inconstitucionalidad por omisión al no regular el procedimiento de divergencia	80
4.1 Nuestra propuesta de regulación del procedimiento de divergencia	82
5. Aún puedes hacer más legislador: la flexibilización del control sobre las causas de la huelga, la simplificación de otros requisitos y una mejor interpretación de los mismos	86

5.1 La flexibilización del control sobre las causas de la huelga: un modelo laboral de huelga menos atenuado	86
5.2 El requisito de la declaración jurada: ¿para qué sirve?	90
5.3 El obstáculo a las huelgas acordadas por delegados	91
5.4 La reinterpretación de otros requisitos en clave de garantía	92
<b>6. Conclusiones</b>	<b>96</b>
<b>7. Bibliografía</b>	<b>99</b>
<b>8. Anexo normativo</b>	<b>105</b>



## LISTA DE CUADROS

Cuadro N° 01: Perú. Número de huelgas según tipo de causa, 2000-2016	10
Cuadro N° 02: Perú. Número de trabajadores comprendidos, según tipo de causa de la huelga 2000-2016	11
Cuadro N° 03: Perú. Horas hombre perdidas, según tipo de causa de la huelga 2000-2016	12
Cuadro N° 04: Perú. Número de pliegos de reclamos y huelgas, 1990-2016	12
Cuadro N° 05: Perú. Número de convenios colectivos y huelgas, 1990-2016	13
Cuadro N° 06: Perú. Inspectores por región (junio 2011 Vs mayo 2017)	14
Cuadro N° 07: Perú. Inspectores por categorías (junio 2011 Vs mayo 2017)	15
Cuadro N° 08: Perú. Huelgas según tamaño de empresas 2000-2016	16
Cuadro N° 09: Perú. Total de huelgas, trabajadores comprendidos y horas hombre perdidas por región 2000-2016	16
Cuadro N° 10: Presencia de SUNAFIL a mayo 2017. Regiones con mayor nivel de conflictividad 2000-2016	17
Cuadro N° 11: Perú. PBI y trabajadores involucrados en las huelgas del sector minero, 2000-2016	20
Cuadro N° 12: Perú. PBI y horas/hombre perdidas en las huelgas del sector minero, 2000-2016	21
Cuadro N° 13: Perú. PBI y huelgas del sector minero, 2000-2016	22
Cuadro N° 14: Perú. PBI y trabajadores involucrados en las huelgas del sector público, 2000-2016	24
Cuadro N° 15: Perú. PBI y horas/hombre perdidas en las huelgas del sector público, 2000-2016	25
Cuadro N° 16: Negociación colectiva como requisito de huelgas polivalentes	27
Cuadro N° 17: Perú. PBI, 1990-2016	29
Cuadro N° 18: Perú. PBI según tipo de ingreso, 1994-2016	29
Cuadro N° 19: Efectos jurídicos de las huelgas procedentes	32
Cuadro N° 20: Perú. Duración promedio de las huelgas, 2000-2016 (en días)	36

Cuadro N° 21: El propio empleador como órgano calificador	38
Cuadro N° 22: Requisitos para el ejercicio del derecho de huelga	40
Cuadro N° 23: Protección contra actos de injerencia sobre el derecho de huelga	45
Cuadro N° 24: Eficacia general o limitada de las huelgas	49
Cuadro N° 25: Alcances de la legalización notarial de la copia del acta de asamblea (certificación de reproducciones)	51
Cuadro 26: Modificación del artículo II del Título Preliminar LPAG	67
Cuadro 27: Tablero de control sobre los requisitos de la huelga	97



## INTRODUCCIÓN

Si bien la Constitución Política del Perú reconoce y garantiza el ejercicio del derecho de huelga, las normas legales (tanto del sector público como del privado) y su aplicación administrativa han delimitado de manera estricta las posibilidades de su ejercicio legal. Este tratamiento jurídico, de orientación restrictiva, es lo que denomino la *lógica del control* sobre el derecho de huelga.

La presente tesis tiene por objeto poner en evidencia las principales manifestaciones de esta lógica del control, más allá de la tradicional crítica de la doctrina sobre i) la definición del derecho de huelga (definición tildada de clásica) y ii) la lista de los servicios esenciales en el ordenamiento jurídico peruano (lista considerada muy amplia).

En efecto, nuestra investigación se orienta hacia otras aristas del derecho de huelga muy poco estudiadas, como son i) la limitación sobre las causas para el ejercicio legal del derecho de huelga; ii) la configuración del órgano llamado a calificar como procedente, improcedente o ilegal la realización de la medida de fuerza; iii) los criterios empleados para esta calificación jurídica; y iv) las posibilidades de flexibilizar la lógica del control sobre el derecho de huelga. Cabe indicar que en todo este análisis juegan un papel central los requisitos legales establecidos para ejercer válidamente el citado derecho constitucional.

Así, el primer capítulo trata sobre las restricciones en las causas que habilitan ejercer el derecho de huelga. De acuerdo a la información estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la principal causa de la huelga son los conflictos colectivos jurídicos (y no la frustración de la negociación colectiva). Pues bien, la lógica del control sobre el derecho de huelga se manifiesta en este punto en la medida que condiciona la huelga por conflictos jurídicos a la previa existencia de una *sentencia firme* que declare algún incumplimiento del empleador. No obstante ello, conforme se verá en este capítulo, existe un defecto normativo que termina flexibilizando esta lógica del control.

El segundo capítulo trata sobre el órgano encargado de calificar el ejercicio del derecho de huelga y los criterios que emplea para tal efecto. En esta parte de la investigación, el lector podrá observar que nos encontramos aún lejos de lo recomendado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), esto es, que la calificación de la medida de fuerza (en nuestro caso, la improcedencia o la ilegalidad de la huelga) corresponda a un órgano independiente y que cuente con la confianza de las partes. Asimismo, en este capítulo se realizará una revisión acerca de los criterios que adopta el órgano calificador para entender por cumplidos o incumplidos los requisitos legales que se exigen para ejercer el derecho de huelga.

Sin restarle seriedad a la presente tesis, es nuestra intención que el lector, al final de estos dos primeros capítulos, termine con una sensación de inconformidad sobre la regulación del derecho de huelga, es decir, que adquiera convicción sobre la necesidad de una reconfiguración del citado derecho.

En esa línea, el tercer capítulo es una propuesta de *mejor regulación* sobre el derecho de huelga. A través de i) un órgano calificador independiente y ii) la modificación o reinterpretación de los requisitos legales, buscamos una flexibilización de la lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga, que nos acerque a una regulación en clave de garantía. Desde luego, estamos hablando de una garantía a favor de *las huelgas conformes al ordenamiento jurídico* y no de aquellas contrarias a la ley, pues estimamos



que, en un escenario de mejor regulación del derecho de huelga, las huelgas contrarias al ordenamiento jurídico (típicamente, lo que conocemos como huelgas improcedentes o ilegales) deberían encontrarse prohibidas y preverse mecanismos eficaces de sanción para los huelguistas. Cabe indicar que, como corolario de este tercer capítulo, presentamos al lector propuestas normativas sobre el tema en estudio.

Quiero terminar estas líneas agradeciendo al Dr. Guillermo Boza Pro, quien como asesor me acompañó en toda la etapa de investigación; a Juan Carlos Gutiérrez Azabache, de quien aprendí que el Derecho es más que las ideas aprehendidas en el aula; a Raúl Fuentes Reynoso, por su invaluable apoyo en la generación de estadísticas; a María del Carmen, mi esposa, por su constante aliento e infinita comprensión; a Dona, mi hermana, por su inacabable amor; y a todas las personas que, de diferentes formas, me apoyaron en esta labor.

El autor



## **CAPÍTULO I**

### **LA HUELGA DESDE LA LEY Y LA REALIDAD: EL CONTROL ESTATAL SOBRE LAS CAUSAS DE LA HUELGA**

De acuerdo a los artículos 28 y 42 de la Constitución Política, los trabajadores del sector privado y público tienen garantizado el derecho a la huelga. No obstante, sobre la base de la necesidad de *cautelar el ejercicio democrático* de la huelga, la propia Constitución Política ha delegado en el legislador ordinario la configuración del referido derecho. En tal sentido, la legislación, tanto del ámbito privado como público, ha señalado a la negociación colectiva como el espacio principal para el ejercicio del derecho a la huelga.

Sin embargo, a partir de los registros estatales, veremos cómo los conflictos colectivos económicos entre trabajadores y empleadores no son la principal causa de las huelgas en el Perú. Igualmente, sobre la base del marco legal vigente, apreciaremos los mecanismos de control estatal sobre aquellas otras causas de la huelga, que terminan siendo las más relevantes en el mundo laboral peruano. El contraste entre la ley y la realidad será, en el presente capítulo, el hilo conductor que explicará la lógica del control sobre las causas de la huelga en el Perú.

#### **1. La huelga como respuesta a conflictos colectivos principalmente jurídicos y no económicos**

Tanto el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante TUO de la LRCT), como la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante LSC) señalan que para ejercer el derecho a la huelga se requiere que “la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje” (artículos 73.d y 80.f, respectivamente). De esta forma, se concibe a la negociación colectiva como el espacio natural para el ejercicio del derecho a la huelga.

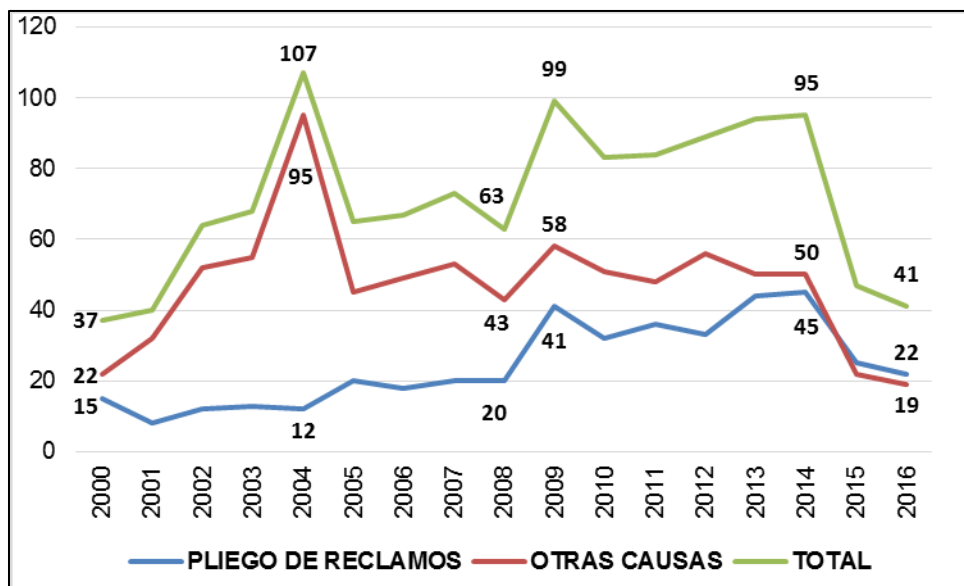
Esta visión normativa de la huelga se refuerza en otras disposiciones de las leyes antes citadas. Así, el artículo 75 del TUO de la LRCT y el artículo 45.1 de la LSC expresan que la huelga supone, como mínimo, el agotamiento del trato directo entre las partes, que es la primera etapa de la negociación colectiva. Inclusive, el Tribunal Constitucional sigue la misma línea y señala de manera clara que “[e]l ejercicio del derecho a la huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible”.<sup>1</sup>

Así las cosas, podría pensarse que las huelgas en el Perú, tanto en el sector privado como en el sector público, tienen por motivo principal la discusión del pliego de reclamos en una negociación colectiva. Sin embargo, los registros estatales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) reflejan que las huelgas no se agotan en dicho conflicto colectivo económico. Al contrario, las huelgas en el Perú, de manera sostenida, han sido y siguen siendo principalmente una respuesta a otro tipo de causas, tal como se observa en el Cuadro N° 01, que analiza las huelgas realizadas, según sus causas, durante el periodo 2000 – 2016.

**Cuadro N° 01**  
**Perú: número de huelgas según tipo de causa, 2000-2016**

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005, f.j. 40.

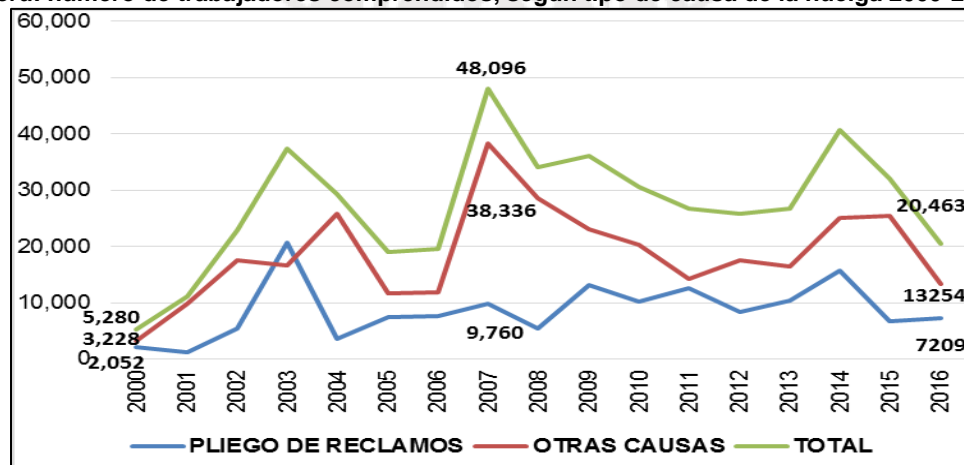


Fuente: MTPE, *Huelgas en el Perú 2016*.  
Elaboración propia.

Así, las huelgas por razones distintas a una negociación colectiva tienen un espacio importante en el mundo laboral peruano. De acuerdo a la información estadística recogida, las “otras causas” comprenden, entre otros motivos, al incumplimiento de normas legales o convencionales que reclaman los trabajadores, así como al despido y a la amenaza de despido. Si tenemos en cuenta que, por lo general, los huelguistas relacionan estos despidos o amenazas con el incumplimiento de normas estatales o autónomas, podemos afirmar de manera razonable que las huelgas en el Perú han sido y son principalmente una respuesta a conflictos colectivos jurídicos y no económicos.

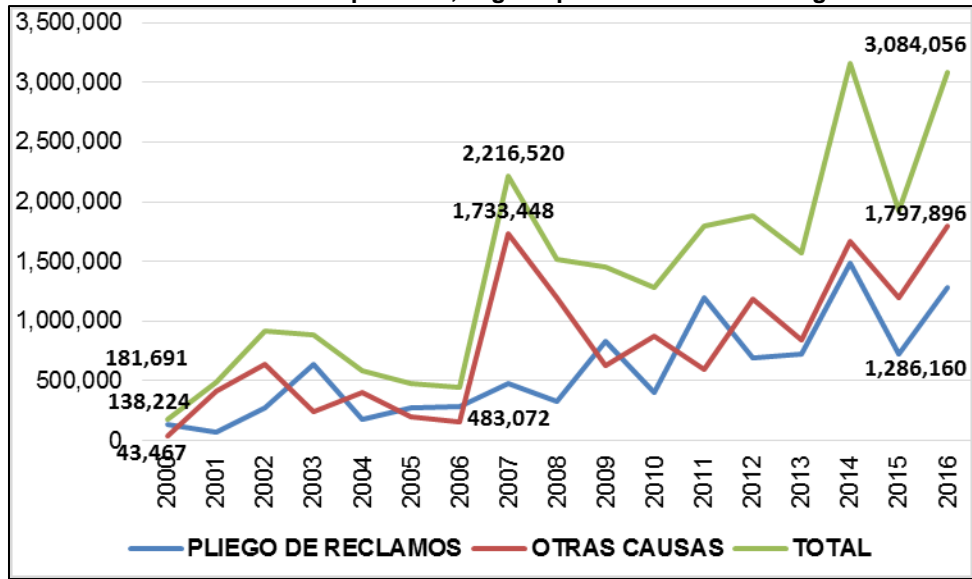
Es más, si analizamos las huelgas ya no desde un punto de vista cuantitativo, sino desde criterios cualitativos que miden el real efecto de aquellas (como trabajadores comprendidos y horas-hombre perdidas), apreciaremos que las huelgas por “otras causas”, en los términos antes explicados, resultan superiores en intensidad a las que se realizan con ocasión de la negociación colectiva, tal como se observa en los Cuadros N° 02 y 03.

**Cuadro 02**  
**Perú: número de trabajadores comprendidos, según tipo de causa de la huelga 2000-2016**



Fuente: MTPE, *Huelgas en el Perú 2016*.  
Elaboración propia

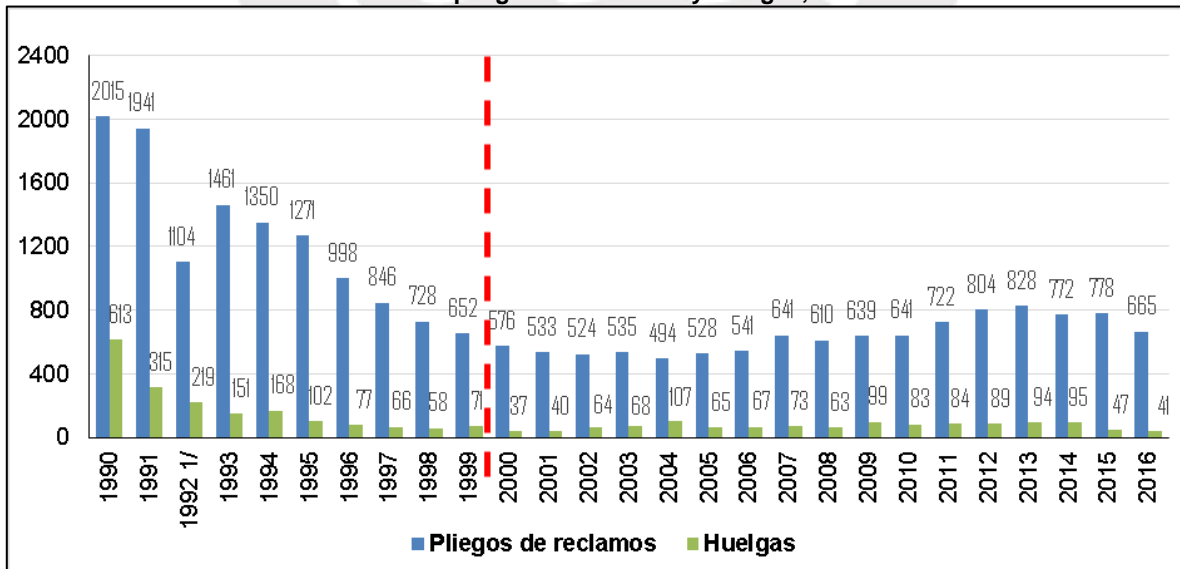
**Cuadro N° 03**  
**Perú: horas hombre perdidas, según tipo de causa de la huelga 2000-2016**



Fuente: MTPE, *Huelgas en el Perú 2016*.  
Elaboración propia.

Así, desde una perspectiva de análisis integral de las huelgas, se observa que en el mundo del trabajo peruano (sector público y privado) la negociación colectiva no explica por sí misma, y menos de manera suficiente, el movimiento reivindicatorio de los trabajadores. Esto, por lo demás, se ve reforzado si observamos en el Cuadro N° 04 las distintas tendencias que siguen la presentación de los pliegos de reclamos y las huelgas realizadas.

**Cuadro N° 04**  
**Perú: número de pliegos de reclamos y huelgas, 1990-2016**

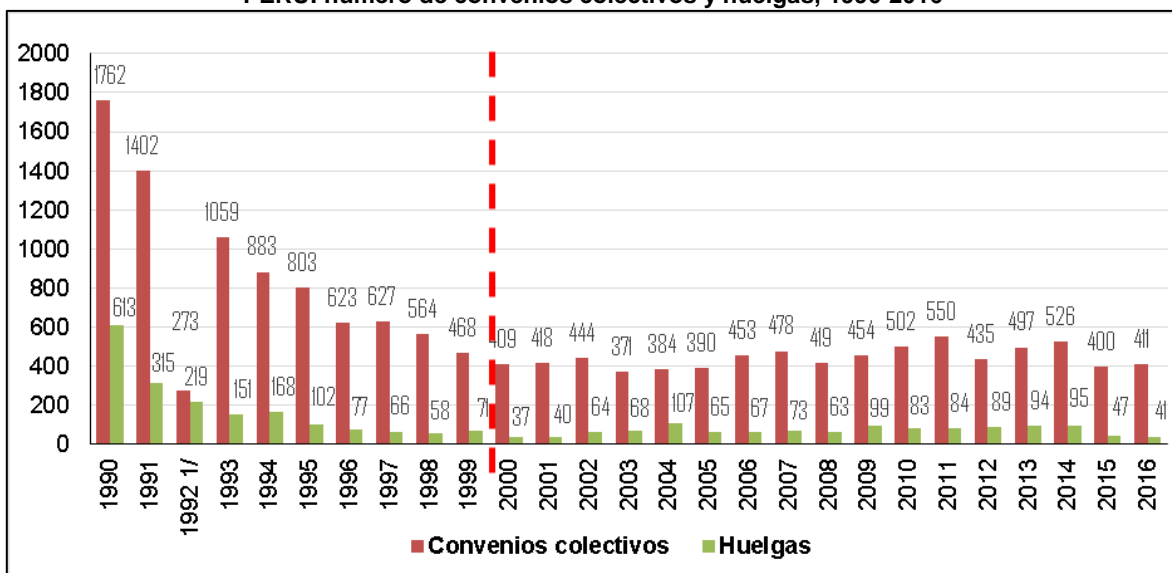


1/ Información corresponde solo a Lima Metropolitana  
Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 1996, 2013-2016*.  
Elaboración propia.

Si bien podemos notar en el cuadro anterior una involución constante de ambos elementos de la libertad sindical (negociación colectiva y huelga) durante la década de 1990; sí apreciamos, ya en el periodo siguiente, una ligera recuperación en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (con excepción del año 2016), en contraste con la tendencia decreciente que presenta el ejercicio del derecho a la huelga.

En la misma línea, podemos obtener una conclusión similar si comparamos, en el periodo 2000-2016, los convenios colectivos suscritos en el marco de la negociación colectiva y las huelgas llevadas a cabo. El Cuadro N° 05 refleja, en efecto, que la huelga en el Perú tiene una escasa incidencia en la solución de los conflictos colectivos económicos con el empleador.

**Cuadro N° 05**  
**PERÚ: número de convenios colectivos y huelgas, 1990-2016**



1/ Información corresponde solo a Lima Metropolitana  
Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 1996, 2013-2016*.  
Elaboración propia.

En conclusión, a contracorriente de la regla establecida por el TUO de la LRCT y la LSC, la huelga en el Perú es una respuesta a conflictos colectivos principalmente jurídicos y no económicos. En otras palabras, la realidad demuestra una relación más estrecha entre la huelga y determinadas situaciones lesivas para los trabajadores (incumplimientos normativo laborales), que entre aquella y la negociación colectiva.<sup>2</sup> En este punto, conviene preguntarse lo siguiente: ¿por qué los trabajadores tienen que recurrir a esta medida de presión institucionalizada para tutelar sus derechos laborales?

### 1.1 La huelga por conflictos jurídicos como respuesta a la ineficacia del Sistema de Inspección del Trabajo peruano

<sup>2</sup> Si bien observamos en el Cuadro N° 01 una variación en los años 2015 y 2016, en los cuales las huelgas con ocasión de la negociación colectiva superan mínimamente en número a las huelgas por "otras causas", aún es prematuro afirmar un cambio de tendencia. Inclusive, si ello fuera así, no debiera perderse de vista que, en razón a sus implicancias (trabajadores comprendidos y horas hombre perdidas), las huelgas por motivos distintos a la negociación colectiva tienen una presencia en el mundo laboral peruano que resulta superior a las huelgas con motivo de la discusión del pliego de reclamos.

Conforme al artículo 3 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, el Sistema de Inspección del Trabajo tiene por finalidad, entre otras, vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen general de la actividad privada o a los regímenes especiales.

En el año 2013, el Congreso de la República emitió la Ley N° 29981, por la cual se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), como organismo centralizado en materia de inspección de trabajo a nivel nacional. En este contexto, conforme a lo establecido por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 015-2013-TR, los Gobiernos Regionales, a través de sus Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo (DRTPE), únicamente pueden realizar ahora fiscalizaciones laborales en las microempresas, esto es, empresas que cuentan con entre 1 y 10 trabajadores registrados en la Planilla Electrónica.

Dado el papel residual que cumplen ahora los Gobiernos Regionales en materia inspectiva, no cabe duda que SUNAFIL es el organismo del Estado llamado a vigilar y exigir a los empleadores el cumplimiento de las normas legales y convencionales, así como sancionar los incumplimientos; es decir, se configura como la entidad estatal encargada de prevenir la ocurrencia de la principal razón de las huelgas en el Perú.

Si bien la creación de la SUNAFIL expresa a nivel normativo el compromiso del Estado peruano por el cumplimiento de los derechos laborales y la reducción de la informalidad laboral, dicho compromiso no ha venido acompañado de una voluntad política que favorezca la estabilidad y el adecuado funcionamiento de la referida entidad. Así, al mes de mayo del año 2017<sup>3</sup>, i) SUNAFIL ha tenido hasta 5 superintendentes; ii) siendo un organismo de ámbito nacional, sólo se encuentra implementado en 11 de las 26 regiones del Perú; y iii) únicamente cuenta con 390 inspectores de trabajo para vigilar el cumplimiento de los derechos laborales a nivel nacional y sancionar los respectivos incumplimientos. Sobre esto último, el Cuadro N° 06 refleja que la creación y puesta en funcionamiento de dicho organismo no ha significado en la realidad un incremento del personal inspectivo que coadyuve, a su vez, a prevenir los conflictos que dan lugar a las huelgas en el Perú.

**Cuadro N° 06**  
**Perú: inspectores por región (junio 2011 Vs mayo 2017)<sup>4</sup>**

Regiones	Junio 2011 Inspectores en las DRTPE (sin SUNAFIL)	Mayo 2017 SUNAFIL	
		Inspectores destacados a las DRTPE (apoyo de SUNAFIL a los Gobiernos Regionales)	Inspectores asignados a la respectiva Intendencia Regional de SUNAFIL
Amazonas	2	1	Intendencia no creada

<sup>3</sup> Empleamos la información a dicha fecha por tratarse de la más reciente que disponemos y por resultar compatible con el periodo de análisis de las huelgas en el Perú (periodo 2000-2016).

<sup>4</sup> El presente cuadro se ha elaborado sobre la base de las siguientes fuentes:

a) VIDAL, Álvaro, CUADROS, Fernando y Christian SÁNCHEZ. *Flexibilidad laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: un balance tras 20 años*. En: Revista CEPAL. Santiago de Chile, año 2012, N° 175, p. 53. Serie Políticas Sociales. Disponible en:

[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6188/1/S1100960\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6188/1/S1100960_es.pdf) Consulta: 08 de julio de 2017.

b) Maturrano León de Reynaga, Noemí. *Respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública HR. N° 31971-2017*. Correo electrónico del 31 de mayo de 2017, de SUNAFIL a Renato Sarzo.

Ancash	3	2	8
Apurímac	4	2	Intendencia no creada
Arequipa	15	2	13
Ayacucho	4	3	Intendencia no creada
Cajamarca	2	2	6
Callao	15		Intendencia no creada
Cusco	9		13
Huancavelica	2		Intendencia no creada
Huánuco	4	2	3
Ica	3		9
Junín	6	8	Intendencia no creada
La Libertad	10	4	15
Lambayeque	10	4	Intendencia no creada
Lima Metropolitana	215	21	244
Lima Cañete	2		Intendencia no creada (región Lima Provincias)
Lima Huacho	8		
Loreto	5		3
Madre de Dios	3		Intendencia no creada
Moquegua	4		5
Pasco	3		Intendencia no creada
Piura	11	6	Intendencia no creada
Puno	7	3	Intendencia no creada
San Martín	7	2	Intendencia no creada
Tacna	8	3	Intendencia no creada
Tumbes	3		3
Ucayali	3	3	Intendencia no creada
Total	368	68	322
			390

Elaboración propia.

Tal como se aprecia en el cuadro anterior, sólo ha existido un incremento del 6% del personal inspectivo (de 368 a 390 inspectores) dentro de un periodo de 6 años (junio 2011 a mayo 2017), es decir, un incremento notoriamente mínimo en dicho periodo.<sup>5</sup> Es más, de las tres categorías de inspectores reguladas por la Ley N° 28806 (Supervisores Inspectores, Inspectores del Trabajo e Inspectores Auxiliares), el referido incremento del 6% se explica exclusivamente por el ingreso de Inspectores Auxiliares al Estado, tal como se observa en el Cuadro N° 07.

**Cuadro N° 07**  
**Perú: inspectores por categorías (junio 2011 Vs mayo 2017)<sup>6</sup>**

Años	Supervisor Inspector (%)	Inspector del Trabajo (%)	Inspector Auxiliar (%)	Total (%)
Junio 2011	23 (6%)	156 (43%)	189 (51%)	368 (100%)
Mayo 2017	20 (5%)	107 (28%)	263 (67%)	390 (100%)

<sup>5</sup> Si bien el número de 390 inspectores puede incrementarse con los propios inspectores laborales que las DRTPE tienen, repárese que tal incremento sería mínimo, dada las propias carencias de estas entidades en materia inspectiva. Dichas carencias, por ejemplo, han originado que SUNAFIL destaque sus inspectores a determinadas DRTPE para apoyar el cumplimiento de la función inspectiva que les corresponde a éstas. De acuerdo con el Cuadro N° 06, de los 390 inspectores de SUNAFIL, el 17% (68 inspectores) ha sido destacado a las DRTPE.

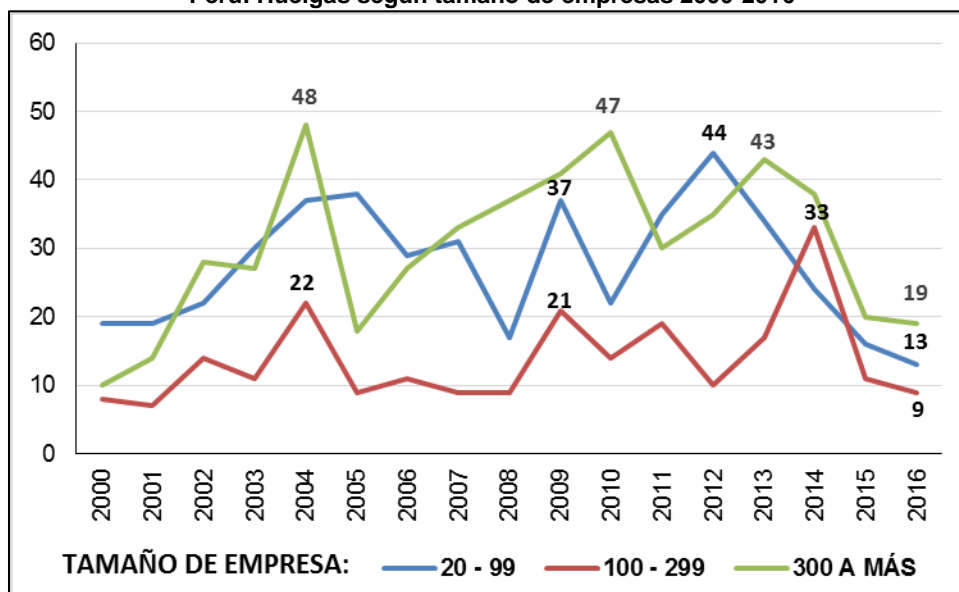
<sup>6</sup> El presente cuadro se ha elaborado sobre la base de las siguientes fuentes:

- VIDAL, Álvaro, CUADROS, Fernando y Christian SÁNCHEZ. Op.cit., p. 53.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (SUNAFIL). Informe N° 35-2017-SUNAFIL/SG-OGPP, de fecha 23 de febrero. Demanda adicional de recursos presupuestarios a favor del Pliego 121: SUNAFIL para el Año Fiscal 2017. Lima. Anexo 01.

Elaboración propia

Que el incremento del personal inspectivo no solo sea reducido, sino además en la categoría de los Inspectores Auxiliares, no favorece la fiscalización laboral frente a los incumplimientos laborales que puedan motivar la realización de una huelga. En efecto, por regla general, la facultad inspectiva de los Inspectores Auxiliares se encuentra limitada a las microempresas y pequeñas empresas (artículo 6 de la Ley N° 28806); sin embargo, tal como se observa en el Cuadro N° 08, son las huelgas en las empresas de 300 a más trabajadores las que sobresalen en el mundo laboral peruano.

**Cuadro N° 08**  
**Perú: Huelgas según tamaño de empresas 2000-2016**



Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 2000-2016*.  
Elaboración propia.

Es cierto que el actual marco legal permitiría considerar a estas empresas de 300 a más trabajadores como microempresas o pequeñas empresas si es que no superan los límites de ingresos anuales de 150 Unidades Impositivas Tributarias (607500 Soles) y de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (6885000 Soles) respectivamente<sup>7</sup>; sin embargo, repárese que en razón al tamaño de sus planillas y los costos laborales que asumen, resulta altamente probable que estas empresas, para mantener la viabilidad del negocio, superen aquellos límites de ingresos y, por lo tanto, se encuentren fuera del ámbito de fiscalización de los Inspectores Auxiliares, esto es, fuera del control de más del 50% del personal inspectivo en el Perú.

De otro lado, nótese que, de las 26 regiones del Perú, son 8 las que de una manera muy clara representan más del 80% de las huelgas en el país, tal como se observa en el Cuadro N° 09.

**Cuadro N° 09**  
**Perú: total de huelgas, trabajadores comprendidos y horas hombre perdidas por región**

<sup>7</sup> Los referidos límites se encuentran previstos en el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.



**2000-2016**

Regiones	Huelgas (% del total nacional)	Trabajadores comprendidos (% del total nacional)	Horas hombre perdidas (% del total nacional)
Piura	8.72	3.60	2.31
Lambayeque	7.48	6.95	4.50
La Libertad	5.51	8.73	10.24
Lima	36.10	37.53	37.60
Pasco	5.59	4.97	4.90
Junín	7.40	6.32	4.08
Ica	4.61	6.48	9.95
Arequipa	9.29	7.95	8.40
Acumulado	84.70 %	82.53 %	81.98 %

Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 2000-2016*.

Elaboración: propia

Entonces, si de prevención de conflictos de huelga se trata, el Sistema de Inspección del Trabajo debiera de haberse preocupado por reforzar su presencia, por lo menos, en estas 8 regiones del Perú. En el Cuadro N° 10 veremos cómo es que ello no ha ocurrido así.

**Cuadro N° 10**  
**Presencia de SUNAFIL a mayo 2017**  
**Regiones con mayor nivel de conflictividad 2000-2016**

Regiones	Huelgas (% del total nacional)	Trabajadores comprendidos (% del total nacional)	Horas hombre perdidas (% del total nacional)	Intendencia Regional de SUNAFIL implementada (mayo 2017)	Inspectores Sunafil destacados/asignados (mayo 2017)
Piura	8.72	3.60	2.31	No	6
Lambayeque	7.48	6.95	4.50	No	4
La Libertad	5.51	8.73	10.24	Sí	19
Lima	36.10	37.53	37.60	Sí	265
Pasco	5.59	4.97	4.90	No	0
Junín	7.40	6.32	4.08	No	8
Ica	4.61	6.48	9.95	Sí	9
Arequipa	9.29	7.95	8.40	Sí	15
Acumulado	84.70 %	82.53 %	81.98 %	-----	-----

Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 2000-2016*.

Maturrano León de Reynaga, Noemí. *Respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública HR. N° 31971-2017*. Correo electrónico del 31 de mayo de 2017, de SUNAFIL a Renato Sarzo

Elaboración: propia

Si bien el número de inspectores se puede incrementar mínimamente con el personal inspectivo de cada DRTPE, el Cuadro N° 10 desde ya refleja la distribución inequitativa del personal inspectivo a nivel nacional. Si tomamos como referencia la situación de Lima Metropolitana, observaremos que prácticamente el 68% de inspectores del Perú se dedica al 37% de la conflictividad laboral a nivel nacional, lo cual no resulta razonable si consideramos la importancia relativa de las otras 7 regiones en estudio que, representando el 46% de la conflictividad a nivel nacional concentran únicamente el 16% del personal inspectivo.

Tenemos así un Sistema de Inspección del Trabajo que a mayo del año 2017 i) carece del personal inspectivo suficiente para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de normas legales y convencionales, ii) que se encuentra integrado en su mayoría por Inspectores Auxiliares, cuyas facultades de fiscalización se limitan a las microempresas y pequeñas

empresas; y iii) que posee una autoridad central (SUNAFIL) con escasa presencia a nivel nacional y especialmente ausente en 4 de las 8 regiones que reportan mayor incidencia de conflictos de huelga en el periodo 2000-2016. En este contexto, es razonable que la huelga aparezca como una medida de salvaguarda frente a incumplimientos del empleador que la inspección laboral no llega a prevenir ni sancionar. En otras palabras, puede establecerse desde la realidad una relación lógica entre las huelgas en el Perú y la ausencia de fiscalización laboral. ¿Cuál es la respuesta del Estado frente a esta situación?

## **2. La respuesta del Estado a las huelgas por conflictos colectivos jurídicos: el primer control sobre las causas de la huelga**

No obstante el escenario de carencia inspectiva antes descrito y la presencia relevante de las huelgas por incumplimientos de normas laborales y convencionales, la legislación laboral peruana en esta materia sigue intacta desde el año 1992.

En este punto, conviene precisar que, si bien hemos mencionado antes que la legislación, tanto del ámbito privado como público, ha señalado a la negociación colectiva como el espacio principal para el ejercicio del derecho a la huelga, debe tenerse presente que dicho espacio no es el único previsto por el ordenamiento jurídico peruano.

Al respecto, conforme al artículo 63 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante RLRCT), “[e]n caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada”. Repárese entonces que la huelga por conflictos colectivos jurídicos únicamente procede si es que i) existe una sentencia a favor de los trabajadores cuyo contenido implique el cumplimiento de una obligación laboral; ii) dicha sentencia sea inimpugnable; y iii) se demuestre previamente que el empleador se niega a cumplirla. Considerando los propios problemas estructurales de la justicia laboral peruana, relacionadas a la carga procesal, excesiva lentitud y escases de jueces, el artículo 63 del RLRCT se presenta más como un límite al derecho a la huelga que como una posibilidad para su ejercicio.

Que el Estado peruano *mantenga* esta regulación restrictiva en el espacio de mayor incidencia de las huelgas (conflictos colectivos jurídicos), evidencia que el derecho fundamental a la huelga no se encuentra regulado en clave de garantía, sino bajo una lógica de control. Se refuerza más esta idea si se toma en cuenta que la posibilidad de ejercer el derecho a la huelga en los términos del artículo 63 del RLRCT únicamente tiene lugar en el sector privado, pues para el ejercicio del derecho a la huelga en el sector público la LSC no ha previsto un supuesto similar.

En este contexto, es importante traer a colación los modelos de huelga que la doctrina ha elaborado según los fines de la misma. Con ello, se evidenciará aún más cómo es que la lógica del control ha derivado en un modelo de huelga claramente desfasado para el Perú:

“Al respecto, teniendo en cuenta las diferentes respuestas que se han dado, legislativa y jurisprudencialmente, al tema de la legitimidad de los fines de la huelga, la doctrina ha podido sistematizar tres modelos de huelga: (i) el contractual, (ii) el laboral y (iii) el polivalente.

El modelo contractual supone reducir el ámbito de la huelga a la negociación colectiva, entendiéndola como un medio de presión para obtener la solución de esta. (...)

Quedan, por tanto, fuera del campo de aplicación de la huelga otra clase de conflictos colectivos distintos al que subyace a la negociación colectiva, principalmente los de carácter jurídico, como los derivados de la interpretación o aplicación de la convención colectiva o del incumplimiento de las normas legales.

(...)

[En] el segundo modelo, denominado laboral, (...) el ámbito de la huelga no es la negociación colectiva sino la relación de trabajo (...), por lo que todo conflicto que tenga como origen esta relación podrá constituir objeto de la huelga.

(...)

Finalmente, se habla de un modelo polivalente, en el cual (...) se reconoce la huelga como un instrumento de reivindicación social y promoción de los trabajadores no sólo en el ámbito de su relación con el empleador, sino como sector social al que por su condición desventajosa en la vida social, el ordenamiento le reconoce el derecho a la huelga precisamente para que la emplee como instrumento dirigido a la superación de su estatus de postergación".<sup>8</sup>

A la luz de lo expuesto, no cabe duda que la legislación laboral peruana, tanto del sector privado (TUO de la LRCT) como público (LSC), apuesta decididamente por un modelo contractual, que reduce las posibilidades de la huelga a un escenario de negociación colectiva. Siendo generosos, podríamos afirmar que a este modelo contractual *general* le acompaña un modelo laboral de huelga *atenuado*, que solo resulta aplicable al sector privado, frente a incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo y luego de un proceso judicial terminado a favor de los trabajadores.

Dado que la huelga por conflictos colectivos jurídicos es la de mayor incidencia en el mundo laboral peruano, el establecimiento y la conservación, sin mayor modificación, de un modelo laboral *atenuado* refleja la lógica del control aplicada a las huelgas en el Perú desde la legislación. Sin embargo, la lógica del control no sólo tiene lugar en aquel tipo de huelgas. La realidad peruana demuestra que los trabajadores realizan huelgas que, por su objeto, trascienden la relación de trabajo preestablecida; es decir, emplean también el modelo polivalente de huelga, por ejemplo, frente a la función normativa del Estado en el marco de políticas de flexibilización laboral o de reforma estatal. En este contexto, el Estado peruano se ha encargado igualmente del control sobre esta clase de huelgas, esta vez, mediante una regulación que las convierte en impracticables (en el plano jurídico, no así en la realidad). A continuación, realizaremos una aproximación casuística a determinadas huelgas polivalentes y analizaremos la lógica del control aplicada a las mismas.

### **3. La huelga como respuesta a la función normativa del estado: modelo polivalente**

Sin perjuicio de la especial incidencia de las huelgas por incumplimientos de normas legales o convencionales de trabajo, los trabajadores también han ejercido el derecho a la huelga frente al Estado como responsable de la política laboral en el Perú. En esa línea, por ejemplo, los trabajadores mineros paralizaron sus labores como protesta frente a la falta de una regulación garantista sobre la tercerización de servicios y la flexibilidad laboral que ello supone; igualmente, los servidores civiles han protagonizado importantes jornadas de lucha frente a políticas de reforma del empleo público.

#### **3.1 La huelga de los trabajadores mineros**

---

<sup>8</sup> Blancas Bustamante, Carlos. La cláusula de Estado Social en la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición, 2011, pp. 484-485.

El Estado peruano puede regular el mundo laboral dictando normas jurídicas, como también no dictándolas. La huelga minera indefinida del año 2007, convocada por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP), es una clara respuesta a la regulación laboral *por omisión*.

Para entender esta huelga minera, conviene explicar que el principal motivo de la misma era la carencia de un marco normativo que tutele adecuadamente los derechos laborales en un contexto de tercerización de servicios. Como se sabe, hasta el año 2008, sólo la intermediación laboral tenía una regulación estricta a través de la Ley N° 27626 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, ambos del año 2002.

Así, la carencia de una norma tutelar que regule la tercerización de servicios en la actividad minera era objeto de preocupación por parte de la FNTMMSP, dada la disparidad entre trabajadores directos (de la empresa principal) e indirectos (de las contratadas) en lo que respecta al goce de derechos constitucionales como la participación en utilidades, igualdad de remuneración, y seguridad y salud en el trabajo. En razón a este contexto de inequidad, la FNTMMSP exigía al Estado la incorporación de los trabajadores indirectos a la planilla de la empresa principal.<sup>9</sup>

Y si bien en días previos al inicio de la huelga, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través del Decreto Supremo N° 008-2007-TR, había acotado el objeto de la intermediación laboral, redefiniendo lo que se entiende por “actividad principal” y “actividad complementaria” de la empresa usuaria, ello no satisfacía el principal interés de la FNTMMSP, consistente en una regulación protectora e integral frente a la tercerización de la actividad principal de la empresa minera.

Si a esta preocupación no satisfecha por el Estado, le sumamos el inicio de una caída en la producción de la actividad minera en términos de Producto Bruto Interno (PBI) a partir del año 2006 – caída que obviamente incentiva el recurso a los mecanismos de subcontratación para reducir costos laborales en dicha actividad – tenemos los elementos necesarios para explicar la huelga indefinida de la FNTMMSP que se inició a partir del 30 de abril del año 2007.

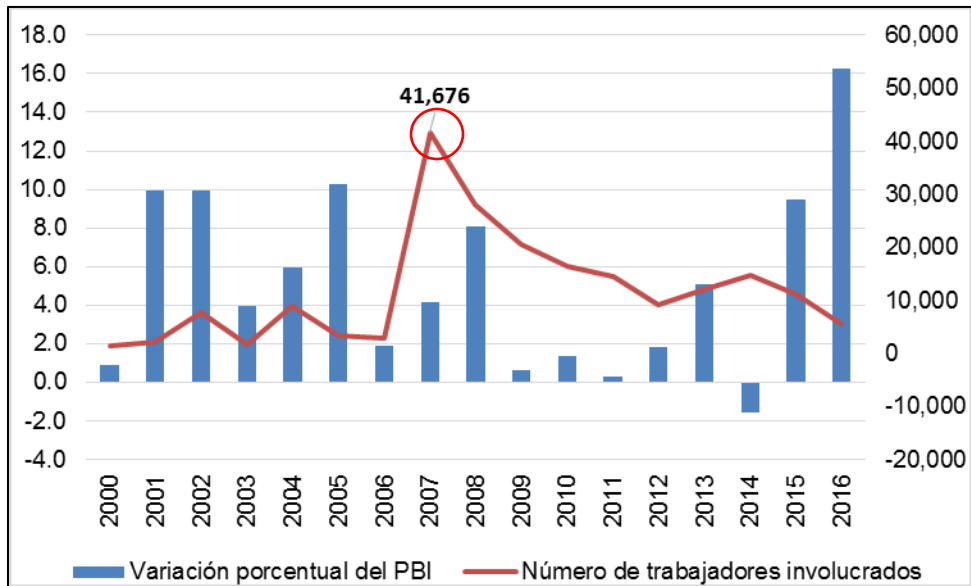
Los registros estatales del MTPE no contienen información específica en relación a esta concreta huelga de la FNTMMSP, pero sí contienen data sobre el comportamiento de la conflictividad laboral en el sector minero durante el año 2007. La singularidad que presenta este año en comparación a los demás, permite entender el notorio impacto que tuvo la huelga nacional e indefinida de la FNTMMSP, tal como se observa en el Cuadro N° 11.

#### **Cuadro N° 11**

**Perú: PBI y trabajadores involucrados en las huelgas del sector, 2000-2016  
(Variación porcentual del índice de volumen físico y cantidad, 2007=100)**

---

<sup>9</sup> Para un mayor detalle, consúltese: José De Echave. *Minería en el Perú: de nuevo el tema laboral*. En: Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL). Consulta: 11 de julio de 2017. <https://www.ocmal.org/3755/>



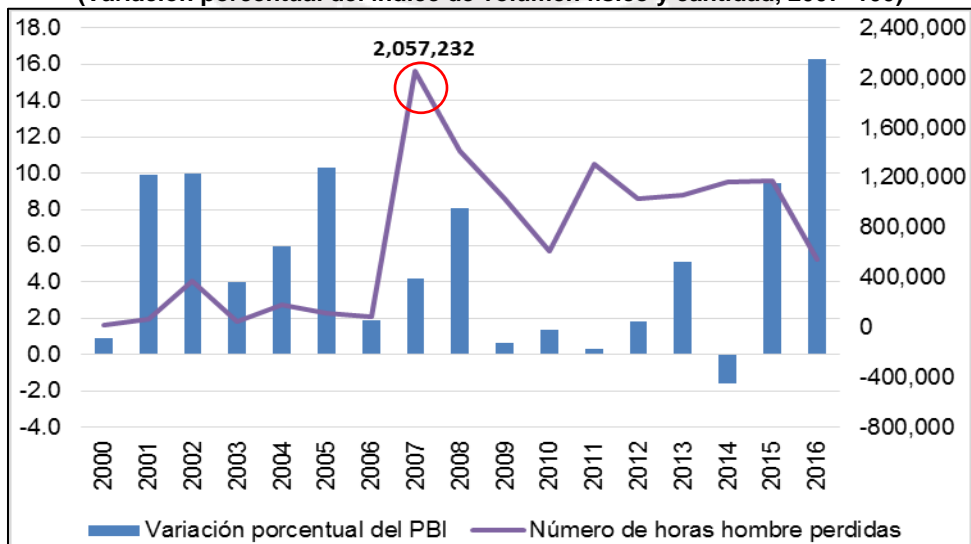
Fuente: - INEI, Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.  
 - INEI, Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - MTPE, Huelgas en el Perú 2016.

Elaboración propia.

Así, durante el año 2007, más de 40000 trabajadores de la actividad minera ejercieron su derecho a la huelga. Sin perjuicio de otras huelgas que pudieron haber tenido lugar en dicha actividad, la salida a las calles de esta gran cantidad de trabajadores mineros guarda relación con el alcance nacional de la huelga de la FNTMMSP y con su plataforma de lucha contra la tercerización de servicios, mecanismo de flexibilización utilizado intensivamente en aquella actividad.

Ahora bien, cabe indicar que el año 2007 fue también el periodo que registró una mayor cantidad de horas hombre perdidas (2'057,232) en la actividad minera. Desde luego, a ello contribuyó el carácter indefinido que tuvo la huelga de la FNTMMSP.

**Cuadro N° 12**  
**Perú: PBI y horas/hombre perdidas en las huelgas del sector, 2000-2016**  
**(Variación porcentual del índice de volumen físico y cantidad, 2007=100)**



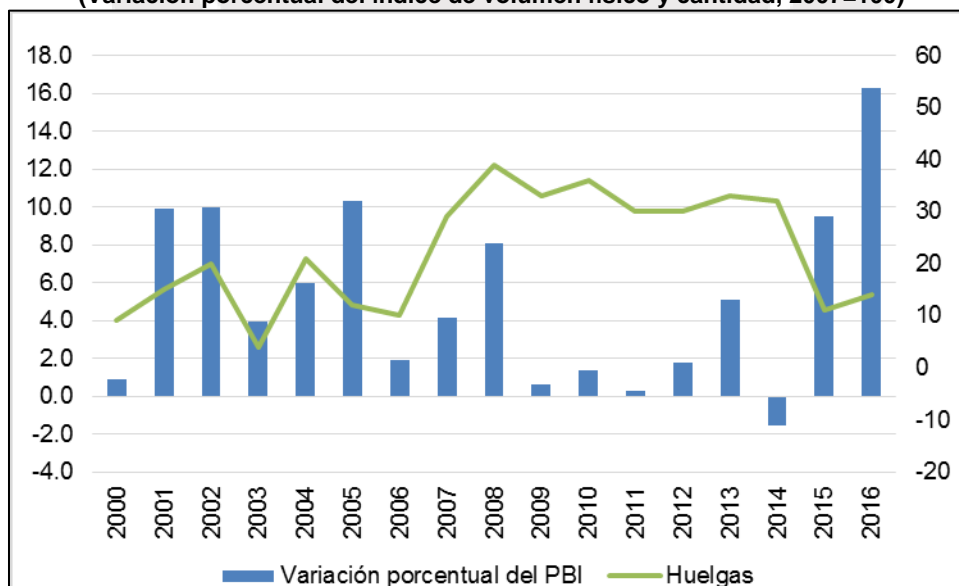
Fuente: - INEI, Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.  
 - INEI, Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - MTPE, Huelgas en el Perú 2016.  
 Elaboración propia.

Por último, cabe indicar que, sin perjuicio de las huelgas mineras producto de las negociaciones colectivas (como las que frecuentemente ocurren en la empresa Shougang Hierro Perú S.A.A), las organizaciones sindicales del sector minero, entre ellas, la FNTMMSP, continúan con su labor de protesta por la tercerización de servicios, a pesar de que en el año 2008 se estableció el correspondiente marco regulatorio.

En efecto, en el año 2008 se dictaron la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 (que modificó la ley antes indicada) y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que reglamenta a ambas. Entre sus disposiciones se encuentran aquellas que establecen una responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la contratista en caso de adeudos laborales de ésta para con los trabajadores destacados. Sin embargo, no se establecen límites al uso de la tercerización, como por ejemplo, porcentajes máximos de trabajadores susceptibles de vincularse con la empresa principal a través de este mecanismo, así como tampoco se solucionan la disparidad salarial entre trabajadores directos e indirectos ni el problema de la no repartición de las utilidades de la empresa principal a favor de los trabajadores que le han sido destacados.

En este escenario, puede comprenderse cómo el número de huelgas entre los años 2007 y 2014, en el sector minero, no ha descendido abruptamente (se mantuvo entre 30 y 40 huelgas por año). El Cuadro N° 13 lo refleja así. Tal vez la disminución de huelgas en los años 2015 y 2016 puede deberse al repunte económico del sector minero, lo que se ve reflejado en el crecimiento del PBI.

**Cuadro N° 13**  
**Perú: PBI y huelgas del sector, 2000-2016**  
 (Variación porcentual del índice de volumen físico y cantidad, 2007=100)



Fuente: - INEI, Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.  
 - INEI, Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - MTPE, Huelgas en el Perú 2016.  
 Elaboración propia.

Sin embargo, en líneas generales, puede notarse en el Cuadro N° 13 que el descontento de los trabajadores continúa, y tanto la regulación como la no regulación estatal han contribuido a ello. En esa línea, la FNTMMSP ha impulsado nuevamente acciones de protesta contra la regulación vigente de la tercerización de servicios. Así, en la 91ª Asamblea Nacional de Delegados, realizada en el mes de febrero de 2017, la referida organización sindical incorporó en su plan de lucha la “eliminación de los injustos y discriminatorios regímenes especiales, como es la tercerización y otros (...)”. De acuerdo a ello, acordó también en la referida asamblea la realización de una huelga nacional minera (que se inició a partir del 19 de julio del 2017), en la que uno de los motivos fue la “derogatoria de la Ley de Tercerización N° 29245 y el pase a planillas de todos los trabajadores que realizan tareas directamente vinculadas con la actividad principal de las empresas mineras”.<sup>10</sup>

### 3.2 La huelga de los servidores civiles

El Estado peruano, a partir del año 2012, ha emitido normas relacionadas al empleo público. Destacan entre ellas la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, y la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Si bien en líneas generales la opinión pública se ha mostrado a favor de estas normas, porque favorecen la formación continua de los servidores públicos, la progresión en la carrera a través de la meritocracia, la evaluación continua y un tratamiento más ordenado de las remuneraciones, las organizaciones sindicales del sector público han hecho sentir su descontento en aspectos puntuales. Así, por un lado, el Sindicato Único de Trabajadores de la Educación del Perú (SUTEP) critica las escalas salariales establecidas por la Ley N° 29944, argumentando que el traslado de los profesores nombrados a aquellas nuevas escalas implica en la realidad una reducción de nivel y remuneraciones<sup>11</sup>; y por su lado, las distintas organizaciones sindicales del Poder Judicial consideran perniciosa la Ley N° 30057 por impedir la negociación colectiva en materia salarial y, en tal sentido, solicitan que se les excluya de su ámbito de aplicación.<sup>12</sup>

Si a lo expuesto le sumamos otras medidas de índole normativo como i) las continuas limitaciones de las leyes anuales de presupuesto al incremento de remuneraciones en el sector público; y ii) el conocido “Precedente Huatuco” (año 2015), por el cual la

---

<sup>10</sup> El acta de la 91ª Asamblea Nacional de Delegados puede verse en: Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP). *Libro de Actas*, folios 325-351. Disponible en la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (libro con registro N° 198).

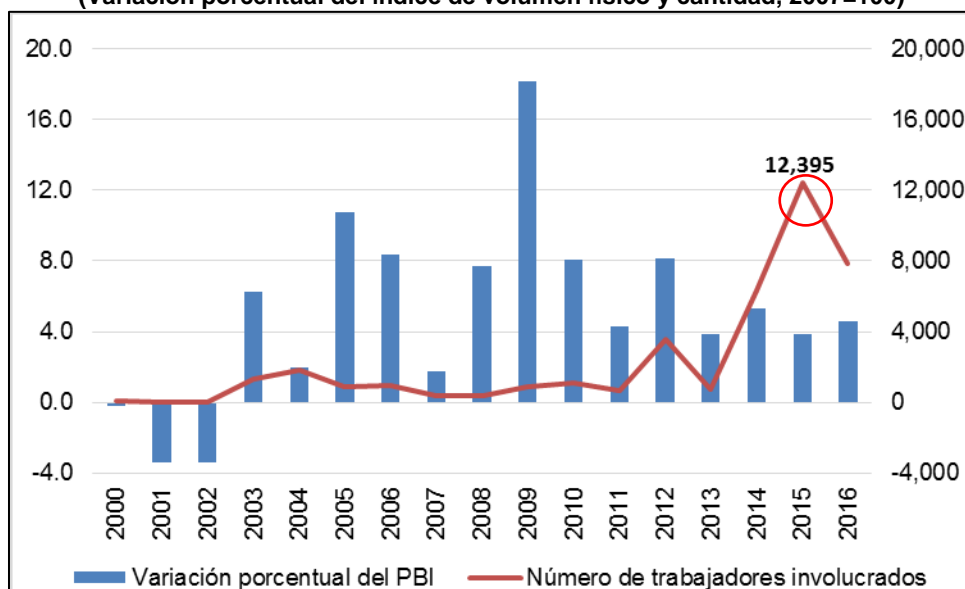
<sup>11</sup> Para un mayor detalle sobre este cuestionamiento, véase:

- a) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de abril de 2014, recaída en el expediente 020-2012-PI/TC. Sección “Cuestiones preliminares”, pp. 3-6.
- b) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 31 de octubre de 2014, recaída en los expedientes 021-2012-PI/TC, 008-2013-PI/TC, 009-2013-PI/TC, 010-2013-PI/TC y 013-2013-PI/TC. Sección “Antecedentes”, pp. 5-13.

<sup>12</sup> Por ejemplo, la Federación Nacional de Sindicatos del Poder Judicial (FENASIPOJ-PERÚ), con ocasión de las huelgas judiciales realizadas a finales del año 2016 y comienzos del año 2017, consideró en su plataforma de lucha la “presentación e impulso para la aprobación de los proyectos de ley de la Carrera del Servidor Judicial y exclusión de la Ley del Servicio Civil”. El contenido completo de aquella plataforma de lucha puede consultarse en las siguientes resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (que calificaron como improcedente las huelgas efectuadas): Resolución Directoral General N° 129-2016-MTPE/2/14, de fecha 7 de octubre de 2016, considerando 2.a); y Resolución Directoral General N° 136-2016-MTPE/2/14, de fecha 02 de noviembre de 2016, considerando 2.a).

desnaturalización de un contrato temporal o civil en el sector público no da lugar a reposición en casos de no renovación o despido injustificado, salvo excepciones (ingreso por concurso, plaza presupuestada y vacante a tiempo indeterminado)<sup>13</sup>; comprenderemos entonces el incremento de los servidores civiles que, a partir del año 2012, salen a las calles a ejercer su derecho a la huelga frente a un marco normativo que consideran perjudicial a sus intereses.

**Cuadro N° 14**  
**Perú: PBI y trabajadores involucrados en las huelgas del sector, 2000-2016**  
**(Variación porcentual del índice de volumen físico y cantidad, 2007=100)**



Fuente: - INEI, Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.  
 - INEI, Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - MTPE, Huelgas en el Perú 2016.

Elaboración propia.

La tendencia creciente del nivel de protesta también se ha materializado en el incremento de las horas hombre perdidas, tal como se observa en el Cuadro N° 15. Ello refleja que las huelgas en el sector público, últimamente, son prolongadas. Desde esta perspectiva de duración de las huelgas, el año 2016 representa el punto más alto de conflictividad entre el Estado y los servidores civiles, y ello se explica principalmente por las huelgas nacionales realizadas por las organizaciones sindicales del Poder Judicial durante el periodo octubre 2016 – enero 2017, que significaron en total 50 días de paralización de labores<sup>14</sup> (en este punto, conviene recordar que la exclusión del ámbito de la LSC es parte de la plataforma de lucha de estas organizaciones).

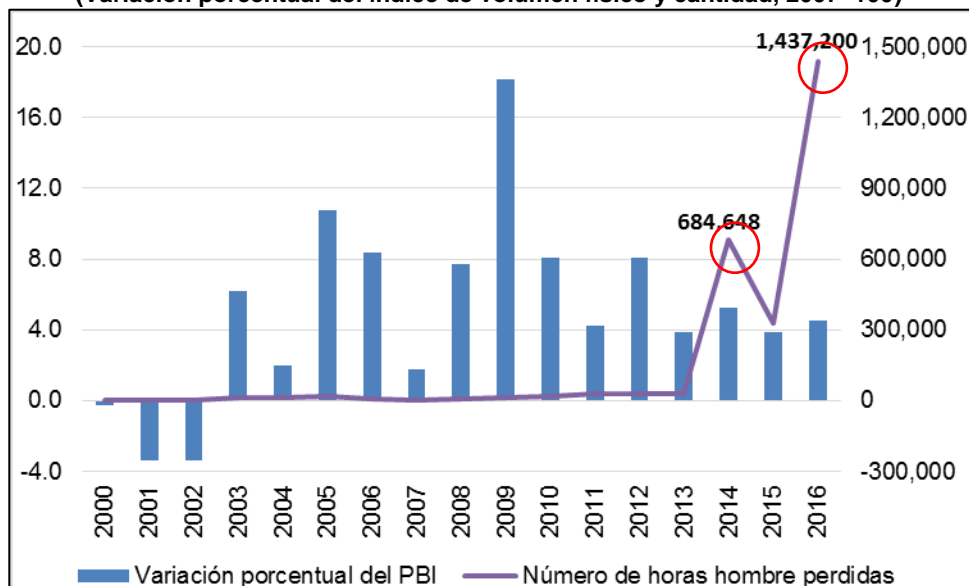
<sup>13</sup> Citamos el “Precedente Huatuco” por el valor normativo que tiene, al tratarse de una regla de observancia obligatoria para el sistema jurisdiccional. Dicho precedente se encuentra contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2015.

<sup>14</sup> Véase Poder Judicial del Perú. *Directiva N° 001-2017-GG-PJ: Procedimiento para la recuperación de horas por la paralización de labores del día 10 de octubre, 03, 04, 08, 09 y 10 de noviembre y la huelga nacional indefinida a partir del 22 de noviembre de 2016*, (puntos 5.2 y 6.1). Aprobada por la Resolución Administrativa de la Gerencia General del Poder Judicial N° 038-2017-GG-PJ, de fecha 11 de enero de 2017. Disponible en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/80df3a804fafba0bb86abd3c2e1079b4/RA+038-2017-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=80df3a804fafba0bb86abd3c2e1079b4> Consulta: 02 de julio de 2017.



**Cuadro N° 15**  
**Perú: PBI y horas/hombre perdidas en las huelgas del sector, 2000-2016**  
**(Variación porcentual del índice de volumen físico y cantidad, 2007=100)**



Fuente: - INEI, Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.  
 - INEI, Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - MTPE, Huelgas en el Perú 2016.

Elaboración propia.

En este contexto, son los dos órganos jurisdiccionales más importantes del Perú quienes vienen brindando una respuesta a la conflictividad latente en el servicio civil. En tal sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha buscado reconducir la regulación legal de la negociación colectiva en el sector público hacia el marco constitucional vigente. Así, ha declarado inconstitucionales las restricciones presupuestarias al incremento de remuneraciones por negociación colectiva contenidas en los artículos 6 de las Leyes N° 29951, N° 30114 y N° 30182, (leyes de presupuesto de los años 2013, 2014 y 2015), en atención a lo siguiente:

“(…) una interpretación adecuada y razonable de los artículos 28, 42, 77 y 78 de la Constitución, así como de los Convenios 98 y 151 de la OIT, referidos a la negociación colectiva en la Administración Pública, confiere el derecho de los trabajadores o servidores públicos de discutir el incremento de las remuneraciones a través del mecanismo de la negociación colectiva, con respeto del principio de equilibrio y legalidad presupuestales. Y si bien las restricciones o prohibiciones a que se negocie el incremento de sus remuneraciones no son en sí mismas inconstitucionales, tal estatus jurídico constitucional se alcanza todas las veces en que la prohibición exceda los tres años, que es el plazo máximo para que una medida de esta naturaleza pueda prorrogarse”.<sup>15</sup>

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha exhortado al Congreso de la República a regular, conforme a la Constitución, la negociación colectiva en el sector público, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por el plazo que no podrá exceder de un año (plazo que ya venció).<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sentencia de fecha 03 de setiembre de 2015, recaída en los expedientes N° 003-2013-PI/TC, N° 004-2013-PI/TC y N° 00023-2013-PI/TC, f.j. 90.

<sup>16</sup> *Ibidem*, punto 2 de la parte resolutive.

Sin perjuicio de ello, inclusive, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre las limitaciones previstas en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, a la negociación colectiva salarial en el sector público. Así, por ejemplo, además de otras consideraciones, ha declarado inconstitucional el artículo 42 de dicha Ley, que limitaba la negociación únicamente a compensaciones no económicas y, en su lugar, le ha conferido el siguiente texto normativo:

“Ley N° 30057. Artículo 42.- Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen”.<sup>17</sup>

Igualmente, la Corte Suprema, mediante la Casación N° 12475-2014 Moquegua, de fecha 17 de diciembre de 2015, ha definido los alcances del “Precedente Huatuco” y, en tal sentido, ha señalado situaciones en las que no se aplicaría y, por lo tanto, sería posible la reposición del servidor civil, como los casos de despido discriminatorio en el sector público o cuando el servidor civil se encuentre sujeto al régimen laboral de la actividad privada. Siguiendo la misma línea, el Tribunal Constitucional también ha flexibilizado su propio precedente.<sup>18</sup>

Como se aprecia, las huelgas en la administración pública, al igual que aquellas que ocurren en la actividad minera, no son ajenas a la función normativa que despliega el Estado en el marco de sus políticas laborales y de reforma estatal. Sin embargo, puede afirmarse que, por lo menos en los casos estudiados, estas huelgas, propias del modelo polivalente, no han tenido la fuerza suficiente para cambiar el sentido de las normas dictadas. Ha sido la jurisprudencia de los más importantes órganos jurisdiccionales la que ha efectuado cambios parciales. El tiempo determinará si estas modificaciones son suficientes o no para las organizaciones sindicales de los servidores civiles.

#### **4. La respuesta del Estado a las huelgas del modelo polivalente: el segundo control sobre las causas de la huelga.**

Para el sector privado, el TUO de la LRCT señala expresamente que la huelga puede tener por finalidad “la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos” (artículo 73.a). Para el sector público, el Reglamento General de la LSC, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, dispone incluso de manera más amplia que la huelga puede tener por objeto “la defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles” (artículo 80.a).

Más allá de que una norma sea menos general que la otra en relación al objeto de la huelga, dado que en una se exige el carácter “socioeconómico” o “profesional” de la medida de presión y en la otra no, repárese la amplitud con la que el legislador ha regulado esta materia. En este aspecto, cabe indicar que tanto el TUO de la LRCT como el Reglamento

---

<sup>17</sup> Sentencia de fecha 26 de abril de 2016, recaída en los expedientes N° 0025-2013-PI/TC, N° 0003-2014-PI/TC, N° 008-2014-PI/TC y N° 0017-2014-PI/TC, punto 1.c) de la parte resolutive. Cabe resaltar que en esta sentencia el Tribunal Constitucional expone también ciertos lineamientos para la negociación colectiva en el sector público, que estimo deberían ser considerados por el Congreso de la República en el marco del cumplimiento de la exhortación efectuada por aquel colegiado.

<sup>18</sup> A propósito de ello, puede verse la sentencia de fecha 23 de junio de 2016 recaída en el expediente N° 06681-2013-PA/TC, por la que el Tribunal Constitucional ordena la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen laboral de la actividad privada, en la Municipalidad distrital de Pátapo.

General de la LSC se encuentran conformes a los criterios de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a saber:

“La legislación de varios países considera, expresa o tácitamente, «las huelgas políticas» como ilícitas. La Comisión considera que son lícitas las huelgas motivadas por las políticas económicas y sociales de los gobiernos, incluidas las huelgas generales, y por lo tanto no deberían ser consideradas como huelgas puramente políticas, que no están cubiertas por los principios del Convenio. En su opinión, las organizaciones de trabajadores y de empleadores encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales deben respectivamente, poder recurrir a la huelga o a acciones de protesta para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros. Además, considerando que un sistema democrático constituye un requisito fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales, la Comisión estima que, frente a una situación en la que los sindicatos y las organizaciones de empleadores no gozan de las libertades fundamentales para cumplir sus cometidos respectivos, éstos tendrían justificación para exigir el reconocimiento y el ejercicio de esas libertades; asimismo, la Comisión estima que esas reivindicaciones pacíficas deberían ser consideradas como actividades sindicales legítimas, incluso cuando dichas organizaciones recurran a la huelga”.<sup>19</sup>

En virtud a lo señalado, queda claro que la huelga propia del modelo polivalente resulta compatible con el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, la lógica del control sobre ella se manifiesta en el escenario que se ha previsto para su ejercicio. En efecto, tanto para el sector público como para el sector privado, el legislador reconduce este tipo de huelga al contexto de una negociación colectiva, tal como se puede apreciar en el Cuadro N° 16.

**Cuadro N° 16**  
**Negociación colectiva como requisito de huelgas polivalentes<sup>20</sup>**

<b>Sector privado (TUO de la LRCT)</b>	<b>Sector público (Reglamento General de la LSC)</b>
<p><b>Artículo 73.-</b> Para la declaración de huelga se requiere:</p> <p>a) <b><u>Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.</u></b></p> <p>b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad. Tratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados,</p>	<p><b>Artículo 80.- Requisitos para la declaratoria de huelga</b></p> <p>La declaratoria de huelga debe cumplir con los siguientes requisitos:</p> <p>a) <b><u>Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos.</u></b></p> <p>b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.</p> <p>c) El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de este, por el Juez de Paz letrado de la localidad.</p>

<sup>19</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, primera edición, 2012, párrafo 124. Consulta: 14 de julio de 2017. En: [http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_174832.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf)

<sup>20</sup> El resaltado es nuestro.

<p>la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases.</p> <p>c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación.</p> <p><b>d) <u>Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.</u></b></p>	<p>d) Tratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente.</p> <p>e) Que sea comunicada a la entidad pública por lo menos con una anticipación de quince (15) días calendario, acompañando copia del acta de votación. La entidad deberá avisar a los usuarios de los servicios del inicio de la huelga.</p> <p><b>f) <u>Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.</u></b></p> <p>g) Que la organización sindical entregue formalmente la lista de servidores civiles que se quedará a cargo para dar continuidad a los servicios indispensables a los que se hace referencia en el Artículo 83.</p>
--	--

Siendo esto así, las huelgas polivalentes amparadas por el ordenamiento jurídico peruano son aquellas derivadas de la frustración de un pliego de reclamos en el marco de una negociación colectiva. No en vano afirmamos en el punto 1 del presente capítulo que tanto el TUO de la LRCT como la LSC, de espaldas a la realidad, conciben a la negociación colectiva como el espacio principal, o natural, de las huelgas en el Perú.

Sin embargo, a propósito de los casos estudiados, cabe preguntarse si, por ejemplo, la derogación de la Ley de Tercerización de Servicios (parte de la plataforma de lucha de la FNTMMSP) es una materia discutible en una negociación colectiva con un empleador minero. Igual pregunta se puede realizar en relación con el interés de un sector de servidores civiles de no formar parte del ámbito de aplicación de la LSC: ¿tiene acaso el Poder Judicial, como empleador, la potestad de negociar con sus trabajadores los alcances de una Ley dictada por el Congreso de la República, como es la LSC?

Ahora bien, si desde un punto de vista razonable se puede afirmar que la negociación colectiva presenta problemas de adecuación para el desarrollo de una huelga polivalente, dicho problema es aún mayor si se trata de reconducir este tipo de huelga al contexto de un incumplimiento por el empleador de disposiciones legales o convencionales de trabajo, que es otro escenario válido para realizar una huelga, pero únicamente aplicable al sector privado.

Estamos así frente a un segundo control sobre las causas de la huelga. Si la legislación peruana establece un modelo contractual de huelga, al que únicamente le puede acompañar un modelo laboral atenuado, las huelgas polivalentes no están permitidas, pues suponen por lo general un conflicto sociolaboral que trasciende al empleador. En otras palabras, restringiendo las posibilidades de huelga al contexto de una negociación colectiva o a la relación laboral, el Estado despliega su control sobre las huelgas polivalentes. De esta forma, resulta irrelevante en realidad que el TUO de la LRCT y el Reglamento General de la LSC prevean finalidades amplias respecto del ejercicio del derecho a la huelga.

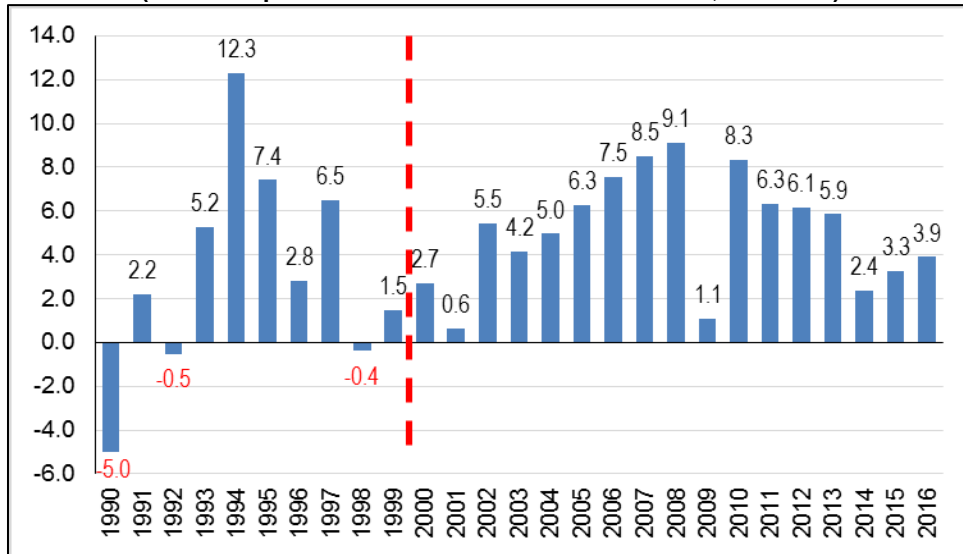
#### **4.1 Un llamado a la reflexión a propósito de la respuesta del Estado a la huelga polivalente**

El Estado responde a la huelga polivalente restringiendo los alcances legales de la huelga únicamente al empleador, ya sea éste un privado o una entidad pública. Esta limitación no sólo es una expresión de la lógica del control sobre las huelgas, sino además manifiesta una ceguera voluntaria a la legitimidad de los reclamos que pudieran estar detrás de una

huelga polivalente, dada la situación de la economía nacional y la inequidad en la distribución de la riqueza.

En efecto, si tomamos como referencia el año 2000, podemos observar que el Perú ha mantenido 17 años de crecimiento económico consecutivos, tal como se puede apreciar en el cuadro N° 17:

**Cuadro N° 17**  
**Perú: PBI, 1990-2016**  
**(Variación porcentual del índice de volumen físico, 2007=100)**

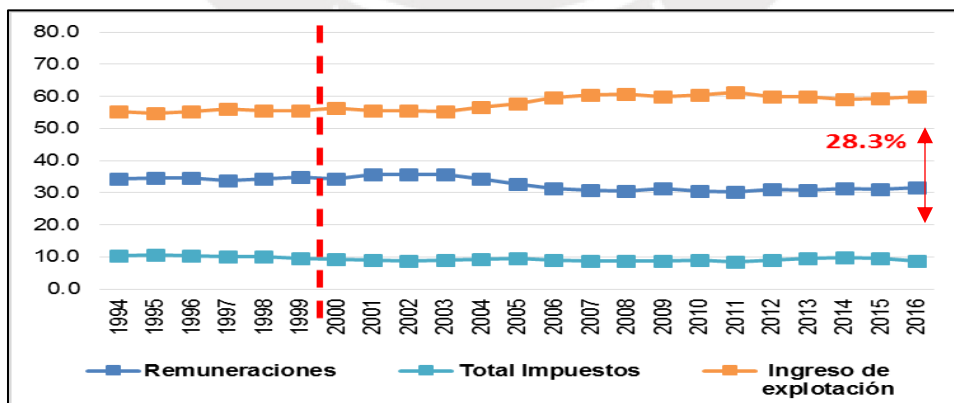


Fuente: - INEI, Panorama de la Economía Peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - INEI, Perú: Serie de Cuentas Nacionales 1950-2013. Año base 2007.

Elaboración propia

Sin embargo, en líneas generales, el “milagro peruano” en el ámbito macroeconómico no ha beneficiado de forma equitativa a quienes han contribuido con aquellos resultados, esto es, los trabajadores y empleadores.

**Cuadro N° 18**  
**Perú: PBI según tipo de ingreso, 1994-2016 (Estructura porcentual, corrientes)**



Fuente: - INEI, Panorama de la Economía Peruana 1950-2016. Año base 2007.  
 - INEI, Perú: Serie Cuentas Nacionales 1950-2013. Año base 2007.

Elaboración propia.

El Cuadro N° 18, arriba citado, demuestra que el crecimiento económico ha beneficiado más a los empleadores que a los trabajadores. Por ello, se observa una brecha considerable entre los ingresos de explotación (esto es, las utilidades de las empresas) y las remuneraciones. El hecho de que se mantenga estable el tercer factor del cuadro, es decir, el total de impuestos, refleja que la riqueza se está acumulando en el vértice en desmedro de la capacidad adquisitiva de los trabajadores.

En nuestra opinión, la configuración del Estado peruano como uno social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución Política) implica una obligación por revertir esta situación de desigualdad, y es aquí donde el reforzamiento de los derechos colectivos laborales debiera asumirse como una prioridad estatal. En palabras de TOSTES y VILLAVICENCIO, “es imprescindible restaurar los mecanismos institucionales de redistribución de la riqueza que tienen en los derechos laborales y la tutela colectiva a sus principales exponentes, si es que se quiere parar la tendencia de agudización de la desigualdad y comenzar a cerrar la ‘boca de cocodrilo’, eliminando una situación que compromete la funcionalidad de la democracia para mejorar las condiciones de trabajo”.<sup>21</sup>

Lo señalado por dichos autores, en lo que a nosotros atañe, implica permitir el legítimo ejercicio de las huelgas propias del modelo polivalente, esto es, viabilizar las finalidades amplias de la huelga ya reconocidas por el TUO de la LRCT y el Reglamento General de la LSC. Actualmente, la huelga polivalente se encuentra sujeta a escenarios de ocurrencia no adecuados (negociación colectiva e incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo). Atendiendo al contexto de inequidad ya señalado, consideramos razonable no condicionar obligatoriamente el ejercicio de las huelgas polivalente a dichos espacios de conflicto.

Este llamado a la reflexión que realizamos, a favor de la viabilidad de la huelga polivalente, no se encuentra en lo absoluto distanciando de la realidad del mundo laboral peruano. Por ejemplo, la FNTMMSP, en el acta de su 91º Asamblea Nacional de Delegados, realizada en el mes de febrero de 2017, ha señalado lo siguiente:

“En el XIV Congreso [de la FNTMMSP] analizamos en profundidad la difícil situación que atravesamos los trabajadores del mundo (...) la nefasta política neoliberal es parte del recetario del gran capital con el que se pretende hacernos salir de la crisis a la que nos han conducido la voracidad y la avaricia del empresariado nacional y transnacional, mutilando los derechos de los trabajadores mediante reformas laborales reaccionarias que buscan **redoblar la explotación del trabajo para garantizar las ganancias del capital (...) hoy más que nunca es necesaria la unidad más amplia de los trabajadores y la articulación de las luchas a nivel nacional, continental y mundial (...)**.”

La receta del FMI [Fondo Monetario Internacional] y el BM [Banco Mundial] es redoblar la explotación del trabajo para garantizarles a los empresarios mayores ganancias. (...).

Para enfrentar y detener la ofensiva que se cierne sobre los trabajadores, la Federación Minera se propone impulsar una **dura resistencia** contra las medidas anti laborales del gobierno y los empresarios, los trabajadores demandamos una verdadera reforma

---

<sup>21</sup> TOSTES, Marta y Alfredo VILLAVICENCIO. *Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú*. En: Revista Derecho PUCP, Lima, año 2012, N° 68, p. 376.

laboral que restituya los derechos conculcados a los trabajadores y una nueva Ley General del Trabajo más equilibrada y justa”.<sup>22</sup>

Igualmente, la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), en la Asamblea Nacional de Delegados (AND) realizada el 24 de junio de 2017, acordó realizar una jornada nacional de lucha el 19 de julio de dicho año, seguida de un paro nacional cívico y popular, entre otros motivos, por la inequidad económica existente en el mundo del trabajo peruano:

“Tenemos un Ejecutivo neoliberal con fuerte presencia gerencial de las grandes empresas privadas y un Legislativo mayoritariamente fujimorista, en tanto un Poder Judicial, con ligeras excepciones, es proclive a la corrupción.

**Los intereses de los trabajadores no están representados en los poderes del Estado** y en consecuencia no podemos continuar hablando a media voz sobre nuestros objetivos políticos. La **lucha económica** o reivindicativa, y la defensa de los derechos laborales, es eje de la lucha sindical por una mejor distribución de la riqueza (...), pero debemos tomar conciencia que ésta es limitada si no juntamos con la **lucha política** (...) y aumentar la **lucha en el plano ideológico** para generar la nueva conciencia de clase productora, por limpiar o descolonizar nuestras mentes de las ideas burguesas que nos están enajenando y haciendo creer que lo bueno para los ricos es también bueno para los pobres.

(...)

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Perú es el segundo país en Sudamérica con la remuneración mínima más baja, ocupa los primeros lugares en trabajo infantil y solo un poco más del 20% de los trabajadores tiene un ‘trabajo digno’ según criterios de la OIT; sin embargo, se nos quiere imponer nuevas medidas de flexibilización so pretexto de destrabar las inversiones.

Por eso, exigimos que se proceda a implementar políticas dedicadas a mejorar los niveles de atraso salarial, incluido el sector público, y las pensiones y el respeto y restitución de nuestros derechos que fueron conculcados por el fujimorismo de los años 90”.<sup>23</sup>

Entonces, si de no legislar de espaldas a la realidad se trata, la respuesta del Estado a la huelga polivalente debiera transitar desde la lógica del control hacia la lógica de garantía, esto es, viabilizar a nivel normativo la ya reconocida defensa amplia de los derechos e intereses de los trabajadores.

## **5. El defecto normativo de la lógica del control: las huelgas improcedentes amparadas por la legislación**

La lógica del control establecida sobre las causas de la huelga no es perfecta, dado que la legislación peruana sobre la huelga contiene, por así decirlo, una *falla de origen*.

---

<sup>22</sup> Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP). Op.cit., folios 328-329, y 332. El resaltado es nuestro.

<sup>23</sup> Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). *Informe a la I AND presentado por Gerónimo López Sevillano a nombre del Consejo Nacional de la CGTP*, pp. 7 y 9 (el resaltado es del autor). Disponible en: <https://es.scribd.com/document/352179940/Informe-para-Asamblea-Nacional-de-Delegados-de-la-CGTP-24-06-17#download> Consulta: 30 de junio de 2017.

Cabe indicar que, de acuerdo al portal oficial de la CGTP, el referido informe fue aprobado por unanimidad en la Asamblea Nacional de Delegados. Al respecto, véase: [http://www.cgtp.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1208:cgtp-realizara-jornada-nacional-de-lucha-el-19-de-julio&catid=31:centro](http://www.cgtp.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1208:cgtp-realizara-jornada-nacional-de-lucha-el-19-de-julio&catid=31:centro) Consulta: 30 de junio de 2017.

En efecto, podría pensarse que una legislación restrictiva, como la peruana, sancionaría de manera eficaz la realización de las huelgas que no se ajustan a la lógica del control diseñada por aquella. Sin embargo, ello no es así en la realidad.

La razón de este problema interno en la legislación, que afecta la eficacia de la lógica del control, reside en la doble calificación normativa de la huelga (huelga “improcedente” y huelga “ilegal”) y las consecuencias jurídicas previstas para cada caso. A continuación, detallaremos esta situación analizando las disposiciones del TUO de la LRCT y la LSC. Cabe indicar que las dos normas regulan los efectos de las huelgas ejercidas conforme a ley; sin embargo, sólo la primera, es decir, el TUO de la LRCT, regula la declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga, por lo que en esta concreta materia dicha norma será de aplicación supletoria a las huelgas del sector público, conforme al artículo 40 de la LSC.<sup>24</sup>

Empecemos por afirmar que el TUO de la LRCT y la LSC coinciden en otorgar a las huelgas que cumplen con los requisitos legales (en adelante, *huelgas procedentes*), los efectos propios de una suspensión perfecta de labores; no obstante que el TUO de la LRCT, en esta materia, prevé determinadas garantías adicionales a favor de los huelguistas, relacionadas a su tiempo de servicios y la paralización efectiva del negocio. El Cuadro N° 19 explica lo que acabamos de exponer.

**Cuadro N° 19**  
**Efectos jurídicos de las huelgas procedentes**

<b>Sector privado (TUO de la LRCT)</b>	<b>Sector público (Reglamento General de la LSC)</b>
<p><b>Artículo 77.-</b> La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73 produce los siguientes efectos:</p> <p>a) Determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, con excepción del personal de dirección o de confianza y del personal comprendido en el artículo 78.</p> <p>b) Suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral.</p> <p>c) Impide retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la Autoridad de Trabajo.</p> <p>d) No afecta la acumulación de antigüedad para efectos de la compensación por tiempo de servicios.</p>	<p><b>Artículo 79.- Definición de huelga</b> (...)</p> <p>Los efectos de la huelga declarada, observando los requisitos legales establecidos, produce los siguientes efectos:</p> <p>a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los servidores civiles del ámbito comprendido en la huelga, se produce la suspensión perfecta del servicio civil de todos los servidores comprendidos en éste. Se exceptúan los puestos de dirección y los servidores que deben ocuparse de los servicios indispensables y esenciales.</p> <p>b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de servidores del sindicato, pero no por la mayoría de los servidores del ámbito comprendido, se produce la suspensión perfecta del servicio civil de los servidores del sindicato con las excepciones antes señaladas.</p>

<sup>24</sup> Conforme a dicha disposición, “[l]os 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”.



De otro lado, tanto el TUO de la LRCT como la LSC asumen una calificación dual de las huelgas contrarias a la ley. Así tenemos a las *huelgas improcedentes* y a las *huelgas ilegales*.

Mientras la improcedencia de una huelga hace referencia al mero incumplimiento de los requisitos legales para realizar la medida de fuerza, la ilegalidad alude a motivos de mayor envergadura, como la inobservancia de una decisión administrativa previa o la afectación del interés público, por ejemplo.

En razón a ello, el artículo 74 del TUO de la LRCT, aplicable tanto a las huelgas del sector privado y del sector público, señala que “[d]entro de los tres (3) días útiles de recibida la comunicación [de huelga], la Autoridad de Trabajo deberá pronunciarse por su improcedencia si no cumple con los requisitos del artículo anterior (...)”. Por su parte, el artículo 84 de la referida norma regula para ambos sectores lo siguiente en relación a las huelgas ilegales:

**Artículo 84.-** La huelga será declarada ilegal:

- a) Si se materializa no obstante haber sido declarada improcedente [por la Autoridad de Trabajo].
- b) Por haberse producido, con ocasión de ella, violencia sobre bienes o personas.
- c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81 [modalidades irregulares de huelga].
- d) Por no cumplir los trabajadores con lo dispuesto en el artículo 78 o en el artículo 82 [servicios mínimos en actividades indispensables o en servicios públicos esenciales].
- e) Por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

Ahora bien, el defecto normativo de la lógica del control radica en que centra la obligación de retorno al trabajo, por parte de los huelguistas, en la declaración de ilegalidad de la huelga y no en la declaración de improcedencia de ésta. Veremos a continuación cómo es que ello significa una oportunidad para que los trabajadores realicen una huelga bajo el modelo contractual, laboral o polivalente sin que esto les implique una sanción laboral o perjuicio en caso incumplan los requisitos legales.

El artículo 85.d del TUO de la LRCT señala que la huelga termina por ser declarada ilegal (y no por ser declarada improcedente). Siguiendo esa línea, el artículo 73 de la RLRCT indica que “[d]eclarada la ilegalidad de la huelga mediante resolución consentida o ejecutoriada, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de Juez de Paz y a falta de éstos, bajo constancia policial”.

De esta manera, queda claro que es la declaración de ilegalidad de la huelga, en sede administrativa, el punto de inflexión que marca el inicio del fin de la huelga. Que la obligación de retorno se centre en esta declaración, y no en aquella que determina la improcedencia de la huelga, es un factor relevante pues, por lo general, la declaración de ilegalidad de la huelga se encuentra precedida en el tiempo por la declaración de improcedencia de la misma. Ello es así porque el supuesto de ilegalidad recurrente en el mundo laboral peruano es el previsto en el artículo 84.a del TUO de la LRCT, es decir, la ilegalidad de la huelga como consecuencia de su materialización no obstante haber sido declarada improcedente. Lo señalado en el párrafo anterior significa que los trabajadores cuentan con un margen de tiempo para realizar la huelga antes que tengan la obligación de reingresar a sus centros

de trabajo. La lógica del control sobre las causas de la huelga, por lo tanto, posee un defecto normativo que permite el desarrollo de la medida de presión, incluso cuando exista previamente una declaración de improcedencia. Este defecto se agudiza aún más si tenemos en cuenta que, conforme al artículo 73 del RLCRT, i) no es cualquier tipo de declaración de ilegalidad la que determina el fin de la huelga; ii) además de esta decisión administrativa, se requiere de una acción de empleador; y iii) no existen consecuencias jurídicas que afecten la situación laboral de los trabajadores que realizan una huelga del modelo contractual, laboral o polivalente declarada improcedente.

Sobre el primer punto, repárese que la ilegalidad de la huelga debe derivar de una decisión firme en sede administrativa, a fin de que termine la huelga. Es decir, no puede hablarse de una obligación de retorno de los huelguistas si la declaración de ilegalidad de la medida de presión aún es susceptible de impugnación en sede administrativa.

En este contexto, repárese que a los trabajadores que ejercen una huelga les resultará conveniente que la declaración de ilegalidad de ella no quede firme en la primera instancia administrativa, por lo que ejercerán seguramente su derecho a impugnación mediante los correspondientes recursos administrativos previstos por el TUO de la LRCT y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

Así, siguiendo las reglas de distribución de competencias administrativas previstas por el Decreto Supremo N° 017-2012-TR, la ilegalidad declarada por la Autoridad Regional de Trabajo en supuestos de huelgas de ámbito regional (es decir, que compromete a centros de trabajo ubicados en una sola región) puede ser materia de impugnación mediante los recursos de reconsideración, apelación y revisión, siendo que éste último lo resolvería la Dirección General de Trabajo del MTPE, como autoridad de alcance nacional.

Igualmente, para los supuestos de huelga de alcance nacional (por regla general, aquellos supuestos que comprometen a trabajadores que laboran en centros de trabajo ubicados en más de una región), la ilegalidad corresponde ser declarada por la Dirección General de Trabajo del MTPE como instancia única, siendo posible interponer el recurso de reconsideración contra la respectiva decisión.

En relación con el segundo punto, esto es, la acción del empleador que sigue a la ilegalidad de la huelga, cabe indicar que resulta necesario que a la decisión administrativa le acompañe el correspondiente llamado de retorno del empleador. Sin este requerimiento, no existe tampoco la obligación de reingreso de los huelguistas a sus centros de trabajo. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que “cuando se declara la ilegalidad de la huelga, la orden de reanudar el trabajo no es automática, sino competencia del empleador (...)”.<sup>25</sup>

Respecto del tercer punto, la legislación laboral peruana no ha previsto consecuencias directas en la situación laboral de los trabajadores que realizan una huelga declarada improcedente. Es más, dado que la obligación de retorno recién aparece con una decisión firme sobre la ilegalidad de la huelga, los días de paralización que comprende una huelga improcedente no son consideradas como abandono de trabajo (falta grave pasible de despido). Al respecto, el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es claro en señalar que “[l]os días de inasistencia injustificada en

---

<sup>25</sup> Sentencia recaída en el expediente 2714-2010-PA/TC, de fecha 03 de mayo de 2012, f.j. 4.

caso de huelga ilegal, se computan desde el día siguiente al requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo constancia notarial o a falta de notario, bajo constancia policial, siempre y cuando la resolución que declare ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada (...)."

Bajo la misma óptica, el Tribunal Constitucional ha centrado la posibilidad de despido por abandono de trabajo en la realización de las huelgas ilegales y no en la materialización de las huelgas improcedentes. Así, el referido colegiado ha señalado que "[para efectos del despido por falta grave] los días de inasistencia injustificados – en caso de declararse la ilegalidad de la huelga – se computan desde el día siguiente de realizado el requerimiento colectivo por el empleador, cuando se tenga conocimiento que la declaratoria de ilegalidad de la huelga haya sido confirmada".<sup>26</sup>

Cabe resaltar que si bien ni en la LSC, ni en su Reglamento, existe una disposición similar al artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el artículo 85.j de la LSC señala como faltas disciplinarias pasibles de suspensión o destitución a las "ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un período de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un período de ciento ochenta días (180) calendario". Si situamos esta norma en el contexto del ejercicio del derecho a la huelga en el sector público y, por lo tanto, la leemos a la luz del artículo 85.d del TUO de la LRCT (aplicable supletoriamente a dichas huelgas) y el artículo 73 de la RLRCT (norma de desarrollo del referido artículo 85.d del TUO de la LRCT), podemos concluir razonablemente que el abandono de trabajo en el servicio civil, en casos de huelga, al igual como sucede en el sector privado, comprende únicamente los días siguientes a la declaración firme sobre la ilegalidad de la huelga. Éste es, por lo demás, el criterio asumido por el MTPE.<sup>27</sup>

Entonces, si a la declaratoria de improcedencia de una huelga no le acompaña ninguna prohibición de realizarla o continuarla, o alguna sanción laboral derivada de su materialización, el único efecto jurídico predicable de aquella es la suspensión del pago de la remuneración y la afectación del tiempo de servicios para el cómputo de los beneficios sociales, en caso los trabajadores realicen la huelga. Así, prácticamente, la legislación peruana brinda el mismo tratamiento a las huelgas que cumplen los requisitos legales que a las huelgas improcedentes. A raíz de este defecto normativo, las huelgas bajo el modelo laboral o polivalente, que son las que soportan en mayor medida la lógica del control, tienen un espacio para su realización.

La situación expuesta es bien comprendida en el mundo laboral peruano; y en razón de ello, los trabajadores del sector privado y del sector público realizan las huelgas que programan y no por un corto periodo de tiempo. La duración de las huelgas en el Perú, que se detalla en el Cuadro N° 20, refleja el problema que representa, para lógica del control,

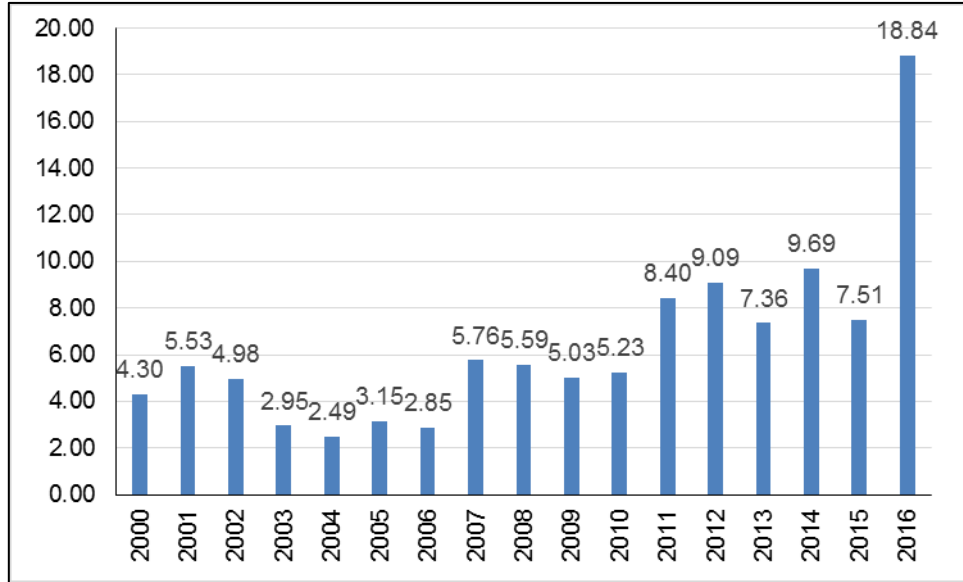
---

<sup>26</sup> Sentencia recaída en el expediente 2865-2010-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2011. Voto dirimente del magistrado Vergara Gotelli, f.j. 6.

<sup>27</sup> Así, a propósito de una huelga realizada por la Federación Nacional de Trabajadores del Sector Educación (FENTASE), calificada como ilegal, el MTPE, mediante la Resolución Directoral General N° 09-2016-MTPE/2/14, de fecha 08 de enero de 2016, señaló en su considerando tercero que "los días de huelga no pueden ser considerados como inasistencias injustificadas, en tanto no haya un pronunciamiento definitivo sobre la ilegalidad, y siempre que el empleador haya cumplido con el requerimiento previsto en el artículo 73 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...), así como en el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (...)."

ligar la obligación de retorno a la declaración de ilegalidad de una huelga y no prever consecuencias disuasorias frente a las huelgas improcedentes.

**Cuadro N° 20**  
**PERÚ: Duración promedio de las huelgas, 2000-2016**  
**(en días)**



Fuente: MTPE, *Anuarios Estadísticos Sectoriales 2000-2016*.  
Elaboración propia

Así, en la práctica, las huelgas improcedentes se encuentran amparadas por la legislación, y la lógica del control sobre las causas de la huelga no ha podido evitar la materialización de aquellas. Desde luego, la lógica del control conserva la potencialidad de evitar la prolongación en el tiempo de las huelgas improcedentes, mediante la respectiva declaración de ilegalidad y la posterior obligación de retorno al centro de labores.

Ahora bien, explicada la lógica del control sobre las causas de la huelga, conviene estudiar a continuación cómo ella actúa en la *calificación* de las huelgas. Quién las declara improcedentes o ilegales, y bajo qué criterios de interpretación, es la materia que abordaremos en el siguiente capítulo.

## CAPÍTULO II

### LA LÓGICA DEL CONTROL EN LA CALIFICACIÓN DE LA HUELGA: ¿QUIÉN CALIFICA SU EJERCICIO Y BAJO QUÉ CRITERIOS?

En el capítulo anterior, pusimos en evidencia el control aplicado al derecho de huelga a partir de la limitación legislativa de las causas para ejercerla. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano es posible observar un mecanismo de control adicional. Nos referimos al diseño del órgano calificador encargado de evaluar el ejercicio del derecho de huelga, esto es, de declarar su improcedencia o ilegalidad.

Asimismo, las propias decisiones emitidas por aquel órgano calificador brindan información sobre los criterios (restrictivos o garantistas) que se aplican para considerar válida o no la citada medida de presión.

Asistimos de esta manera a dos controles adicionales sobre el ejercicio del derecho de huelga: el órgano calificador y su jurisprudencia. El presente capítulo desarrollará ambos temas.

#### **1. El tercer control sobre la huelga: el órgano calificador de la medida de presión**

El ordenamiento jurídico peruano ha diseñado el sistema de calificación del ejercicio del derecho de huelga de forma tal que sea la Administración Pública, y no un órgano independiente, el encargado de evaluar la improcedencia e ilegalidad de la medida de presión, tanto para las huelgas del sector privado como las del sector público.

En el caso de las huelgas del sector privado, los artículos 74 y 84 del TUO de la LRCT otorgan competencia a la Autoridad Administrativa de Trabajo para declarar la improcedencia e ilegalidad de aquellas.<sup>28</sup> En el caso de las huelgas del sector público, la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo se sustenta en la falta de implementación del órgano independiente previsto por el Reglamento General de la LSC, esto es, la Comisión de Apoyo al Servicio Civil (CASC).<sup>29</sup> En efecto, la décima disposición complementaria transitoria del referido reglamento señala que “[e]n tanto no se implemente la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, las competencias señaladas en el artículo 86 de este reglamento [entre estas, la declaración de improcedencia e ilegalidad de las huelgas en el sector público] estarán a cargo del órgano competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”.

En este punto, resulta pertinente tener en cuenta que, a criterio de la OIT, la calificación del ejercicio del derecho a la huelga, esto es, su declaración de improcedencia o ilegalidad, no debería corresponder a la Administración Pública por una elemental cuestión de imparcialidad. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado lo siguiente a propósito de quejas concretas puestas a su consideración:

---

<sup>28</sup> El artículo 74 del TUO de la LRCT señala que “[d]entro de los tres (3) días útiles de recibida la comunicación, la Autoridad de Trabajo deberá pronunciarse por su improcedencia si no cumple con los requisitos del artículo anterior. (...)”. Por su parte, el artículo 84 del referido cuerpo normativo indica que “(...) [l]a resolución [de ilegalidad] será emitida, de oficio o a pedido de parte, dentro de los dos (2) días de producidos los hechos y podrá ser apelada. La resolución de segunda instancia deberá ser emitida dentro del plazo máximo de dos (2) días”.

<sup>29</sup> Conforme al artículo 88 del Reglamento General de la LSC, la Comisión de Apoyo al Servicio Civil se encontrará integrada por tres profesionales independientes especialistas en derecho administrativo, constitucional o laboral.

"474. (...) el Comité desea subrayar — como ha hecho ya en otros casos relativos al Perú (véase por ejemplo, 325.º informe, caso núm. 2049, párrafo 520) — la importancia que otorga al principio según el cual 'la declaración de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con la confianza de las partes' (véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996, párrafo 522) y pide al Gobierno una vez más que de inmediato tome medidas para que en el futuro la calificación de las huelgas sea realizada por un órgano independiente que cuente con la confianza de las partes en cuestión y no por la autoridad administrativa".<sup>30</sup>

Ahora bien, si de reforzar este tercer mecanismo de control sobre la huelga se trata, bien podríamos anotar la existencia de una práctica común a propósito de las huelgas realizadas en tres sectores de la Administración Pública, como son el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Sector Educación. En estos casos, no obstante resultar aplicable la regulación en materia de derechos colectivos de la LSC y su Reglamento General, **la ilegalidad** de las huelgas en dichos sectores no es declarada por la CASC o por Autoridad Administrativa de Trabajo, sino en realidad por la respectiva entidad pública, es decir, el propio empleador. Inclusive, para el caso del Sector Educación, la competencia de la respectiva entidad pública se extiende para la declaración de **improcedencia** de las huelgas del personal docente.

¿Cuál es el argumento que se sostiene para avalar estas prácticas intervencionistas sobre el ejercicio del derecho de huelga de los servidores civiles? Para el caso del Poder Judicial y del Ministerio Público, será el artículo 86 del TEO de la LRCT; mientras que para el caso del Sector Educación será una normativa especial. Detallamos lo expuesto, y añadimos ejemplos concretos, en el siguiente gráfico:

**Cuadro N° 21**  
**El propio empleador como órgano calificador**

<b>Administración Pública</b>	<b>Norma habilitante</b>	<b>Ejemplos de declaratoria de ilegalidad</b>
Poder Judicial	<b>TUO de la LRCT. Artículo 86.</b> "La huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público se sujetará a las normas contenidas en el presente Título [referido a la huelga], en cuanto le sean aplicables. La declaración de ilegalidad de la huelga será efectuada por el Sector correspondiente".  <b>RLRCT. Artículo 71.</b> "La declaratoria de ilegalidad de la huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público será efectuada por el Titular del Sector correspondiente, o por el Jefe de Pliego de la Institución respectiva. / Para la calificación de la ilegalidad de la huelga, cuando ésta se lleva a cabo el nivel local o regional, el Titular del Sector o Jefe	<b>Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 300-2016-P-PJ (2/11/16)</b>  "Se resuelve (...) [d]eclarar ilegal la paralización de labores (...) comunicada por la Federación Nacional de Sindicatos del Poder Judicial (...)". <sup>31</sup>
Ministerio Público	"La declaratoria de ilegalidad de la huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público será efectuada por el Titular del Sector correspondiente, o por el Jefe de Pliego de la Institución respectiva. / Para la calificación de la ilegalidad de la huelga, cuando ésta se lleva a cabo el nivel local o regional, el Titular del Sector o Jefe	<b>Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1158-2014-MP-FN (28/03/14)</b>  "Se resuelve (...) [d]eclarar ilegal el paro convocado por el Sindicato

<sup>30</sup> Informe N° 326, noviembre 2001. Caso 2111, (caso cerrado). Fechas de presentación de queja: 9 de mayo y 27 de noviembre de 2001. Consulta: 25 de noviembre de 2017.  
En: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:2906113](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2906113)

<sup>31</sup> La citada resolución se encuentra disponible en el siguiente enlace (consulta: 25 de noviembre de 2017):  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed3ada804ed33640a36cab5586b86059/RA\\_300\\_2016\\_P\\_PJ-02\\_11\\_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed3ada804ed33640a36cab5586b86059](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed3ada804ed33640a36cab5586b86059/RA_300_2016_P_PJ-02_11_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed3ada804ed33640a36cab5586b86059)

	de Pliego correspondiente, podrá delegar dicha facultad”.	de Trabajadores del Ministerio Público-SITRAMIP (...)”. <sup>32</sup>
Sector Educación	<p><b>Decreto Supremo N° 017-2007-ED.</b> Artículos 17: “La declaración de Huelga presentada por las precitadas Organizaciones Gremiales será conocida y resuelta por el Ministerio de Educación. En caso que Organizaciones Gremiales de nivel regional declaren la huelga con un pliego de reclamos específico de competencia exclusiva del Gobierno Regional será conocida y resuelta por la Dirección Regional de Educación en primera instancia y el Gobierno Regional en segunda instancia”.</p> <p>Artículo 20: “La huelga será declarada ilegal por la Dirección Regional de Educación si es a nivel regional; o, por el Ministerio de Educación, si es a nivel nacional (...)”.</p> <p><b>Decreto de Urgencia N° 012-2017</b> Disposición complementaria final única: “La huelga puede ser declarada ilegal por el Ministerio de Educación, cuando se suspenda el servicio educativo a nivel regional y la Dirección Regional de Educación no emita pronunciamiento sobre la ilegalidad de la huelga, conforme a la normatividad aplicable. (...). El Ministerio de Educación (...) comunica al Órgano de Control Institucional la inacción de la Dirección Regional de Educación o del Gobierno Regional para preservar la continuidad del servicio educativo”.</p>	<p>Mediante las <b>Resoluciones Ministeriales N° 399-2017-MINEDU y N° 400-2017-MINEDU</b>, ambas de fecha 07 de julio de 2017, se declararon improcedentes, por ejemplo, huelgas de ámbito nacional del personal docente a realizarse a partir del mes de julio de 2017.<sup>33</sup></p> <p>Igualmente, es pertinente tener presente la <b>Resolución Ministerial N° 484-2017-MINEDU</b>, de fecha 01 de setiembre de 2017, en la que el Ministerio de Educación aplica el Decreto de Urgencia N° 012-2017 y declara ilegal “la huelga que llevan a cabo los docentes de las Regiones de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima Provincias, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tumbes y Ucayali” atendiendo a que “sus respectivas Direcciones Regionales de Educación no se han pronunciado sobre la ilegalidad”.<sup>34</sup></p>

En este contexto, si ya resulta criticable que, en general, sea la Autoridad Administrativa de Trabajo quien tenga la competencia de pronunciarse sobre la improcedencia o ilegalidad de las huelgas en el Perú, resulta aún más preocupante que, en ciertos sectores de la Administración Pública, sea el propio empleador el encargado de pronunciarse sobre las huelgas de sus trabajadores. Sin duda, esta situación representa una situación de potencial lesividad permanente del derecho de huelga en el sector público. Tal como sostiene el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “[n]o es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública competa a los jefes de las instituciones públicas, ya que éstos son jueces y parte en el asunto”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> La referida resolución administrativa fue publicada el 01 de abril de 2014 en el Diario Oficial El Peruano (página 520139).

<sup>33</sup> Las Resoluciones Ministeriales N° 399-2017-MINEDU y N° 400-2017-MINEDU se encuentran disponibles, respectivamente, en los siguientes enlaces (consulta: 25 de noviembre de 2017):  
<http://www.educaciontacna.edu.pe/web/media/disposiciones/normas-37065e1383.pdf>  
<https://www.ugel04.gob.pe/avisos/item/1001-rm-n-400-2017-minedu-declaran-improcedente-huelga-nacional-indefinida>

<sup>34</sup> La Resolución Ministerial N° 484-2017-MINEDU fue publicada el 2 de setiembre de 2017 en el Diario Oficial El Peruano (páginas 20-21).

<sup>35</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006, párrafo 630. Consulta: 25 de noviembre de 2017. En: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_090634.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf)

En conclusión, lejos de la preferencia por un órgano independiente, la calificación del ejercicio del derecho de huelga en el Perú, esto es, la declaración de su improcedencia o ilegalidad, ha sido encargada a la Administración Pública en todos los casos (y principalmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo). Si bien para las huelgas del sector público el Reglamento General de la LSC concibe la existencia de una Comisión de Apoyo al Servicio Civil integrada por profesionales independientes, han pasado ya más de tres años sin que dicha comisión sea implementada y, por tanto, la regla general antes indicada se mantiene. En conclusión, el diseño normativo peruano, así como la inacción de las autoridades responsables del funcionamiento de aquel órgano independiente, conllevan a que no exista una suficiente garantía de imparcialidad en torno a la calificación de las huelgas en el Perú.

Veamos ahora si esta expresión de la lógica del control sobre las huelgas tiene alguna repercusión en los pronunciamientos administrativos del principal órgano calificador: el MTPE.

## 2. El cuarto control sobre la huelga: la jurisprudencia administrativa del MTPE

A fin de explicar los razonamientos utilizados por el MTPE para la calificación del ejercicio del derecho de huelga, corresponde detallar en primer lugar los requisitos que deben ser cumplidos para que una huelga sea declarada procedente, es decir, conforme al ordenamiento jurídico. Salvo el requisito referido a la presentación de una declaración jurada, se trata de requisitos comunes aplicables a las huelgas del sector privado y del sector público. A continuación, detallamos estos requisitos en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 22**  
**Requisitos para el ejercicio del derecho de huelga**

Huelgas	Base legal	Requisitos de fondo	Requisitos de forma
Sector privado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 73 del TUO de la LRCT</li> <li>• Artículo 65 del RLRCT</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.</li> <li>• Voluntad mayoritaria para realizar la huelga expresada en una votación en Asamblea y conforme a los estatutos.<sup>36</sup></li> <li>• Garantía de prestación de servicios mínimos en las actividades indispensables del empleador o en los servicios esenciales que éste presta a la comunidad.</li> <li>• Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Preaviso al empleador y, en las huelgas del sector privado, también a la Autoridad de Trabajo; acompañando copia del acta de votación.<sup>37</sup></li> <li>• Legalización por notario o juez de paz de la copia del acta de asamblea.</li> <li>• Declaración jurada de que la decisión se adoptó conforme a los requisitos previstos (<i>aplicable sólo</i></li> </ul>
Sector público	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 45 de la LSC</li> </ul>		

<sup>36</sup> El artículo 73 del TUO de la LRCT precisa que “[t]ratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión [de realizar la huelga] será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases”. Asimismo, tratándose de huelgas del sector público, el artículo 80.d del Reglamento General de la LSC indica que “[t]ratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente”.

<sup>37</sup> Conforme al artículo 65.d del RLRCT, debe especificarse el ámbito de la huelga, el motivo, duración, día y hora fijados para su iniciación. Similar exigencia se desprende del artículo 82 del Reglamento General de la LSC para las huelgas del sector público: “La huelga puede comprender a una entidad pública, a uno o varios de sus establecimientos, o a cualquier ámbito según la organización sindical comprometida. Asimismo, podrá ser declarada por un tiempo determinado o indefinido. Si no se indica previamente su duración, se entenderá a tiempo indefinido”.



	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 80 del Reglamento General de la LSC</li> </ul>		<i>a las huelgas del sector privado).</i>
--	--	--	---

Cabe resaltar que, para un sector de la doctrina, la evaluación de los requisitos antes indicados debiera ser meramente formal y no dar lugar a interpretaciones que impliquen nuevas cargas para los trabajadores que deciden realizar una huelga. Así, en relación a las huelgas en el sector privado, pero predicable también de aquellas realizadas en el sector público, se ha expresado lo siguiente:

“Por último, la comunicación de huelga al empleador y a la Autoridad de Trabajo debe cumplir con algunos requisitos formales (artículo 65 Reglamento de LRCT). (...) Es evidente que ni el empleador ni la Autoridad de Trabajo pueden exigir otros requisitos de los aquí mencionados ni tampoco pueden interpretar el cumplimiento de aquellos, pues cualquier requerimiento adicional será considerado como un acto de injerencia (artículo 4 LRCT). Dicho en otras palabras, la evaluación de los requisitos de huelga es enteramente formal, sin que se pueda hacer análisis de fondo”.<sup>38</sup>

No obstante lo indicado, el MTPE ha formado un cuerpo de pronunciamientos que interpretan el contenido de los requisitos legales para ejercer válidamente el derecho de huelga. Si dichas interpretaciones favorecen o no el ejercicio del citado derecho es una materia que desarrollaremos a continuación, según cada requisito.

## 2.1 La obligación de preaviso de huelga: plazos y formas de preaviso.

### a) Plazos de preaviso

Si bien para las huelgas del sector público el plazo de preaviso está claramente definido (comunicación a la entidad pública con una anticipación mínima de 15 días calendario), no sucede así con las huelgas del sector privado. En efecto, en estas últimas, el plazo de preaviso se define en función a si la huelga compromete o no un servicio esencial. Si no lo compromete, el preaviso será menor (5 días hábiles); si la huelga afecta un servicio esencial, el preaviso será mayor (10 días hábiles).

Si bien lo que se entiende por servicio esencial para las huelgas del sector privado se encuentra definido **a manera de lista de actividades** en el artículo 83 del TUO de la LRCT, el MTPE ha interpretado la *esencialidad* de aquellas actividades enlistadas, con ocasión de huelgas sometidas a su calificación. El parámetro para dicha interpretación ha sido la definición de los servicios esenciales esbozada por el Comité de Libertad Sindical, esto es, “aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o salud de la persona en toda o parte de la población”.<sup>39</sup>

En dicho contexto, por ejemplo, el MTPE ha descartado en casos concretos que el servicio de transporte prestado por la empresa *Turismo Civa S.A.C* y el servicio de telecomunicaciones brindado por *Telefónica del Perú S.A.A* tengan la naturaleza de servicios esenciales, no obstante encontrarse dichas actividades dentro del catálogo del

<sup>38</sup> Arce Ortiz, Elmer. *Límites internos y externos al derecho de huelga*. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Grijley, 2009, pp. 388-389.

<sup>39</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios...* Op. cit., párrafo 606.

artículo 83 del TUO de la LRCT. Por lo tanto, al momento de calificar las respectivas huelgas, el MTPE aplicó el plazo menor de preaviso (5 días hábiles y no 10 días).

A mayor abundamiento, a propósito de la huelga en *Turismo Civa S.A.C*, el MTPE expresó lo siguiente:

“En este punto, cabe considerar que si bien el artículo 83° del TUO de la LRCT señala que ‘son servicios públicos esenciales: (...) g) los de transporte’ es necesario determinar si todo servicio de transporte ha de ser entendido como uno de carácter público esencial.

Al respecto, de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical (...), un servicio esencial, en el sentido estricto del término, es un servicio cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Por tanto, para considerar un determinado servicio de transporte como esencial debería tomarse en consideración aquellas características. Bajo estas consideraciones, **una correcta lectura del literal g) del artículo 83° del TUO de la LRCT nos permite entender que no todo servicio de transporte puede calificarse como servicio esencial, puesto que será menester determinar en cada caso concreto si la paralización de labores en ellos involucra una afectación a la vida, seguridad o salud de la población.**

Aplicando lo anterior al caso concreto, debemos concluir que la actividad de la empresa no constituye un servicio esencial, puesto que no importa la latencia lesiva a la seguridad, la salud o la vida de toda o parte de la población, incluso si la entendiéramos prolongada en el tiempo, ya que la oferta de este servicio puede ser suplida en extenso por otras empresas que participan en el mercado.

Por consiguiente, el plazo con que la medida de fuerza debe ser comunicada a la empresa debe ser de por lo menos 05 (cinco) días útiles [y no de 10 días] previos a su realización. (...).<sup>40</sup>

Igualmente, en relación a la huelga en *Telefónica del Perú S.A.A*, el MTPE aplicó el plazo de preaviso de huelga de 5 días hábiles, aunque en este caso, finalmente, el sindicato incumplió otros requisitos, como el acompañar a su comunicación de preaviso una copia del acta de votación:

“(...) El sindicato [Sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones – SITENTEL] alega que, debido al amplio desarrollo de las telecomunicaciones y, siendo que actualmente ya no existe ningún medio que controle dichos servicios de manera exclusiva, no resulta pertinente seguir calificando el mismo como servicio esencial. Al respecto, cabe señalar que el sindicato, si bien observó el plazo de antelación de cinco (05) días hábiles previsto en el literal c) del artículo 73° del TUO de la LRCT y el literal a) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, no cumplió con adjuntar copia del acta de votación correspondiente (...).<sup>41</sup>

Como se aprecia, en estas huelgas correspondientes al sector privado el MTPE asume una posición garantista del derecho de huelga, interpretando restrictivamente los alcances de los servicios esenciales.

Sin embargo, notamos que esta posición varía cuando el afectado por la huelga es el propio Estado. Así, en relación a una huelga que involucraba a Servicios Postales del Perú –

<sup>40</sup> Resolución Directoral General N° 205-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de diciembre del 2014, considerando 2e. El resaltado es nuestro.

<sup>41</sup> Resolución Directoral General N° 124-2015-MTPE/2/14, de fecha 30 de julio del 2015, considerando 4.

SERPOST S.A., el MTPE consideró que el servicio de comunicaciones brindado por esta empresa estatal calificaba como un servicio esencial. Para ello, únicamente analizó la actividad de la empresa y no aplicó el razonamiento empleado en los casos anteriores:

“Al respecto, debe indicarse que la empresa tiene como actividad la prestación de servicios postales en todas sus modalidades con ámbito de acción a nivel nacional e internacional, razón por la cual dicha actividad se encuadra como servicio público esencial, de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 83° del TUO de la LRCT. En tal sentido, se requiere que la comunicación de plazo de huelga se realice con 10 (diez) días útiles de antelación.

En el presente caso, el sindicato ha cursado la comunicación de huelga a la empresa y a la Autoridad Administrativa de Trabajo el día 03 de setiembre del 2014, siendo que el inicio de la medida de fuerza se encontraría previsto para el día 16 de setiembre del 2014, razón por la cual se advierte que dicha comunicación no ha sido efectuada observando el plazo de antelación establecido en ordenamiento legal vigente”.<sup>42</sup>

Nótese cómo en el razonamiento empleado no se valora si la paralización del servicio de comunicaciones brindado por SERPOST compromete la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población; o si, en todo caso, dicho servicio podía o no ser suplido por otras empresas en el mercado.

Atendiendo a la diferencia de tratamiento por parte del MTPE en las huelgas antes detalladas, vuelve a ser importante la existencia de un órgano independiente que se encargue de la calificación del ejercicio del derecho de huelga, tanto en el sector público como en el sector privado. Dicha calificación debería realizarse sobre la base de razonamientos uniformes para ambos sectores, por una elemental cuestión de seguridad jurídica.

## **b) Formas de preaviso**

Finalmente, y sin perjuicio de la crítica expuesta, vale destacar que, en otro aspecto relacionado a la obligación de preaviso, el MTPE se ha pronunciado en clave de garantía del derecho de huelga. Nos referimos a las formas de cumplir con el preaviso de huelga *hacia el empleador*. En este caso, el MTPE admite el empleo de las tecnologías de la información y comunicaciones para cumplir con la citada obligación, lo cual hace flexible, por lo menos en este aspecto, el ejercicio del derecho de huelga. Así, a propósito de una comunicación de huelga correspondiente al sector privado, pero predicable también del preaviso que debe cursarse a las entidades públicas en caso de huelgas del sector público, el MTPE ha señalado lo siguiente:

“(…) Al respecto, si bien el TUO de la LRCT no establece una forma específica para realizar dicha comunicación, consideramos que el mecanismo que se emplee debiera cumplir razonablemente con la finalidad de aquel aviso, esto es, poner en conocimiento oportuno del empleador el momento de la realización de la huelga. **Siendo esto así, los mecanismos que se pudieran emplear, distintos de la forma escrita, debieran ser idóneos para acreditar el envío y la recepción de la comunicación de huelga por parte de la empresa, así como las fechas de tales hechos.** Desde luego, el envío de la comunicación en estas otras formas, por ejemplo, mediante el uso de las

---

<sup>42</sup> Resolución Directoral General N° 128-2014-MTPE/2/14, de fecha 08 de setiembre del 2014, considerando 3e.

tecnologías de la información y comunicación, debiera tener como destinatario a quien ejerce la representación de la empresa para los efectos de la huelga. (...).<sup>43</sup>

Desde luego, estamos hablando de la posibilidad del empleo de las tecnologías de la información y comunicaciones para el preaviso de huelga hacia el empleador (sectores privado y público). Lamentablemente, no referimos esta posibilidad para el preaviso de huelga hacia la Autoridad Administrativa de Trabajo (obligación aplicable para las huelgas del sector privado), pues para ello se requiere la implementación de un procedimiento administrativo electrónico de comunicación de huelga, el cual aún no existe.

## 2.2 La defensa de los derechos e intereses de los trabajadores: configuración amplia pero ineficaz

Uno de los requisitos para ejercer válidamente el derecho de huelga en el sector privado es que ésta “tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos” (artículo 73.a del TUO de la LRCT); de forma similar, en el sector público, se exige que la huelga “tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos” (artículo 80.a del Reglamento General de la LSC).

En relación a la calificación del cumplimiento de este requisito, observamos que el MTPE ha transitado desde una lógica del control sobre el derecho de huelga hacia una lectura del mismo en clave de garantía. Sin embargo, se trata de una lectura garantista ineficaz en la realidad. Nos explicamos a continuación.

En primer lugar, una lectura de las disposiciones legales antes indicadas arroja como conclusión un abanico amplio de materias susceptibles de ser defendidas a través del derecho de huelga, siempre que puedan ser reconducidas a algún derecho o interés legítimo de los trabajadores. Sin embargo, ésta no fue la posición inicial asumida por el MTPE en huelgas sometidas a su calificación. Así, por ejemplo, en un caso concreto determinó que la oposición a la fusión empresarial del empleador y la presión para el cese de un funcionario de la empresa no eran materias defendibles a través del derecho de huelga:

“Atendiendo a los motivos que han dado lugar a la adopción de la declaratoria de huelga, tales como: ‘(...) 1. Que la empresa se comprometa hacer llegar un documento firmado por el Presidente del Directorio donde dará a conocer el estricto cumplimiento de los derechos laborales y respetando la estabilidad laboral en sus puestos de trabajo; 2. Que la empresa se comprometa, no a la fusión con la CIA. Minera Atacocha; 3. Que la empresa se comprometa hacer el reparto de utilidades en las mismas condiciones que se venía distribuyendo [en] Cerro Lindo y El porvenir; 4. Retiro inmediato del Ingeniero José Luis ALCALA VALENCIA’, **se verifica que la medida de fuerza obedece a aspectos que no se encuentran referidos a la defensa de derechos e intereses socio económicos de los trabajadores comprendidos en el sindicato, tales como: la no fusión con la Compañía Minera Atacocha (referida a una decisión de gestión de la empresa) y el retiro inmediato del ingeniero José Luis Alcalá Valencia (referido al poder de dirección de la empresa)’**.”<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Resolución Directoral General N° 13-2017-MTPE/2/14, de fecha 27 de enero del 2017, considerando 2e.

<sup>44</sup> Resolución Directoral General N° 094-2014-MTPE/2/14, de fecha 25 de junio del 2014, considerando 3a. El resaltado es nuestro.

¿Puede el MTPE determinar cuándo los trabajadores defienden sus derechos e intereses legítimos y cuando no? En el caso concreto, ¿acaso una fusión no puede estar relacionado con una preocupación legítima de los trabajadores por la conservación de sus puestos de trabajo? De otro lado, siendo una práctica común manifestar colectivamente el descontento por algunos funcionarios de la empresa, ¿no puede canalizarse ello a través de la protesta institucionalizada en que consiste el ejercicio del derecho de huelga? En nuestra opinión, en el caso expuesto asistimos a la configuración de actos de injerencia estatal sobre el derecho de huelga, los cuales se encuentran prohibidos, de manera general, por el artículo 3 del Convenio N° 87 de la OIT; y, de manera particular para el sector público, por el artículo 5 del Convenio 151 de la OIT:

**Cuadro N° 23**  
**Protección contra actos de injerencia sobre el derecho de huelga**

Convenio 87 OIT	Convenio 151 OIT
<p><b>Artículo 3.</b></p> <p>1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.</p> <p>2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.</p>	<p><b>Artículo 5.</b></p> <p>1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.</p> <p>2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración. (...)</p>

Sobre el particular, conviene además tener presente lo señalado por el Comité de Libertad Sindical del OIT en el sentido que “[l]os intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores”.<sup>45</sup>

En este contexto, la lógica del control sobre el derecho de huelga ha evolucionado en estos últimos años hacia una actitud más garantista sobre el ejercicio del citado derecho, en lo que al presente requisito se refiere. Así, por ejemplo, el MTPE admite actualmente canalizar a través del derecho de huelga la oposición a una situación similar a la fusión de empresas, como es la privatización de una empresa del Estado:

“Conforme se señala en el escrito de comunicación de huelga presentado por el sindicato, así como en el Acta de Asamblea Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 2015, la medida de fuerza planteada se sustenta, principalmente, en la lucha contra la privatización de SEDAPAL, lo cual, pondría en riesgo el empleo de cientos de trabajadores.

<sup>45</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios...* Op. cit., párrafo 526.

Al respecto, se tiene que la medida de fuerza anunciada por el sindicato se relaciona a la defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores, por lo que el requisito en mención ha sido cumplido”.<sup>46</sup>

No obstante lo señalado, si bien existe ahora una mayor apertura del MTPE a lo que se entiende por la “defensa de derechos e intereses de los trabajadores”, no debemos olvidar que existe desde la legislación una lógica del control sobre las causas de la huelga. Ello significa, por ejemplo, que a pesar de la variedad de materias defendibles a través del derecho de huelga, el ejercicio legal de este derecho se encuentra condicionado a cómo estas materias se insertan en el modelo contractual, laboral o polivalente de huelga detallado en el capítulo I.

Así, por ejemplo, si la materia a defender consiste en el cumplimiento de una norma o convenio colectivo, se tratará de una defensa válida a través del derecho de huelga (modelo laboral), pero finalmente improcedente si no se cuenta con una sentencia firme que acredite el incumplimiento del empleador, tal como lo exige el artículo 63 del RLRCT. En esa línea, el MTPE ha expresado lo siguiente:

“Atendiendo a los motivos que han dado lugar a la adopción de la declaratoria de huelga, tales como: 1. Afectación en la participación de utilidades 2013 de los trabajadores; 2. Incumplimiento desde el año 2008 en la oportunidad de pago de las vacaciones de acuerdo a ley; 3) Incumplimiento de cláusula del convenio colectivo: Atraso depósito cuota sindicales; y 4) Afectación del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, se verifica que la medida de fuerza tiene por objeto la defensa de derechos e intereses socio económicos de los trabajadores comprendidos en el sindicato.  
(...)

En atención a ello, corresponde hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 63° del Reglamento de la LRCT, el cual indica que ‘en caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada’ (...).

Por ende, ante un conflicto por la dilucidación de un derecho o una situación jurídica el ordenamiento prevé que sea el Poder Judicial (justicia laboral ordinaria, en principio) la que deba dilucidar dicho conflicto, a fin de poder realizar en tal caso una medida de fuerza, en caso de incumplimiento de lo resuelto en sede judicial.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta los motivos que sustentan la declaratoria de huelga del sindicato, corresponde señalar que no se ha cumplido con observar el requisito establecido en el artículo 63° del Reglamento de la LRCT”.<sup>47</sup>

Así, la lógica del control sobre las causas de la huelga, esto es, la atenuación del modelo laboral de huelga y la inviabilidad real del modelo polivalente, ya explicada en el capítulo I, reduce las virtudes de una lectura amplia de los “derechos e intereses de los trabajadores” susceptibles de ser reclamados mediante el ejercicio del derecho de huelga.

Es más, existe una práctica restrictiva adicional: cuando la defensa de derechos e intereses involucra un modelo mixto de huelga – por ejemplo, un modelo contractual y un modelo laboral – el estándar de calificación empleado por el MTPE, para la procedencia de esta huelga mixta, consiste en el cumplimiento de todos los requisitos aplicables a cada uno de los modelos de huelga involucrados. Esto quiere decir, por ejemplo, que no conviene a los

<sup>46</sup> Resolución Directoral General N° 033-2016-MTPE/2/14, de fecha 17 de febrero del 2016, considerando 2a.

<sup>47</sup> Resolución Directoral General N° 021-2014-MTPE/2/14, de fecha 27 de febrero del 2014, considerandos 3a y 3c.

trabajadores sumar conflictos económicos y jurídicos en la plataforma de lucha, pues si no se cuenta con la sentencia firme exigida por el artículo 63 del RLRCT, la huelga será declarada improcedente. En otras palabras, la plataforma de lucha es vista por el MTPE como un todo indivisible, de suerte que no se prefiere la conservación de la procedencia de la huelga en virtud al cumplimiento de los requisitos previstos para el conflicto económico:

“Conforme a lo señalado en la comunicación de huelga, la medida de fuerza tendría como motivos la siguiente plataforma de lucha: (i) Solución al pliego de reclamos correspondiente al período 2015 – 2016; (ii) Pago del justiprecio por alimentación, de acuerdo al convenio colectivo suscrito con fecha 25 de octubre de 1990; y (iii) Cese de hostilización a los trabajadores sindicalizados.

En atención a ello, corresponde traer a colación lo dispuesto en el artículo 63° del Reglamento de la LRCT, el cual indica que “[e]n el caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada’.

(...)

Así pues, ante un conflicto por la dilucidación de un derecho o una situación jurídica, el ordenamiento prevé que sea el Poder Judicial (justicia laboral ordinaria, en principio) la que debe dilucidar dicho conflicto, a fin de poder realizar en tal caso una medida de fuerza, en caso de incumplimiento a lo resuelto en sede judicial.

En el presente caso, se desprende que los motivos (ii) y (iii) de la medida de fuerza antes descritos, se encuentran relacionadas con supuestos de incumplimiento de disposiciones legales y convencionales, razón por la cual resulta de observancia lo prescrito en la disposición contenida en el artículo 63° del Reglamento de la LRCT. Al no haberse acreditado lo exigido en ella, se tiene que no se ha observado el requisito previsto en dicha disposición”.<sup>48</sup>

¿Por qué no **viabilizar** el ejercicio del derecho de huelga en razón al conflicto económico contenido en la plataforma de lucha? El artículo 28 de la Constitución Política garantiza la libertad sindical y, por ende, el derecho de huelga. Entonces, si bien son admisibles restricciones en el ejercicio del citado derecho, éstas no pueden anular una lectura del mismo en clave de garantía.<sup>49</sup> En el caso concreto, bien el MTPE podría haber favorecido el ejercicio del derecho de huelga si se cumplían únicamente los requisitos previstos para las huelgas del modelo contractual (que son los mismos aplicables al modelo laboral, excepto lo previsto en el artículo 63 del RLCRT).

Siendo esto así, considero utópica una lectura amplia de las materias defendibles a través del derecho de huelga si finalmente la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores se encuentra mediatizada por la lógica del control aplicable a las causas de la huelga.

---

<sup>48</sup> Resolución Directoral General N° 70-2016-MTPE/2/14, de fecha 05 de mayo del 2016, considerando III.a.

<sup>49</sup> En relación a la obligación estatal de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “(...) además de los dos planos de la libertad sindical antes mencionados [planos orgánico y funcional], debe también considerarse la **garantía** para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores. En tal sentido, el contenido esencial de este derecho [libertad sindical] no puede agotarse en los aspectos orgánicos y funcional, sino que a este núcleo mínimo e indisponible deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, la protección y la defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará vulneratorio del derecho de libertad sindical”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2211-2009-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2010, f.j. 7. El resaltado es nuestro.

### 2.3 La voluntad mayoritaria para realizar la huelga: lectura en clave de garantía

Conforme al artículo 62 del RLRCT, la voluntad mayoritaria que se requiere para la adopción de la huelga se trata de una mayoría simple de votos a favor de dicha medida de fuerza, entre los asistentes a la asamblea respectiva. Esta regla se aplica supletoriamente para las huelgas del sector público, de acuerdo a lo señalado en el artículo 40 de la LSC.

El MTPE lo ha entendido así y, en tal sentido, califica el cumplimiento de este requisito atendiendo a la existencia o no de una mayoría de votos a favor de la huelga, entre los trabajadores que asistieron a la asamblea:

“En el presente caso, el sindicato ha cumplido con presentar el Acta de Asamblea Nacional Extraordinaria de Afiliados y Delegados del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Ripley S.A. Perú – SUTRAGRISA, de fecha 10 de julio del 2014, participando en dicho acto, 358 afiliados a EL SINDICATO de un total de 669 afiliados.

Asimismo, en la citada Acta se incluye el Acta de Votación para la Huelga en la cual se verifica que como resultado de la votación, 357 afiliados votaron a favor del paro de 24 horas a materializarse el día 24 de julio del 2014, 01 afiliado votó por no realizar dicho paro, y no se registraron abstenciones.

Por ende, el requisito en cuestión ha sido observado”.<sup>50</sup>

Cabe indicar que, además del dato de la votación realizada, el MTPE evalúa si el acta de asamblea contiene o no la relación de asistentes a la misma, lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta que el requisito de la voluntad mayoritaria se predica justamente respecto de aquellos asistentes:

“En el presente caso, el sindicato ha presentado copia del Acta de la Asamblea de Afiliados realizada el día 24 de marzo del 2015, señalándose la participación en dicho acto de noventa (90) trabajadores afiliados a la referida organización sindical. Asimismo, se indica que el acuerdo de realizar el paro nacional del 08 de abril de 2015 fue aprobado por mayoría, con ochenta y ocho (88) votos a favor, un (01) voto en contra y una (01) abstención.

No obstante, el sindicato no ha cumplido con adjuntar la relación de asistentes a la referida asamblea, razón por la cual no se tiene certeza sobre la adopción del referido acuerdo, y por ende, de la voluntad colectiva”.<sup>51</sup>

Igualmente, ante una discordancia entre el número de votantes (a favor y en contra de la huelga) y el total de asistentes a la asamblea, el MTPE, lejos de afirmar una falta de certeza sobre la existencia de una voluntad mayoritaria a favor de la medida de presión, verifica en cada caso concreto si se desprende del acta de asamblea tal voluntad colectiva:

“En el presente caso, el sindicato ha presentado copia legalizada del Acta de Asamblea General Extraordinaria realizada con fecha 07 de setiembre del 2014, participando en dicho acto **setenta y tres (73) trabajadores afiliados al sindicato**, de un total de ochenta y ocho (88) afiliados a la organización sindical, según lo indicado en la referida Acta. Conforme a lo señalado en el Acta de Votación, se aprobó por **unanimidad** la realización de la huelga indefinida a partir de las 00:00 horas del día 10 de octubre de 2014 hasta las 24:00 horas del día 10 de octubre del 2014 [73 votos a favor de la huelga].

<sup>50</sup> Resolución Directoral General N° 108-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de julio del 2014, considerando 3b.

<sup>51</sup> Resolución Directoral General N° 29-2015-MTPE/2/14, de fecha 30 de marzo del 2015, considerando 3b.



Si bien, conforme lo advierte la empresa en su escrito de vistos, de la relación de afiliados que asistieron a la Asamblea General Extraordinaria de fecha 07 de setiembre del 2014, se verifica la firma de **setenta y dos (72) trabajadores afiliados** [por lo tanto, 72 asistentes], cabe señalar que el requisito en cuestión se encuentra referido a la legitimidad de la voluntad colectiva para la adopción del acuerdo de realizar la medida de fuerza, situación que en el presente caso se verifica [a pesar de la diferencia entre votantes y asistentes].

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que el artículo 62° del Reglamento de la LRCT establece que la organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea, entendiéndose por mayoría, más de la mitad de los trabajadores votantes en la asamblea”.<sup>52</sup>

Finalmente, cabe indicar que la huelga tendrá efectos generales o limitados según los alcances de la voluntad mayoritaria expresada en la asamblea. El RLRCT, en el caso de las huelgas del sector privado, y el Reglamento General de la LSC, para las huelgas del sector público, establecen reglas claras sobre el particular.

**Cuadro N° 24**  
**Eficacia general o limitada de las huelgas**

<b>RLRCT</b>	<b>Reglamento General de la LSC</b>
<p>Artículo 62: (...)</p> <p>a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en éste. Se exceptúan los cargos de dirección y el personal que debe ocuparse de los servicios mínimos.</p> <p>b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de trabajadores del sindicato, pero no por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido, suspende la relación laboral de los trabajadores del sindicato, con las excepciones antes señaladas.</p>	<p>Artículo 79: (...)</p> <p>Los efectos de la huelga declarada, observando los requisitos legales establecidos, produce los siguientes efectos:</p> <p>a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de servidores civiles del ámbito comprendido en la huelga, se produce la suspensión perfecta del servicio civil de todos los servidores comprendidos en éste. Se exceptúan los puestos de dirección y los servidores civiles que deben ocuparse de los servicios indispensables y esenciales.</p> <p>b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de servidores del sindicato, pero no por la mayoría de servidores del ámbito comprendido, se produce la suspensión perfecta del servicio civil de los servidores del sindicato con las excepciones antes señaladas.</p>

Cabe indicar que el MTPE no se pronuncia en relación a si la huelga acordada mayoritariamente debiera tener efectos limitados o generales para el caso en concreto. Ello resulta adecuado atendiendo a que la determinación de los alcances de la huelga corresponde a los trabajadores, claro está, respetando las reglas indicadas en el cuadro anterior.

#### **2.4 La previsión expresa de la huelga como punto de agenda de la asamblea, y la copia legalizada del acta de asamblea: la exigencia de la forma por la forma**

<sup>52</sup> Resolución Directoral General N° 148-2014-MTPE/2/14, de fecha 29 de setiembre del 2014, considerando 3b. El resaltado es nuestro.

La debida configuración de la voluntad mayoritaria en asamblea puede no servir de nada para la procedencia de la huelga si los trabajadores no cumplen con dos requisitos formales vinculados al acto de decisión: i) que la asamblea haya sido convocada expresamente para decidir la realización de la huelga; y ii) que el acta de asamblea resultante sea presentada, para su calificación, en copia legalizada. Cabe indicar que, tanto para las huelgas del sector público como privado, el primer requisito se exige cuando la asamblea está conformada por delegados<sup>53</sup>; mientras el segundo requisito debe cumplirse independientemente de cuál sea la conformación de la asamblea.

#### a) La convocatoria expresa a asamblea

Pues bien, en relación a este primer requisito, el MTPE considera que la asamblea es convocada expresamente para decidir la huelga sólo si la realización de esta medida de presión figura de manera específica en la agenda de la asamblea. Es decir, no es suficiente que la agenda proponga de manera genérica la “adopción de medidas o acciones de lucha”:

“(…) la Federación Nacional Unificada de Trabajadores del Sector Salud – FENUTSSA (...) pone en conocimiento de esta Dirección General la realización de una huelga, consistente en un **paro nacional** de setenta y dos (72) horas a realizarse durante los días 05, 06 y 07 de agosto del 2015.

(…)

De la documentación presentada por la federación se observa que la Asamblea Nacional [en la que se decidió el paro nacional] se encontraba conformada por ‘Secretarios Generales de Regiones y Sindicatos Bases de FENUTSSA’, de lo cual se infiere que dichas personas habrían actuado en calidad de delegados. Asimismo, se señaló como uno de los puntos de agenda ‘[t]omar decisiones de **acciones de lucha** frente al retraso de los acuerdos del MINSA y FENUTSSA’. **Sin embargo, no se contempla como punto de agenda la adopción de un paro nacional**, por lo que el requisito en cuestión [asamblea convocada expresamente para decidir la huelga] no ha sido observado”.<sup>54</sup>

No cabe duda que, dentro de las acciones de lucha de la que trata el caso citado, se encuentra el paro nacional que fue finalmente comunicado al MTPE. Se trata de una relación de género (acciones de lucha) a especie (huelga o paro nacional). Por lo tanto, no puede afirmarse que la agenda no incluía la realización de un paro nacional, pues ésta era una posibilidad dentro de las acciones de lucha a decidir.

En tal sentido, la única explicación posible al razonamiento empleado por el MTPE es una lectura formalista de lo que debe entenderse por “convocatoria expresa” a asamblea para decidir la huelga. Es cierto que, en el caso citado, no hubo una convocatoria específica para tal efecto; sin embargo, sí hubo en la agenda de la asamblea una previsión genérica. No es lo mismo que la huelga no figure en la agenda, que figure incluida tácitamente.

Atendiendo a la obligación constitucional de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, consideramos posible entender cumplido el requisito ya sea cuando la agenda de la asamblea contemple de manera literal la realización de una huelga, como cuando la

---

<sup>53</sup> Vale precisar que en las huelgas del sector privado, además de que la asamblea se encuentre conformada por delegados, se requiere que se trate de una huelga de sindicatos de actividad o gremio. Si faltase alguno de estos supuestos, no sería exigible que la asamblea sea convocada expresamente para acordar la huelga (artículo 73 del TUO de la LRCT). Luego, es necesario que las bases ratifiquen la huelga acordada por los delegados.

<sup>54</sup> Resolución Directoral General N° 123-2015-MTPE/2/14, de fecha 23 de julio del 2015, considerando 2d. El resultado es nuestro.

contemple tácitamente, es decir, mediante expresiones genéricas que la incluyan por sentido común.

Esta lectura que proponemos, en relación a la convocatoria expresa a asamblea para decidir la huelga, resulta acorde con el principio de eficacia aplicable al procedimiento administrativo, por el cual debe preferirse la finalidad del acto – en este caso, el ejercicio de un derecho fundamental – por encima de las formalidades no esenciales.<sup>55</sup> Además, de esta forma se garantiza adecuadamente el respeto del órgano calificador hacia la voluntad mayoritaria que pudiese haberse configurado en la propia asamblea. Una posición formalista como la del MTPE puede conducir a situaciones contradictorias, como aquellas en las que, no obstante haberse adoptado por mayoría de delegados la decisión de realizar la huelga, ésta es declarada improcedente porque la agenda de la asamblea no contempló literalmente la adopción de esta específica medida de fuerza.

Finalmente, y luego de todo lo dicho, queda claro, en nuestra opinión, que el órgano calificador estaría facultado a entender por incumplido el requisito en estudio si es que la agenda de la asamblea no contempla ni de forma literal, ni de forma genérica, la realización de una huelga.

#### **b) La copia legalizada del acta de asamblea**

Para su procedencia, las comunicaciones de huelga, tanto en el sector privado, como en el sector público, deben ir acompañadas de una copia legalizada del acta de asamblea. La legalización se encuentra a cargo del notario público o, a falta de éste, del juez de paz de la localidad. Así, la regla es el refrendo notarial y en ella nos enfocaremos.

Contrariamente a lo que podría pensarse, la legalización notarial de la copia del acta de asamblea no significa dar fe sobre la realización de la asamblea, ni implica validar el contenido del acta. Sólo significa que la copia guarda correspondencia con el original; es más, incluso en este caso, los efectos son limitados pues certificar la correspondencia entre copia y original tampoco implica respaldar la autenticidad del acta de asamblea.

Esta escasa utilidad del requisito en estudio se desprende de las normas del notariado que regulan la certificación de reproducciones, citadas a continuación:

**Cuadro N° 25**  
**Alcances de la legalización notarial de la copia del acta de asamblea**  
**(certificación de reproducciones)**

<b>Decreto Legislativo N° 1049</b> <b>Decreto Legislativo del Notariado</b>	<b>Decreto Supremo N° 010-2010-JUS</b> <b>TUO del Reglamento del Decreto Legislativo N°</b> <b>1049</b>
Artículo 110.- Definición	Artículo 52.- De la certificación de reproducciones

<sup>55</sup> Conforme al artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en virtud al principio de eficacia “[l]os sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. / En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegia sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio”.

El notario certificará reproducciones de documentos obtenidos por cualquier medio idóneo, autorizando con su firma que la copia que se le presenta guarda absoluta conformidad con el original.	En la certificación de reproducciones a que se refiere el artículo 110 del Decreto Legislativo, el notario verificará que dicha reproducción sea idéntica al original, lo que no implica garantizar la legalidad o autenticidad del documento original presentado ante él.
---	--

En este contexto, la presentación de la copia legalizada del acta de asamblea debiera ser evaluada de manera flexible por el órgano calificador, de forma que las huelgas no sean declaradas improcedentes por la falta de su presentación o por la presentación de una copia distinta a la legalizada notarialmente. En todo caso, los trabajadores debieran tener la oportunidad de realizar la subsanación correspondiente.<sup>56</sup>

Sin embargo, la lógica del control sobre el derecho de huelga también se expresa a propósito de la presentación de la copia legalizada del acta de asamblea. Así, el MTPE, sin brindar a los administrados alguna oportunidad de subsanación, ha considerado incumplido este requisito por no haberse presentado el original de la copia legalizada, sino únicamente la copia simple de tal documento:

“En el presente caso, el Acta de Asamblea General Extraordinaria ha sido presentada **en copia simple**, en cuyo reverso se aprecia una certificación notarial **en copia simple**.

Al respecto, corresponde señalar que el segundo párrafo del literal b) del artículo 73° del TUO de la LRCT, así como el literal b) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, establecen que a la comunicación de huelga deberá adjuntarse copia del acta de asamblea refrendada por Notario Público, o falta de este por Juez de Paz de la localidad. En ese orden de ideas, es preciso destacar que la Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento de la LRCT dispone que la referencia a la refrendación por Notario Público debe entenderse como legalización.

De otro lado, debe indicarse que en el procedimiento de declaratoria de huelga contemplado en el Texto Único de Procedimientos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (procedimiento N° 10), se establece como requisito la presentación de copia del Acta de Asamblea, legalizada por Notario Público o Juez de Paz de la localidad, según sea el caso.

En tal sentido, de lo verificado en autos y estando a lo expuesto, el requisito no ha sido cumplido por el sindicato”.<sup>57</sup>

El MTPE ha empleado un razonamiento similar cuando, en lugar de una copia legalizada por notario, los trabajadores presentaron una copia del acta de asamblea certificada por el fedatario del MTPE:

“En el presente caso, el Acta de Asamblea General Extraordinaria ha sido presentada en copia simple certificada por el fedatario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Al respecto, corresponde señalar que el segundo párrafo del literal b) del artículo 73° del TUO de la LRCT, así como el literal b) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, establecen que a la comunicación de huelga deberá adjuntarse copia del acta de asamblea refrendada por Notario Público, o a falta de este por Juez de Paz de la localidad. En ese orden de ideas, es preciso destacar que la Cuarta Disposición

<sup>56</sup> Las reglas sobre subsanación de documentos presentados a la Administración Pública se encuentran previstas en los artículos 134 y 135 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

<sup>57</sup> Resolución Directoral General 104-2014-MTPE/2/14, de fecha 17 de julio del 2014, considerando 3e. El resaltado es nuestro.

Complementaria del Reglamento de la LRCT dispone que la referencia a la refrendación por Notario Público debe entenderse como legalización.

De otro lado, debe indicarse que en el procedimiento declaratoria de huelga contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (procedimiento N° 10), se establece como requisito la presentación de copia del Acta de Asamblea, legalizada por Notario Público o Juez de Paz de la localidad, según sea el caso.

En tal sentido, de lo verificado en autos y estando a lo expuesto, el requisito no ha sido cumplido por el sindicato”.<sup>58</sup>

En nuestra opinión, en lugar de observar las formas por las formas, el MTPE debiera emplear el principio de informalismo aplicable a los procedimientos administrativos, mucho más si se trata del ejercicio de un derecho fundamental, como es el derecho de huelga. El principio de informalismo se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, conforme a lo siguiente:

**“1.6. Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.

Así las cosas, en virtud al principio de informalismo, el MTPE tenía facultades para requerir la presentación, en original, de la copia legalizada notarialmente, o podía solicitar al administrado que reemplace la copia que fue fedateada por el funcionario del MTPE; brindando para tales efectos los plazos previstos por el TUO de la LPAG para la subsanación de documentos.<sup>59</sup> En este punto, conviene tener presente lo señalado por Morón Urbina en torno al principio de informalismo:

“El efecto esencial del principio es dar la responsabilidad a las autoridades instructoras de morigerar o debilitar el rigorismo de cualquier exigencia adjetiva que no afecten al interés público, para favorecer al administrado en el avance del procedimiento. (...) Asumido el informalismo como un beneficio para el administrado, la excusación de la forma puede reflejarse en diversas actitudes de la autoridad instructora: una definitiva descarga de su cumplimiento (permisión de excusar la forma), la permisión para su cumplimiento posterior, de modo que no le infiera pérdida de derechos (ej. subsanación documental), o en la tutela de la Administración que suple el incumplimiento del administrado (ej. suplencia del error en la calificación del recurso)”.<sup>60</sup>

En conclusión, existiendo alternativas para favorecer el cumplimiento del requisito materia de estudio, el MTPE emplea un criterio restrictivo, consistente en la improcedencia de la

<sup>58</sup> Resolución Directoral General N° 114-2014-MTPE/2/14, de fecha 24 de julio del 2014, considerando IV.c.

<sup>59</sup> Existe un plazo inicial de 2 días hábiles para subsanar los requisitos incumplidos (artículo 134.1 del TUO de la LPAG), en caso sea la unidad de recepción (“mesa de partes” del MTPE) quien efectúe el primer filtro a la documentación de huelga presentada. Sin embargo, aquel filtro no se aplica con regularidad y la documentación es elevada al órgano calificador sin evaluación previa de la unidad de recepción. No obstante ello, el órgano calificador de la huelga mantiene la facultad de solicitar la subsanación de los requisitos incumplidos (en este caso, la copia legalizada del acta de asamblea), en virtud a lo señalado en el artículo 135.2 del TUO de la LPAG. A tal efecto, puede otorgar un plazo máximo de 10 días hábiles para la subsanación correspondiente, en aplicación del artículo 141.4 de la referida norma.

<sup>60</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. Undécima edición, 2015, pp. 77-79

huelga por no presentar la copia legalizada del acta de asamblea, sin oportunidad de subsanación. Estamos nuevamente ante una manifestación de la lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga.

## **2.5 Declaración jurada de la junta directiva de la organización sindical: la lectura del todo o nada.**

El RLRCT, además de los requisitos ya estudiados, exige para la procedencia de las huelgas que los trabajadores presenten ante el órgano calificador una declaración jurada, en la que se afirme la debida configuración de la decisión colectiva a favor de la huelga. Hasta antes del 21 de abril del 2017, se trataba de la “declaración jurada de la junta directiva”; sin embargo, a partir de dicha fecha, se trata de una declaración jurada del Secretario General y otro dirigente de la organización sindical designado en la asamblea para tal efecto, de acuerdo a lo previsto por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR.

Cabe indicar que el requisito en estudio sólo ha sido previsto para la procedencia de las huelgas en el sector privado, mas no resulta exigible en la calificación de las huelgas del sector público.

Ahora bien, más allá de lo ilógico que resulta que el RLRCT exija una declaración jurada sobre la correcta configuración de la decisión colectiva y, a la vez, los documentos que acreditan ello (por ejemplo, el acta de asamblea y el acta de votación), conviene detenernos en el razonamiento empleado por el MTPE para entender por cumplido el presente requisito. A tal efecto, nos enfocaremos en la regulación que estuvo vigente hasta antes del 21 de abril de 2017 (declaración jurada de la junta directiva), pues entendemos que, con la flexibilidad operada por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR (declaración jurada de dos dirigentes), ya no debieran existir, en principio, problemas en torno al cumplimiento de este requisito.

En este contexto, es pertinente señalar que, a criterio del MTPE, cuando el RLRCT exigía la presentación de la “declaración jurada de la junta directiva”, ello significaba que todos los miembros del referido órgano sindical debían suscribir dicho documento:

“(…) En referencia al requisito exigido en el literal e) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, el sindicato alega que la referida norma no exige que todos los miembros de la Junta Directiva deban suscribir la declaración jurada en la que se señale que la decisión de llevar a cabo la huelga se adoptó cumpliéndose con los requisitos señalados en el literal b) del artículo 73 del TUO de la LRCT. Sobre el particular, **al establecerse la exigencia de que la referida declaración jurada sea suscrita por la Junta Directiva del sindicato, debe entenderse que dicho documento debe ser suscrito obligatoriamente por el íntegro de la Junta Directiva, esto es, la totalidad de sus miembros**, siendo que en el caso de autos ello no ha sido observado por la organización sindical. (...)”<sup>61</sup>

En esa línea, por ejemplo, el MTPE consideraba incumplido el referido requisito incluso si la declaración jurada era suscrita por una mayoría calificada de miembros de la junta directiva (por ejemplo 15 de 18 dirigentes):

“Según lo prescrito en el artículo 22° del estatuto del sindicato (...), así como de la Constancia de Inscripción Automática de la Junta Directiva 2014-2016 (...), se aprecia

---

<sup>61</sup> Resolución Directoral General N° 215-2014-MTPE/2/14, de fecha 30 de diciembre del 2014, considerando 4. El resaltado es nuestro.

que la Junta Directiva de dicha organización sindical se encuentra conformada de la siguiente manera: un Secretario General, un Secretario General Adjunto, dos Secretarios de Organización, dos Secretarios de Defensa, dos Secretarios de Actas y Archivos, un Secretario de Economía, dos Secretarios de Control y Disciplina, un Secretario de Prensa y Propaganda, dos Secretarios de Cultura y Deporte, un Secretario de Higiene y Seguridad Minera, un Secretario de Asistencia Social y Comité de Amas de Casa, un Secretario de Medio Ambiente y Proyección Social, un Secretario de Frente Único y Comunidades.

No obstante ello, de la revisión de la declaración jurada que ha sido acompañada a la comunicación de huelga, se advierte que dicha declaración jurada no ha sido suscrita por la totalidad de miembros que integran la Junta Directiva; específicamente, no ha sido suscrita por el secretario de organización (Luis Páucar Espinoza), el secretario de Actas y Archivos (Amador Falcón Melgarejo) y, el secretario de asistencia social y comité de amas de casa (Jesús William Galindo Tarazona). Atendiendo a ello, se tiene que el requisito en cuestión no ha sido cumplido”.<sup>62</sup>

Inclusive, a criterio del MTPE, no bastaba que todos los miembros de la junta directiva de la organización sindical suscribieran la declaración jurada: **era necesario también que se tratara de dirigentes correctamente elegidos conforme a los estatutos de la organización.** Así, el MTPE, en un caso concreto, consideró incumplido el requisito en estudio porque, a pesar de haber firmado la declaración jurada todos los miembros de la junta directiva, se verificó que uno de ellos no había sido correctamente elegido como dirigente sindical:

“Sobre el particular, se observa que el sindicato ha presentado la Declaración Jurada prevista en el literal e) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, la cual cuenta con trece (13) firmas, que pertenecerían a los trece (13) miembros de la Junta Directiva [una de las firmas correspondía a Rocío Tineo Vargas].

(...)

En relación a ello, en el Acta de la Asamblea Nacional Extraordinaria (...) se indica lo siguiente: '[a]cto seguido y ante la observación efectuada por Hugo Visosa Senador para complementar la Junta Directiva Nacional en vista de que la Secretaría de Bienestar y Asistencia Social se encontraba vacante por la renuncia de la titular señora Esmeralda Román Sayas se consultó a la Asamblea incorporar en la presente agenda y elegir a la representante de esta secretaria. (...) La secretaria general propone a la asamblea que ese cargo sea asumido por la señora Rocío Tineo Vargas de la sección Ripley Miraflores. Siendo la única propuesta se puso a votación:

A favor de la elección de Rocío Tineo V.	182 votos
En contra de la propuesta	48 votos
Se abstuvieron	144 votos’.

Al respecto, (...) es pertinente considerar que el artículo 17° del estatuto del sindicato (...) indica que '[l]a Asamblea Nacional Extraordinaria tratará únicamente la agenda para la cual ha sido convocada y no se admitirá la presentación de mociones de orden del día' [en este caso, el reemplazo de un dirigente renunciante no formaba parte de la agenda].

(...)

De acuerdo a lo expuesto, y únicamente a efectos de la evaluación de la procedencia de la comunicación de huelga, no es posible adquirir certeza acerca de la elección de la señorita Rocío Tineo Vargas como nueva Secretaria de Bienestar Social de la Junta Directiva del sindicato, *conforme a los estatutos de éste*. En tal sentido, el requisito en estudio, consistente en la presentación de una Declaración Jurada por la Junta

---

<sup>62</sup> Resolución Directoral General N° 072-2015-MTPE/2/14, de fecha 27 de mayo del 2015, considerando 4d. A efectos de un mejor entendimiento, el considerando 4d es citado con mínimos ajustes de forma, sin alterar la esencia de su contenido.

Directiva del sindicato, en los términos previstos por el TUO de LRCT y su Reglamento, no ha sido observado".<sup>63</sup>

Como se observa, la presentación de la declaración jurada de la junta directiva era calificada de manera estricta por el MTPE. Atendiendo a que se trata de un requisito formal ligado a la debida configuración de la decisión colectiva y que, además, ya se exige simultáneamente la presentación de otros documentos que acreditan lo declarado bajo juramento (como el acta de asamblea y el acta de votación), no consideramos razonable una lectura restrictiva que dificulte el cumplimiento de este requisito, como era exigir que todos los miembros de la junta directiva suscriban la declaración jurada.

Sobre el particular, existían distintas alternativas que bien pudieron ser empleadas por el MTPE para entender cumplido este requisito, tal como sostuvo en su momento la propia Oficina General de Asesoría Jurídica de la referida institución:

"En consecuencia, asumiendo una postura garantista del derecho [de huelga], y respetando la protección de no lesión de la libertad en juego, consideramos que no es necesario que todos los miembros de la Junta Directiva firmen la declaración jurada a la que alude el literal e) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, pues dicha exigencia podría resultar demasiado intervencionista que podría resultar lesiva del derecho de la autonomía sindical, más aún si es que no se percibe que dicha exigencia esté sustentada en la defensa de otro interés público o derecho fundamental.

Estimamos que existe una multiplicidad de opciones que podrían aplicarse para dar por válido dicho requisito. Estos podrían ser, **del menos intervencionista al más intervencionista**: (i) que se apliquen las reglas que el Estatuto pudiera prever para la toma de decisiones de la Junta Directiva, (ii) que, a falta de tales reglas: se considere suficiente la firma del Secretario General; se considere válida la firma de la mayoría simple; se considere una mayoría calificada, o, se exija la firma de todos los miembros".<sup>64</sup>

Igualmente, al momento de evaluar si resultaban suficientes o no las firmas plasmadas en la declaración jurada, el MTPE debió evitar pronunciarse sobre la validez o no de la elección de los miembros de la junta directiva, por más que acote su pronunciamiento a la evaluación del cumplimiento del requisito en estudio. La validez o no de la elección de los representantes de los trabajadores, en principio, es una materia que interesa a los propios trabajadores y corresponde a la organización interna de los sindicatos, por lo que deberían ser los propios afiliados quienes cuestionen la conformación de la junta directiva, y no la autoridad administrativa al momento de la calificación de la huelga. De lo contrario, a través de un cuestionamiento de oficio a la validez de la junta directiva, por parte del órgano calificador, es posible la configuración de actos de injerencia estatales sobre el ejercicio del derecho de huelga. En este punto, resulta pertinente lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación a la prohibición de los actos de injerencia sobre la libertad sindical:

"(...) este Tribunal ha dejado establecido que este derecho [libertad sindical] tiene una doble dimensión: por un lado, una dimensión individual o *intuitu personae*, (...); y, por otro, una dimensión plural o colectiva, en virtud de la cual se protege la autonomía sindical, es decir, el derecho de las organizaciones de trabajadores de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, conforme ha sido establecido por el artículo 3.1 del Convenio N°

<sup>63</sup> Resolución Directoral General N° 082-2015-MTPE/2/14, de fecha 15 de junio del 2015, considerando 3c.

<sup>64</sup> Informe N° 1178-2015-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE, de fecha 04 de setiembre de 2015, p. 9. El resaltado es nuestro.



87 de la OIT. En cuanto a la segunda dimensión, la plural o colectiva, cabe precisar que la libertad sindical presenta tres niveles de protección: a) Frente al Estado, comprendiendo la autonomía sindical y la personalidad jurídica del sindicato, es decir, el derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente a sus representantes y a determinar su organización y plan de acción, sin injerencias externas. (....)".<sup>65</sup>

Finalmente, ahora que en virtud al Decreto Supremo N° 003-2017-TR sólo se exige que sean dos dirigentes los que firmen la declaración jurada sobre la debida configuración de la decisión colectiva, estimamos que se dan por superadas las vicisitudes de los trabajadores en torno a la recolección de las firmas de todos los miembros de la junta directiva. Sin embargo, queda todavía latente el problema de los actos de injerencia sobre el derecho de huelga a través del cuestionamiento, por parte del órgano calificador, a la correcta elección de los dirigentes sindicales.

## **2.6 Garantía de servicios mínimos en caso de servicios esenciales o actividades indispensables del empleador: el problema de la divergencia y su tratamiento en clave de garantía**

Durante la huelga, los trabajadores deben garantizar un servicio mínimo que permita al empleador continuar con sus operaciones. Este servicio mínimo consiste en mantener la prestación de labores en determinados puestos de trabajo, y ello sólo resulta exigible cuando el empleador presta servicios esenciales a la comunidad o posea actividades indispensables.

La obligación de garantizar un servicio mínimo, bajo las condiciones antes detalladas, se aplica a las huelgas del sector privado y del sector público con similar tratamiento normativo. En efecto, el TUO de la LRCT (artículo 83) y el Reglamento General de la LSC (artículo 84) coinciden en el listado de servicios esenciales y establecen una cláusula abierta para cualquier posterior determinación legal de tales servicios.<sup>66</sup> Igualmente, ambas normas señalan una misma definición de las actividades indispensables del empleador que deben mantenerse operativas durante la huelga (artículo 78 del TUO de la LRCT y artículo 83 del Reglamento General de la LSC).

Igualmente, existe una regulación uniforme en torno a la forma de cumplir con la referida obligación: el empleador debe comunicar cada año los servicios mínimos que requiere (es decir, los puestos que deben permanecer ocupados en caso de huelga) y los trabajadores deben brindar la nómina o relación de personal correspondiente (artículo 82 del TUO de la LRCT y artículos 80.g y 85 del Reglamento General de la LSC).

Sin embargo, es posible que los trabajadores u organización sindical no se encuentren de acuerdo con la determinación de los servicios mínimos efectuada por el empleador, principalmente en razón al número de puestos de trabajo que involucra. En estos casos, aquellos tienen la posibilidad de iniciar **un procedimiento administrativo de divergencia** para que la Autoridad Administrativa de Trabajo determine de manera concreta los servicios

---

<sup>65</sup> Sentencia recaída en el expediente 2318-2007-PA/TC, de fecha 28 de enero de 2009, ff.jj. 8 y 9.

<sup>66</sup> Sin perjuicio de ello, el Reglamento de la LSC regula esta materia con mayor detalle que el TUO de la LRCT, dado que presenta una definición previa de los servicios esenciales y contempla, además, la posibilidad de que servicios no esenciales se conviertan en tales bajo determinadas condiciones.

mínimos, tanto para las huelgas del sector privado como las del sector público.<sup>67</sup> El problema de esta forma de solución es que la decisión a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, por mandato legal, debe sustentarse en el análisis previo y vinculante realizado por un órgano independiente (artículo 68 del RLRCT); y lamentablemente no existe regulación en torno a las características, plazos, pago y modo de actuación del referido órgano independiente.

En este contexto, el resultado previsible es la existencia de procedimientos administrativos de divergencia **pendientes de solución** al momento de que los trabajadores u organización sindical comunican la realización de una huelga, ya sea en el sector privado o en el público. Ello implica una situación de indeterminación de los servicios mínimos que aquellos deben garantizar durante una huelga. Ante esta situación, ¿cómo razona el órgano calificador, concretamente el MTPE, para entender por cumplida o incumplida la obligación de garantizar los servicios mínimos en caso de huelga, siendo que tal garantía es un requisito para la procedencia de la medida de fuerza?

Al respecto, observamos en el MTPE una evolución en su razonamiento: desde la lógica del control sobre la huelga hacia una lectura sobre el ejercicio de este derecho en clave de garantía.

En efecto, inicialmente, sobre la base de que la calificación de la huelga y la solución de la divergencia eran procedimientos administrativos diferentes, el MTPE prefería la relación de puestos de trabajo comunicada por el empleador como servicios mínimos y, en tal sentido, determinaba que los trabajadores u organización sindical incumplían su obligación de garantizar aquellos servicios cuando no observaban dicha relación de puestos, a pesar de encontrarse pendiente la resolución del procedimiento administrativo de divergencia:

“Sobre el particular, debe indicarse que el sindicato **no ha presentado nómina de trabajadores** que realicen actividades indispensables durante la realización de la huelga, señalando que la comunicación efectuada por la empresa ha sido objeto de divergencia, la cual no ha sido resuelta por la Autoridad Administrativa de Trabajo.  
(...)

Según se aprecia de la documentación acompañada al escrito de vistos presentado por la empresa, mediante carta recepcionada con fecha 21 de enero del 2014, comunicó al sindicato los puestos de trabajo (...) que se consideran indispensables para la empresa cuya paralización pondría en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impediría la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga. Dicha comunicación ha sido puesta en conocimiento de la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana y de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional del Callao.

**Al respecto, debe indicarse que la divergencia sobre la nómina de trabajadores que deben continuar laborando durante la realización de la huelga constituye un procedimiento distinto al de declaratoria de huelga, por lo cual no importa un supuesto para no dar cumplimiento al requisito previsto en el literal c) del**

---

<sup>67</sup> La competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo para solucionar las divergencias en el sector privado se desprende directamente del artículo 82 del TUO de la LRCT. En el caso de las divergencias en el sector público, la Autoridad Administrativa de Trabajo actúa porque aún no se encuentra instalada la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, en aplicación del artículo 87.c y la décima disposición complementaria transitoria del Reglamento General de la LSC.

**artículo 65° del Reglamento de la LRCT** [referido a la garantía de los servicios mínimos]<sup>68</sup>.

La preferencia administrativa a favor de los servicios mínimos determinados por el empleador creaba una carga adicional a los huelguistas para obtener la declaratoria de procedencia de su medida de fuerza. En efecto, los trabajadores u organización sindical debían justificar por qué no llegaban a cumplir con la totalidad de puestos de trabajo involucrados en la decisión empresarial:

“(…) Sobre el particular, corresponde señalar que esta Dirección General ha tomado conocimiento que la empresa, mediante comunicación recepcionada con fecha 14 de enero del 2014, cumplió con poner en conocimiento del sindicato la relación del personal que debe efectuar labores indispensables durante la realización de una huelga; específicamente, la empresa indica en su comunicación 11 (once) puestos indispensables, detallando el número de trabajadores, horarios y turnos respectivos. Sin embargo, la nómina [de trabajadores] presentada por el sindicato únicamente hace referencia a (04) cuatro puestos indispensables, respecto de los cuales señala contar, dentro de su ámbito, solo con 05 (cinco) trabajadores afiliados. Sin perjuicio del número de trabajadores afiliados que el sindicato pueda proveer para el mantenimiento de las actividades indispensables de la empresa, la referida organización sindical no ha explicitado las razones por las cuales desatiende la provisión de trabajadores afiliados en relación a los 7 restantes puestos indispensables, más aún cuando la decisión de la empresa es materia de un procedimiento de divergencia que aún se encuentra pendiente de resolución”.<sup>69</sup>

Si bien resulta criticable este modo de razonamiento del MTPE, pues otorga sin más carácter vinculante a una decisión unilateral del empleador (servicios mínimos) que afecta directamente el ejercicio de un derecho fundamental (huelga), debe indicarse también que no se trata de un criterio exclusivo de la sede administrativa. El Tribunal Constitucional, por lo menos en una ocasión, se ha pronunciado en sentido similar y también ha otorgado preferencia, en contexto de divergencia, a la lista de puestos confeccionada por el empleador.

En efecto, el máximo intérprete de la Constitución Política, atendiendo a que el procedimiento administrativo de divergencia se encuentra sujeto a silencio administrativo negativo de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MTPE, consideró que no resulta lesivo del derecho de huelga que el empleador solicite retornar a trabajar a determinados huelguistas, cuando la organización sindical no cumplió con garantizar en su totalidad los servicios mínimos determinados por el empleador. Un respaldo adicional a esta forma de pensar consistió en que la comunicación empresarial de aquellos servicios mínimos no sólo debe realizarse a los trabajadores u organización sindical, sino además a la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien la da por aprobada automáticamente en virtud a lo señalado en el TUPA del MTPE:

“(…) podemos concluir que durante el lapso de tiempo en que se materializó la huelga (...) se encontraba pendiente de resolver por parte de la Autoridad [Administrativa] de Trabajo la controversia suscitada por las partes, respecto del número y de la ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales. (...) [Atendiendo a que la comunicación de la empleadora sobre los servicios mínimos superaba a lo propuesto por la organización sindical] la empleadora procedió a

<sup>68</sup> Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de julio del 2014, considerando 3f. El resaltado es nuestro.

<sup>69</sup> Resolución Directoral General N° 130-2014-MTPE/2/14, de fecha 09 de setiembre del 2014, considerando III.f.

designar de manera unilateral al número restante de trabajadores que debían cumplir los referidos servicios, procediendo a remitir sendas cartas notariales instando a los trabajadores designados a concurrir a laborar. (...). Este Tribunal, teniendo en cuenta las características de los procedimientos establecidos en el TUPA del Ministerio de Trabajo [específicamente, la comunicación empresarial del número y ocupación de los trabajadores, sujeta a aprobación automática; y la divergencia, sujeta a silencio negativo] (...) considera que con la remisión de las aludidas cartas notariales no se ha vulnerado el derecho de huelga (...) toda vez que es facultad de la empresa ejercer su poder sancionador allí cuando a su criterio se haya infringido las normas legales o reglamentarias, lo cual no quiere decir que las sanciones puedan o no resultar arbitrarias o desproporcionadas (...) será el juez de la vía laboral ordinaria quien efectúe dicha evaluación (...).<sup>70</sup>

Nuevamente, en un contexto de divergencia, no parece adecuado establecer como regla la preferencia por los servicios mínimos confeccionados por el empleador, pues ello podría, indebidamente, restar impacto al ejercicio del derecho de huelga en caso no sea razonable el número de puestos de trabajo considerados por aquel. En tal sentido, coincidimos con la doctrina cuando sostiene lo siguiente:

“En este caso [servicios mínimos], se trata de una limitación [al derecho de huelga] que debe aplicarse en un sentido restrictivo, dado que, permitir que trabajen más trabajadores de los estrictamente necesarios o aplicar la lista del empleador, cuando se haya planteado una divergencia, entre otros supuestos, construye un espacio claramente asimétrico [en perjuicio de los trabajadores], por tanto, injusto”.<sup>71</sup>

El MTPE no ha sido ajeno al problema que genera la regla de preferencia antes señalada y, por ello, ha modificado su criterio en torno a la obligación de garantizar los servicios mínimos en caso de huelga. De esta manera, observamos en varios pronunciamientos una lectura en clave de garantía sobre este requisito de procedencia. Así, en lugar de aplicar en las huelgas sometidas a su calificación los servicios mínimos determinados por el empleador, ahora el MTPE evalúa en cada caso concreto el grado de exigibilidad de aquellos servicios mínimos, atendiendo a determinados criterios objetivos:

“(…) En el presente caso, de los fundamentos de los actos administrativos de las instancias de mérito, se desprende que se declara la improcedencia de la huelga comunicada por el sindicato, en atención a que éste no habría cumplido con presentar la nómina de trabajadores exigidos en el literal c) del artículo 65° del Reglamento del TUO de la LRCT [para garantizar los servicios mínimos], siendo que el procedimiento de divergencia iniciado por el sindicato aún no ha sido resuelto.

Al respecto, debe precisarse que si bien es cierto que el TUPA del MTPE califica al procedimiento de comunicación del empleador de puestos esenciales y/o indispensables como de aprobación automática, ello no obsta para que, en el presente procedimiento (declaratoria de huelga) las instancias de mérito evalúen el **grado de exigibilidad** del requisito de presentación de la nómina de puestos esenciales y/o indispensables (previsto en el literal c) del artículo 65° del Reglamento del TUO de la LRCT), en atención a los hechos informados por el sindicato.

---

<sup>70</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 02211-2009-PA/TC, citada, ff.jj. 21- 24. Cabe resaltar que, actualmente, el procedimiento administrativo de divergencia se sigue considerando como un procedimiento de evaluación previa sujeto a silencio negativo (procedimiento N° 12 del TUPA del MTPE); mientras que la lista de puestos a mantenerse ocupados en caso de huelga, comunicada por el empleador a la Autoridad Administrativa de Trabajo, continúa aprobándose automáticamente (procedimiento N° 11 del TUPA del MTPE).

<sup>71</sup> Miranda Hurtado, Guillermo. La huelga y sus límites. En: Revista Diálogo y concertación laboral. Año 2016, N° 2, p. 60.

En efecto, en el presente caso se advierte que no se ha evaluado los argumentos esgrimidos por el sindicato cuando señala, por ejemplo, que la empresa ha considerado que el número de puestos para cubrir los servicios indispensables es el mismo (o similar) al número de trabajadores afiliados al sindicato (fojas 56 a 63 del expediente), situación que podría conllevar una afectación del derecho a la huelga. En adición a ello, las instancias de mérito tampoco han tomado en cuenta otros elementos que pudieran ser evaluados en el presente caso, tales como el resultado de un procedimiento de divergencia anterior entre las mismas partes, la conducta de las partes a efectos de determinar la existencia de mala fe por parte de alguna de ellas, entre otros.

(...)

Por consiguiente, conforme a lo expuesto, se advierte que al no evaluar las instancias de mérito los argumentos señalados por el sindicato y los otros elementos que pudieran determinarse de un análisis riguroso de los hechos, resulta que dichos actos administrativos carecen de suficiente motivación, siendo ésta uno de los requisitos de validez del acto administrativo. (...).<sup>72</sup>

Como se aprecia, el MTPE evalúa ahora **en qué medida** los trabajadores se encuentran obligados a garantizar los servicios mínimos determinados por el empleador, cuando existe un procedimiento administrativo de divergencia pendiente de resolución. Los criterios que tornan en exigible o no, y en qué grado, la lista de puestos confeccionada por el empleador son variados y continúan en evolución. A los criterios ya mencionados, como la cercanía numérica entre el número de puestos señalado por el empleador y la totalidad de afiliados a la organización sindical, la mala fe de alguna de las partes y el resultado de un procedimiento de divergencia anterior, se suman otros como la eficacia general o limitada de la huelga y la posibilidad de cobertura de los servicios mínimos mediante trabajadores no afiliados:

“(...) Como se aprecia, en el presente caso existe una divergencia pendiente de resolver sobre la identificación de los puestos de trabajo para cubrir los servicios indispensables de la empresa. Sin embargo, esta situación no obsta para que en el procedimiento de declaratoria de huelga se pueda evaluar el grado de exigibilidad del requisito previsto en el literal c) del artículo 65° del Reglamento del TUO de la LRCT [garantía de servicios mínimos], a cuyo efecto podrían tomarse en cuenta, entre los elementos, el resultado de un procedimiento de divergencia anterior entre las mismas partes, en qué medida los puestos indispensables pueden ser cubiertos por trabajadores no afiliados al sindicato, la condición mayoritaria o no de la organización sindical que promueve la huelga, etc. (...).<sup>73</sup>

La aplicación de estos criterios, particularmente el referido al resultado de un procedimiento de divergencia anterior, ha llevado a considerar exigible la obligación de garantizar los servicios mínimos para posteriores huelgas, pero no en el número total de puestos que el empleador pueda reclamar cada nuevo año, sino de acuerdo a lo resuelto en aquel procedimiento de divergencia anterior:

“(...) Si bien el sindicato acompaña a la comunicación de huelga [a realizarse en diciembre de 2016] una nómina de personal indispensable ascendente a veinticuatro (24) trabajadores, la cual es ampliada a setenta y ocho (78) trabajadores (...), se advierte de la documentación obrante en el expediente que las partes en oportunidad anterior [procedimiento de divergencia del año 2013] establecieron de común acuerdo el número de trabajadores que deben continuar laborando en caso de huelga. Así pues, se tiene que mediante Acta de Acuerdo Conciliatorio de fecha 26 de junio del 2014, recaída en el Expediente N° 001-2013-GR-CUSCO/DRTPE-DPSCL-SDNCRG-DI, el

<sup>72</sup> Resolución Directoral General N° 213-2015-MTPE/2/14, de fecha 29 de diciembre del 2015, considerando III. El resaltado es nuestro.

<sup>73</sup> Resolución Directoral General N° 53-2016-MTPE/2/14, de fecha 07 de abril del 2016, considerando III.f.

sindicato y la empresa, en el marco del procedimiento de divergencia seguido entre ambas partes, acordaron que el personal indispensable que debía seguir laborando en caso de huelga [durante el año 2014] ascendía a ciento tres (103) trabajadores precisando los puestos que debían ser cubiertos. No obstante ello, el sindicato presenta [para la huelga de diciembre de 2016] una nómina de puestos indispensables menor a la acordada en la negociación previa sin explicitar las razones o justificaciones que conllevan a ello. En tal sentido, atendiendo a ello, se tiene que el requisito no ha sido cumplido”.<sup>74</sup>

Igualmente, cabe resaltar que el MTPE presta especial atención a la conducta de las partes durante el trámite del procedimiento de divergencia y del procedimiento de huelga. Así, en lugar de considerarlos como procedimientos independientes, como antes los entendía, ahora el MTPE los aprecia como procedimientos vinculados entre sí, de forma que no admite conductas contradictorias de las partes en ambos procedimientos. Esto significa, por ejemplo, que si los trabajadores u organización sindical ofrecen en el procedimiento de divergencia una determinada cantidad de trabajadores para la prestación de servicios mínimos en una eventual huelga, por lo menos dicha cantidad debiera ofrecerse también cuando se solicita al órgano calificador la procedencia de la huelga a realizarse. De lo contrario, ante un ofrecimiento menor en la comunicación de huelga, se entenderá que los trabajadores u organización sindical no han cumplido con garantizar los servicios mínimos, el cual es un requisito de procedencia para la huelga.

“(…) En el presente caso, el sindicato no ha presentado la nómina correspondiente [para garantizar los servicios mínimos durante la huelga], alegando que ‘ha realizado observaciones a la empresa con fecha 22 de febrero de 2016 y ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el día 29 de febrero del 2016, lo que motivó que se abriera expediente de divergencia que se encuentra pendiente de resolverse, por lo cual no podemos adjuntar la nómina de puestos indispensables’. No obstante, de la documentación obrante en el expediente N° 114-2016-MTPE/2/14. PD [expediente referido al procedimiento de divergencia], se observa que dicha organización sindical consideró un total de diecisiete (17) puestos necesarios para garantizar la continuación de los servicios indispensables y/o esenciales durante la huelga. En tal sentido, [atendiendo a que el sindicato ofrece determinados servicios mínimos en el procedimiento de divergencia y no en su comunicación de huelga] se concluye que el requisito en cuestión [garantizar servicios mínimos durante la huelga] no ha sido observado”.<sup>75</sup>

Finalmente, el MTPE ha llegado a sostener en la actualidad el carácter referencial de los servicios mínimos determinados por el empleador, cuando se encuentre pendiente de resolución el respectivo procedimiento de divergencia y, además, los servicios mínimos ofrecidos por la organización sindical resulten razonables en atención a su correspondencia con la finalidad que se persigue con este límite al derecho de huelga:

“Conforme al artículo 78° del TUO de la LRCT, las actividades indispensables de la empresa se definen en función a las finalidades que persiguen, como son la tutela de las personas, el cuidado de los bienes del empleador y la posibilidad del reinicio inmediato de las actividades concluida la huelga.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que existe una controversia en relación a la determinación de las actividades indispensables. En efecto, se desprende del expediente N° 125.2017-MTPE/2/14. P.D., tramitado ante esta Dirección General, que

---

<sup>74</sup> Resolución Directoral General N° 158-2016-MTPE/2/14, de fecha 30 de noviembre del 2016, considerando 2f.

<sup>75</sup> Resolución Directoral General N° 88-2016-MTPE/2/14, de fecha 13 de junio del 2016, considerando 2f.

se encuentra pendiente de resolver un procedimiento de divergencia iniciado por el sindicato.

(...)

Al respecto, en el expediente N° 125-2017-MTPE/2.14. P.D. se advierte que la empresa solicita la dotación de cincuenta (50) trabajadores en total para la cobertura de las actividades indispensables, repartidos según sus funciones en cuatro centros de trabajo y en tres turnos. Por su parte, el sindicato ha presentado una nómina integrada por trece (13) trabajadores, repartidos en los mismos centros de trabajo indicados por la empresa y por el turno de mañana (8 horas). **Sobre el particular, si bien los números de trabajadores y turnos difieren, se observa tanto en la divergencia planteada por el sindicato como en su comunicación de huelga, que dicha organización sindical ha ofrecido trabajadores para la continuación de labores en puestos de trabajo que se ajustan a la finalidad que persiguen las actividades indispensables.** Así, los referidos trabajadores se dedicarían 'al control del mantenimiento de maquinarias', a la 'supervisión de almacén' y al 'control de calidad' (de los bienes elaborados), funciones que guardan relación con la necesidad de garantizar el reinicio de actividades concluida la huelga, el cuidado de los bienes y la tutela de las personas, respectivamente.

En este contexto, ante una falta de definición sobre los concretos puestos de trabajo que deberían mantenerse en el contexto de una huelga, puede afirmarse de manera razonable que la nómina presentada por el sindicato cumple con el requisito materia de análisis [garantizar servicios mínimos durante la huelga], **en atención a su correspondencia con la finalidad perseguida por las actividades indispensables**".<sup>76</sup>

En conclusión, asistimos a una mejora por parte del MTPE en lo concerniente al tratamiento del presente requisito de procedencia. Los servicios mínimos establecidos por el empleador ya no son vinculantes cuando los trabajadores u organización sindical los cuestionan a través del procedimiento de divergencia, debiéndose analizar en cada caso el grado de exigibilidad de la relación de puestos confeccionada por el empleador si es que la divergencia no es resuelta al tiempo de la comunicación de la huelga. De esta manera, se reduce el riesgo de que mediante una decisión unilateral del empleador se reduzca indebidamente el impacto de una huelga realizada conforme a ley. Por lo tanto, estamos ante una lectura administrativa en clave de garantía a favor del ejercicio del derecho de huelga.

## **2.7 El no sometimiento de la negociación colectiva a arbitraje: el problema del arbitraje potestativo**

Si se trata de una huelga derivada del fracaso de una negociación colectiva en el sector público o privado, es indispensable no someter el conflicto a arbitraje; de lo contrario, se configura una causal de improcedencia de la huelga.

Esta limitación sobre el ejercicio del derecho de huelga resulta lógica pues la opción de los trabajadores u organización sindical por el arbitraje implica la decisión de solucionar el conflicto a través de un tercero, esto es, sin acudir a medidas de presión sobre el empleador.

Si bien parece sencillo calificar el cumplimiento de este requisito de procedencia, bastando verificar que no exista un arbitraje en curso, el problema se presenta en el arbitraje potestativo. En efecto, a diferencia del arbitraje voluntario, en el potestativo la decisión de

---

<sup>76</sup> Resolución Directoral General N° 60-2017-MTPE/2/14, de fecha 04 de mayo del 2017, considerando 2f. El resaltado es nuestro.

una de las partes vincula a la otra, por lo que el sometimiento del conflicto a arbitraje se consuma por una decisión unilateral.<sup>77</sup>

Ahora bien, ¿qué pasa cuando la decisión unilateral a favor del arbitraje no proviene de los trabajadores u organización sindical, sino del empleador? De manera objetiva, estaríamos ante un sometimiento del conflicto a arbitraje y, por tanto, cualquier huelga que se decida realizar con posterioridad sería improcedente por dicho motivo. Así, nos encontramos nuevamente ante el riesgo de que mediante una decisión empresarial se anule el legítimo ejercicio del derecho de huelga.

Al respecto, cabe resaltar que el MTPE ha interpretado que el incumplimiento del requisito en estudio sólo ocurre cuando son los trabajadores o la organización sindical quienes decidan iniciar el arbitraje potestativo o, en todo caso, cuando estos realizan acciones acordes con la decisión empresarial de iniciar el arbitraje potestativo (como podría ser, por ejemplo, la designación de su árbitro de parte):

“En el presente caso, de la comunicación de la huelga cursada por el sindicato, obrante en autos a fojas 01 a 69, se observa que el pliego de reclamos correspondiente al período 2015-2016 habría sido sometido a arbitraje [por el empleador].

(...)

Ahora bien, de la documentación antes referida se desprende que el sindicato ha rechazado la invocación de dicho arbitraje potestativo, (...). Precisamente, se debe tener en cuenta que en el último párrafo del artículo 61-A° del Reglamento de la LRCT se señala que '[e]n ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga'.

Asimismo, la Oficina General de Asesoría Jurídica de este Ministerio ha indicado en su Informe N° 1773-2015-MTPE/4/8 que '[s]iendo que la huelga es un derecho de los trabajadores, se entiende que la restricción regulada [en el literal d) del artículo 73° del TUO de la LRCT] se presentará cuando a voluntad de la organización de trabajadores se haya optado inicialmente por el arbitraje' y que '[e]n ese sentido, la decisión de optar por el ejercicio de huelga queda a la expectativa de los trabajadores, no pudiendo aceptarse la lectura restrictiva del derecho en base a la cual se entienda que la decisión del empleador de optar, inicialmente, por el arbitraje potestativo niega el ejercicio posterior del Derecho de Huelga, puesto que lo vaciaría del contenido'.

Por todo lo anteriormente señalado, y teniendo en cuenta que, a la fecha, no se tiene conocimiento de que el sindicato haya designado a su árbitro, se concluye que no se ha configurado la causal prevista en el literal d) del artículo 73° del TUO de la LRCT [improcedencia de la huelga por someter la negociación colectiva a arbitraje]<sup>78</sup>.

Sin duda, estamos ante una interpretación a favor del ejercicio del derecho de huelga, por parte del MTPE, la cual además guarda coherencia con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Sobre el particular, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha opinado que el arbitraje a solicitud de una de las partes no puede conducir en los hechos a una prohibición del ejercicio del derecho de huelga:

---

<sup>77</sup> Cabe resaltar que el arbitraje potestativo se activa de manera distinta, dependiendo si se trata de una negociación colectiva del sector privado o público. En el sector privado, se requiere haber transcurrido 3 meses desde el inicio de la negociación y haberse convocado 6 reuniones de trato directo o conciliación. Cumplidas estas condiciones, sólo se puede acudir al arbitraje potestativo en dos supuestos: encontrarse en una primera negociación o existir mala fe (artículo 61-A del RLRCT).

En el sector público, basta la falta de acuerdo en la etapa de conciliación para que proceda el arbitraje potestativo (artículo 74 del Reglamento General de la LSC).

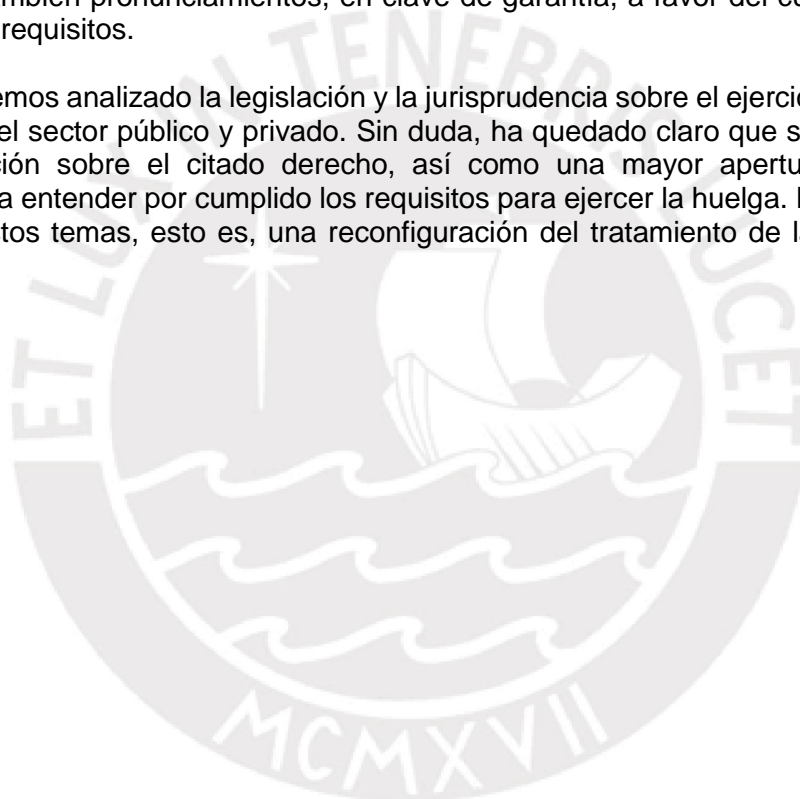
<sup>78</sup> Resolución Directoral General N° 70-2016-MTPE/2/14, de fecha 05 de mayo del 2016, considerando III.g



“En la práctica, pueden observarse prohibiciones del derecho de huelga menos generales, pero también muy graves, como consecuencia del efecto acumulativo de las disposiciones relacionadas con la solución de conflictos colectivos del trabajo, según las cuales es obligatorio, en caso de que una de las partes así lo solicite o por iniciativa de las autoridades públicas, someter los conflictos a un procedimiento de arbitraje que conduzca a una sentencia definitiva que tenga fuerza vinculante para las partes interesadas. Tales sistemas permiten prohibir en la práctica todas las huelgas o suspenderlas con toda rapidez; ahora bien, semejante prohibición limita considerablemente los medios de que disponen los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros, así como su derecho de organizar sus actividades y de formular su programa de acción, por lo que no es compatible con el artículo 3 del Convenio núm. 87”.<sup>79</sup>

Como se habrá podido apreciar a lo largo de este capítulo, existen elementos que nos permiten entender que la lógica del control ha trascendido las disposiciones normativas y se ha manifestado en las decisiones del órgano calificador de las huelgas, sin perjuicio de que existan también pronunciamientos, en clave de garantía, a favor del cumplimiento de determinados requisitos.

Hasta aquí, hemos analizado la legislación y la jurisprudencia sobre el ejercicio del derecho de huelga en el sector público y privado. Sin duda, ha quedado claro que se requiere una mejor regulación sobre el citado derecho, así como una mayor apertura del órgano calificador para entender por cumplido los requisitos para ejercer la huelga. El capítulo final trata sobre estos temas, esto es, una reconfiguración del tratamiento de la huelga en el Perú.



---

<sup>79</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994, párrafo 153. En: [http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-4B\).pdf](http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-4B).pdf). Consulta: 05 de diciembre de 2017.

### CAPÍTULO III RECONFIGURACIÓN DE LA LÓGICA DEL CONTROL: UNA PROPUESTA PARA EL LEGISLADOR

La lógica del control aplicada sobre el derecho de huelga es un hecho innegable. Los dos capítulos anteriores, referidos a la legislación y la jurisprudencia administrativa sobre el derecho de huelga, lo reflejan así.

Más allá de que existen razones constitucionales que obligan a garantizar el ejercicio del derecho de huelga (artículo 28 de la Constitución), no existen motivos prácticos que impulsen al legislador a modificar la regulación vigente sobre este derecho. En este punto, conviene ser realistas: para el legislador de turno, el derecho de huelga siempre será un *derecho incómodo de regular*, por lo que, a menos que haya una presión política de los actores sociales, el derecho de huelga seguirá teniendo los contornos legales que todos ya conocemos.<sup>80</sup>

Por ello, conviene advertir al lector que este capítulo no trata sobre como *debiera ser* la regulación legal del derecho de huelga. Personalmente, me muestro contrario a la ilegalidad de las huelgas atípicas y pacíficas; no estoy de acuerdo con que se considere como esenciales a determinados servicios públicos (el transporte, por ejemplo); y pienso que, al tratarse de un derecho de libertad, lo óptimo sería una calificación ex post, y no previa, del ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, en un escenario político marcado por la exacerbación de las contradicciones y la priorización de los intereses particulares, la concretización de estas ideas en una norma me parece irrealizable.

En este contexto, mi objetivo es proponerle al legislador de turno un mejor modelo de control sobre el ejercicio del derecho de huelga. ¿Mejor, para quién? Es mejor para los empleadores (incluido el Estado), porque este modelo de control desarrolla una sanción eficaz frente a huelgas ilegales; es mejor para los trabajadores porque la propuesta prevé requisitos razonables para ejercer el derecho de huelga, calificados por un órgano independiente; y es mejor para el propio legislador porque la propuesta trata de sumar la menor cantidad de resistencias posibles por parte de empleadores y trabajadores, lo cual se traduce, desde luego, en una mejor posición de cara a alguna postulación o reelección.<sup>81</sup>

Así, luego de esta necesaria introducción, empezamos a formular este mejor modelo de control, el cual se traducirá en 4 proyectos normativos anexados al final de la presente investigación. Expresamos la firme esperanza de que el legislador pueda acoger todo o parte de nuestra propuesta. Ello dependerá de la forma como asume sus responsabilidades políticas de cara a los derechos fundamentales laborales.

#### **1. ¡Cuidado legislador! Las recientes medidas de simplificación administrativa favorecen una mayor duración de las huelgas**

---

<sup>80</sup> En adelante, entenderemos por “legislador”, indistintamente, a los Congresistas de la República, al Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y al Presidente del Consejo de Ministros. Sin perjuicio de la participación del Presidente de la República, consideramos que la función legislativa en materia laboral se personifica, en esencia, en aquellos tres actores.

<sup>81</sup> Inclusive, si aún no fuera por la obtención de réditos políticos, el legislador tiene la obligación de optimizar el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que el mejor modelo de control que propugnamos merecería, por lo menos, un análisis serio por parte de aquel.

En el capítulo I, pusimos en evidencia el defecto de la lógica del control sobre las huelgas, consistente en que sólo existe la obligación de retornar al centro de trabajo cuando la huelga es declarada **ilegal** y de manera **firme**. Consecuencia de esta obligación de retorno es que su incumplimiento configura inasistencias injustificadas pasibles de despido<sup>82</sup>. En tal sentido, es insuficiente para impedir o finalizar una huelga la declaración de **improcedencia** sobre la misma, no obstante que las huelgas improcedentes también son contrarias al ordenamiento jurídico.

Pues bien, la calificación de ilegalidad es firme si es que contra ella no se interpone recurso administrativo alguno en los plazos legales, o si es que ya se agotaron estos en sede administrativa. A los trabajadores u organización sindical que ejercen el derecho de huelga les conviene dilatar la configuración de la ilegalidad firme, por lo que la regla en estos casos son las impugnaciones administrativas sobre la calificación de la huelga. Entonces, desde la lógica de control sobre el derecho de huelga, el legislador debe tener presente que la clave para motivar un pronto retorno al centro de labores consiste en prever plazos administrativos cortos para impugnar la ilegalidad de la respectiva medida de fuerza.

En este punto, repárese que, por lo general, la calificación de ilegalidad de una huelga quedará firme con el pronunciamiento del MTPE, quien se constituye en instancia de revisión en la calificación de las huelgas de ámbito local o regional, así como en instancia única en la calificación de las huelgas de ámbito nacional.<sup>83</sup> En otras palabras, la ilegalidad firme se configurará en los hechos luego de que el MTPE se pronuncie sobre el recurso de revisión o sobre el recurso de reconsideración presentados por los huelguistas contra la calificación de ilegalidad de su medida de presión.

Ahora bien, **¿y acaso son cortos, actualmente, los plazos para interponer un recurso de revisión y un recurso de reconsideración contra una calificación de ilegalidad de huelga?** A raíz de la modificación operada en diciembre de 2016 a la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG), dichos plazos de impugnación son actualmente de 15 días hábiles, y ya no de 3 días hábiles.

En efecto, en el marco del proceso de simplificación administrativa, se dictó el Decreto Legislativo N° 1272 que modifica, entre otros aspectos, el artículo II del Título Preliminar de la LPAG. Por dicha modificación, la LPAG deja de asumir un rol supletorio y se convierte en una norma de derechos mínimos a favor de los administrados, de forma que ningún procedimiento especial, regulado por otra norma, puede contener condiciones menos favorables. Detallamos la modificación en el siguiente cuadro:

**Cuadro 26**  
**Modificación del artículo II del Título Preliminar**  
**LPAG**

Antes	Ahora
-------	-------

<sup>82</sup> Desde luego, para que se constituya la obligación de retorno de los huelguistas, hará falta, además, que el empleador (privado o público) requiera el reingreso de los trabajadores mediante cartelón.

<sup>83</sup> Conforme al Decreto Supremo N° 017-2012-TR, corresponde a las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo la calificación de las huelgas de ámbito local o regional (artículo 2.g), siendo posible impugnar esta calificación mediante recurso de revisión ante el MTPE (artículo 4). En caso se trate de una huelga de ámbito nacional, el referido ministerio se configura como instancia única (artículo 3), siendo posible impugnar la calificación que realice sobre la huelga a través del recurso de reconsideración, en aplicación de las normas generales del procedimiento administrativo (artículo 217 del TUO de la LPAG).

<p>“Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen <b>supletoriamente</b> por la presente Ley [27444] en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto”.</p>	<p>“La presente Ley [27444] contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, <b>incluyendo los procedimientos especiales / Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley</b>”.</p>
--	---

Como se aprecia, a partir de la modificación operada por el Decreto Legislativo N° 1272, la LPAG se configura como una norma mínima de aplicación directa inclusive en los procedimientos especiales, y ya no como una norma supletoria. ¿Cómo afecta ello al procedimiento de calificación de la ilegalidad de huelga?

Pues bien, antes del Decreto Legislativo N° 1272 resultaba pacífico asumir que el plazo para que los huelguistas interpongan un recurso de revisión o un recurso de reconsideración contra la declaración de ilegalidad de la huelga era de tan solo 3 días hábiles. Sobre el plazo para presentar el recurso de revisión, el Decreto Supremo N° 017-2012-TR, normal especial en lo que concierne al procedimiento de huelga, determinaba lo siguiente:

**“Artículo 5.- De los plazos y demás normas procedimentales aplicables al recurso de revisión**

La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se sujeta a las reglas de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en la tramitación del recurso de revisión detallado en el artículo 4, con excepción de los supuestos sobre declaratoria de improcedencia o ilegalidad de la huelga de alcance regional, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (03) días hábiles de expedida la resolución que declara la improcedencia o ilegalidad de la huelga, debiendo la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolver dentro de tres (03) días hábiles siguientes a la interposición del recurso. (...).”

Asimismo, y si bien no existe una norma expresa que regule el plazo para interponer un recurso de reconsideración frente a la calificación de ilegalidad de la huelga, el MTPE aplicaba el plazo de 3 días, que prevé el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral para formular recurso de apelación. Esta disposición señala que “de no interponerse recurso de apelación de la resolución de primera instancia [que declaró ilegal la huelga], en el término del tercer día contado a partir del día siguiente de su notificación, aquella queda consentida”. La aplicación del plazo de 3 días para interponer recurso de reconsideración puede apreciarse en la siguiente resolución del MTPE:

“Conforme se señala en la documentación remitida por la empresa y el Informe de Actuaciones Inspectivas, emitido este último en virtud de la Orden de Inspección N° 003-2016-SUNAFIL/IRE-LOR, (...) pese a la declaración de improcedencia de la medida de huelga, trabajadores afiliados al sindicato llevaron a cabo la paralización de labores durante los días 29 y 30 de diciembre de 2015 (...), lo cual conlleva que la medida de huelga sea declarada ilegal de conformidad con lo previsto en el literal a) del artículo 84° del TUO de la LRCT. (...) Estando a las consideraciones expuestas:

Se resuelve: Artículo primero: Declarar ilegal la huelga realizada por los trabajadores de la empresa (...). Artículo tercero: Hacer de conocimiento de la parte trabajadora que, en caso considere conveniente a sus derechos, la presente Resolución Directoral General es impugnada mediante recurso de reconsideración, ante esta Dirección

General de Trabajo [del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo], **dentro del plazo de tres (03) días hábiles**, contados a partir del día hábil siguiente de notificada la presente resolución”.<sup>84</sup>

En puridad, la aplicación del plazo de 3 días para la presentación del recurso de reconsideración significa una aplicación analógica del artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, lo cual carece de respaldo jurídico. En efecto, ya sea como norma supletoria o como norma mínima de aplicación directa, debía emplearse el plazo general de 15 días hábiles previsto por el ahora TUO de la LPAG (artículo 216).

Siendo esto así, ya sea porque había una norma especial o porque se trataba de una práctica administrativa (extramuros de lo jurídico), el plazo para presentar el recurso de revisión o el recurso de reconsideración contra la declaración de ilegalidad de la huelga era no mayor de 3 días hábiles. De esta manera, la configuración de una calificación de ilegalidad firme podía obtenerse en un tiempo razonable, considerando además la celeridad con que el MTPE resuelve tales recursos.

Sin embargo, con la puesta en vigor del Decreto Legislativo 1272, es evidente que ninguna norma especial puede establecer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la LPAG; y, precisamente, una de esas condiciones es el plazo para la presentación de los recursos administrativos. Sobre el particular, conviene tener presente lo señalado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) sobre la condición de norma mínima que ostenta ahora la LPAG:

“Al respecto, cabe apuntar que este numeral [numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG] no solo reconoce la existencia de procedimientos especiales (...), sino que, además, no impide que estos procedimientos puedan contener ‘reglas’ o ‘normas’ distintas a las contenidas en la LPAG. Lo único que señala es que algunos artículos de la LPAG contienen disposiciones mínimas para la actuación del administrado dentro de un procedimiento [como los plazos para impugnar], por tanto, las normas que regulan los procedimientos especiales no pueden disponer ‘condiciones menos favorables’ sobre la actuación del administrado que las establecidas en la LPAG. (...) **En esa línea, en aplicación del artículo II de la LPAG, por ejemplo, ningún cuerpo normativo que regule un procedimiento especial puede establecer un plazo menor de quince (15) [días] previsto en la LPAG, para formular algún recurso administrativo.** Caso contrario, dicho procedimiento especial estaría estableciendo una condición menos favorable al administrado, toda vez que éste tendría menos días para sustentar su apelación, vulnerando la finalidad unificadora de la LPAG”.<sup>85</sup>

De esta forma, es curioso observar cómo determinadas medidas de Derecho Administrativo implementadas por el legislador terminan por agravar el defecto de la lógica del control sobre el derecho de huelga. El ordenamiento jurídico peruano, sin voluntad consciente, en mi opinión, promueve ahora una mayor duración de las huelgas. Mientras más se dilata la configuración de la ilegalidad firme, como sucede ampliando los plazos de impugnación administrativa de 3 a 15 días hábiles, mayor tiempo de huelga tendrán los trabajadores sin amenaza de despido.

<sup>84</sup> Resolución Directoral General N° 021-2016-MTPE/2/14, de fecha 18 de enero de 2016, considerando 3 y parte resolutive. El resaltado es nuestro.

<sup>85</sup> Consulta jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del MINJUSDH, de fecha 23 de febrero de 2017, pp. 4-6. El resaltado es nuestro.

## 2. Nuestra propuesta: una sola forma de calificación del ejercicio irregular del derecho de huelga y la prohibición de su realización a partir de aquella calificación

El ordenamiento jurídico peruano maneja actualmente un sistema de doble calificación del ejercicio irregular del derecho de huelga: la improcedencia y la ilegalidad, las cuales ya han sido explicadas en el capítulo I. En puridad, tanto una huelga improcedente como una huelga ilegal son contrarias a la ley y, en tanto acciones antijurídicas, no debieran ser permitidas.

Si una huelga contraria a la ley no debe ser tolerada por el ordenamiento jurídico, carece de sentido ligar la obligación de retorno de los huelguistas únicamente a la declaración de ilegalidad de la huelga. ¿Debería entonces el legislador activar esta obligación de retorno con la declaración de improcedencia de la huelga? ¿Y si ello fuera así, qué razón tendría entonces mantener la figura de la ilegalidad de la huelga? En este punto, ya el lector se habrá podido dar cuenta de que resulta problemático predicar una doble calificación de la huelga contraria al ordenamiento jurídico, mucho más si cada calificación debiera tener sus propios efectos jurídicos.

Por ello, nosotros proponemos una sola forma de calificación del ejercicio irregular del derecho de huelga: la calificación de ilegalidad o, lo que es lo mismo, de antijuridicidad. Al respecto, existe legislación comparada, como la de Colombia y Uruguay, que aplican este sistema de calificación única. Así, el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia señala lo siguiente:

### “Artículo 450. Casos de ilegalidad y sanciones.

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:
    - a) Cuando se trate de un servicio público;
    - b) Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos;
    - c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo;
    - d) Cuando no haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley;
    - e) Cuando se efectúe antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga;
    - f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo, y
    - g) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.
- (...)”.<sup>86</sup>

Igualmente, en Uruguay, Ley N° 13720 del año 1968 califica como ilícita (no existe otro tipo de calificación) a las huelgas que contravienen los artículos 3 y 4 de la referida ley:

“Artículo 3.- Son cometidos principales de la Comisión [se refería a la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos; y actualmente, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social]: (...) f) Actuar como órgano de conciliación respecto de situaciones conflictuales

---

<sup>86</sup> Ministerio de Justicia de Colombia. Sistema Único de Información Normativa. Norma citada disponible en: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1604809> (consulta: 12 de febrero de 2018).

Como se aprecia, la legislación colombiana no maneja una calificación dual, sino que asume que la huelga puede ser calificada como legal o ilegal. Entre los motivos se encuentran algunos requisitos que, según la legislación peruana, podrían calificarse como de *procedencia*, tales como la ausencia de la declaración de huelga en una asamblea general de trabajadores *en los términos previstos por ley* o la realización (inicio) de la huelga antes de los 2 días o después de los 10 días hábiles a la declaratoria de huelga.

colectivas de carácter laboral que le sean planteadas. **Ninguna medida de huelga o 'lock out' será considerada lícita si el problema que la origina y la decisión de recurrir a tales medidas no han sido planteadas con no menos de siete días de anticipación a la Comisión [ahora al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social].**

**Artículo 4.-** Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser de aplicación el régimen de los dos últimos incisos del artículo anterior [preaviso de 7 días como mínimo a la autoridad de trabajo], la Comisión [ahora Ministerio de Trabajo y Seguridad Social] podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de comunicación [de huelga], los servicios esenciales, que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, **cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el 'lock out' en su caso.** (...).

En caso de interrupción de los servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes”.<sup>87</sup>

A mayor abundamiento, la propuesta de Ley General de Trabajo del año 2006, elaborada en el seno del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, CNTPE), sigue también la misma línea de una única forma de calificación de las huelgas contrarias al ordenamiento jurídico.<sup>88</sup> En tal sentido, el artículo 401 de la referida propuesta, aprobado por consenso en el CNTPE, dispone lo siguiente:

**“Artículo 401: Ilegalidad de la huelga**

La huelga será declarada ilegal cuando:

1. No cumpla con alguno de los requisitos para su declaratoria señalados en el artículo 397°.
2. No se cumpla con cubrir los servicios mínimos regulados en el Capítulo III del presente Título.
3. Se convoque por motivos político partidarios o por cuestiones desvinculadas de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.
4. Derive en actos de violencia sobre las personas o destrucción de los bienes.
5. No se levante después de haberse sometido la controversia a arbitraje”.

---

<sup>87</sup> Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO). Norma citada disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/13720-1968> Consulta: 12 de febrero de 2018 (el resaltado es nuestro). Conforme se desprende de las normas citadas, el procedimiento para realizar una huelga lícita en Uruguay es relativamente simple y, en palabras de Ermida Uriarte, consiste en lo siguiente: “En primer término, debe efectuarse una comunicación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con siete días de anticipación (...). Tratándose de servicios públicos estatales o no, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede – no necesariamente debe – dentro de los cinco días posteriores a la comunicación [de huelga], resolver fundadamente cuáles servicios esenciales deberán ser mantenidos por turnos. (...)”. Ermida Uriarte, Óscar. *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Tercera edición, 2012, p. 73. Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede intervenir en el conflicto proponiendo fórmulas conciliatorias o disponiendo que la huelga ya comunicada sea sometida a ratificación. La votación a favor o en contra de las fórmulas conciliatorias, o sobre la ratificación o rechazo de la huelga, puede contar con la participación de la Corte Electoral.

<sup>88</sup> Hemos tenido acceso al proyecto de Ley General de Trabajo a través de la siguiente fuente: Larrea, Jorge (Secretario Técnico del CNTPE). *Comunicado Sr. Ministro. Ley General de Trabajo*. Correo electrónico del 18 de setiembre de 2017 a Renato Sarzo.

Nótese como ya, inclusive, el proyecto de Ley General de Trabajo incorpora como supuesto de ilegalidad de la huelga los incumplimientos de los requisitos para la declaratoria de la misma, los cuales son tratados actualmente como causales de improcedencia de la huelga.

Siendo esto así, consideramos razonable nuestra propuesta de una sola forma de calificación del ejercicio irregular del derecho de huelga. A tal efecto, bastaría con i) derogar el artículo 74 del TUO de la LRCT y modificar el artículo 87.b del Reglamento General de la LSC (suprimiéndose así la figura de la “huelga improcedente” para el sector privado y el el sector público); y ii) modificar el artículo 84 del TUO de la LRCT en los siguientes términos:

**Artículo 84.-** La huelga será declarada ilegal:

**a) Si incumple los requisitos para su declaratoria, previstos en el artículo 73.**

b) Por haberse producido, con ocasión de ella, violencia sobre bienes o personas.

c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81.

d) Por no cumplir los trabajadores con lo dispuesto en el artículo 78 o en el artículo 82.

e) Por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

**El reglamento determina las consecuencias jurídicas de la declaración de ilegalidad.**

De esta manera, y siguiendo lo consensuado en el CNTPE, el incumplimiento de los requisitos de declaratoria de la huelga se incorpora como supuesto de ilegalidad de la medida de fuerza, siendo ya innecesario mantener la figura de la *huelga improcedente*. En adelante, con la modificación que proponemos, una huelga contraria al ordenamiento jurídico (típicamente, aquellas que incumplen los requisitos de declaratoria de huelga previstos en el artículo 73 del TUO de la LRCT) sería calificada únicamente como una huelga ilegal.

Ahora bien, ¿y cuáles serían los efectos de la calificación de ilegalidad de la huelga en este nuevo contexto? Por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, consideramos que, mientras no exista una calificación de ilegalidad de la huelga, ésta debiera presumirse lícitamente ejercitada y, por tanto, desplegar sus efectos como una huelga conforme al ordenamiento jurídico (principalmente, suspensión de labores sin amenaza de despido).

Sin embargo, desde el momento en que el órgano calificador competente determina la ilegalidad de la huelga, consideramos que ésta debiera finalizar o, en todo caso, no iniciarse. La aplicación de cualquiera de estas consecuencias dependerá de si la calificación de ilegalidad, en los hechos, es comunicada a los trabajadores u organización sindical antes o durante la realización de la medida de fuerza. Asimismo, una forma óptima de asegurar la prohibición de la huelga ilegal es determinar la configuración de las inasistencias injustificadas a partir de aquella calificación.

En este punto, ya el lector habrá podido notar que nos inclinamos por la configuración de las inasistencias injustificadas a partir de la primera declaración de ilegalidad de la huelga, y no a partir de la ilegalidad firme. Repárese, ello es así porque la presunción del ejercicio lícito del derecho de huelga se quiebra con la primera decisión del órgano calificador. ¿O es que acaso puede afirmarse o presumirse que sigue existiendo un lícito ejercicio del derecho de huelga cuando ya obra una calificación jurídica que determina que la medida de fuerza contraviene el ordenamiento jurídico?

Somos conscientes que nuestra propuesta resulta controvertida; sin embargo, no postulamos una prohibición absoluta del derecho de huelga. En caso la ilegalidad sea



revocada, consideramos razonable la realización de la medida de fuerza, y por el plazo que libremente hayan fijado los trabajadores o la organización sindical. Igualmente, ante este escenario de revocación, carecería de efectos jurídicos la configuración de las inasistencias injustificadas a partir de la primera declaración de ilegalidad de la huelga. Si se quiere, la ilegalidad decretada en primera instancia por el órgano calificador sólo implica una suspensión de la medida de fuerza.

Eso sí, en caso la ilegalidad sea confirmada, los trabajadores deberán asumir el riesgo de haber materializado una huelga que conocían que era contraria al ordenamiento jurídico, es decir, deberán asumir las consecuencias de la configuración de las inasistencias injustificadas al centro de trabajo. Desde luego, por más que ya se hayan configurado dichas faltas laborales desde la primera declaración de ilegalidad, el empleador tendría que esperar la confirmación de dicha calificación para poder establecer las sanciones correspondientes; no podría sancionar antes.

En resumen, consideramos que las huelgas ilegales no debieran ser realizadas, y su materialización debiera habilitar al empleador a sancionar a los trabajadores por las inasistencias injustificadas. La sanción aplicaría sólo frente a una ilegalidad firme. En este contexto, proponemos la modificación del artículo 73 del RLRCT en el siguiente sentido:

**“Artículo 73.-** La declaración de ilegalidad de la huelga determina la prohibición de realizar o continuar la medida de fuerza.

La materialización de una huelga ilegal configura inasistencias injustificadas al centro de trabajo, pasibles de sanción únicamente en caso de ilegalidad firme.

Si la declaración de ilegalidad es revocada, los trabajadores mantienen su derecho a realizar la huelga. En este supuesto, queda sin efecto la configuración de las inasistencias injustificadas”.<sup>89</sup>

A mayor abundamiento, y como apoyo a nuestra propuesta, conviene tener presente que el propio Tribunal Constitucional ya ha emitido algunas sentencias en donde expresa una valoración negativa de las huelgas improcedentes, por estimarlas contrarias al ordenamiento jurídico. Inclusive, ha deslizado la posibilidad de que la obligación de retorno aplique a partir de la calificación firme de ilegalidad siempre y cuando se trate de una huelga declarada procedente, y no cuando se trata de una huelga improcedente. Si bien en la sentencia que citamos a continuación el Tribunal Constitucional no termina por definir una postura en torno a los efectos de una huelga improcedente, repárese que sí reclama tal análisis a la instancia inferior, de forma que resulta posible afirmar que las huelgas improcedentes, en puridad, las huelgas contrarias al ordenamiento jurídico, deberían tener algún tipo de consecuencia en la estabilidad laboral de quienes la realizan:

“(…) en el caso de autos, la declaratoria de ilegalidad simplemente había ratificado la declaratoria previa (con carácter de firme) de improcedencia de la huelga (...). Y la consideración de que la huelga ya había sido declarada improcedente resulta relevante porque, a diferencia de los casos donde la huelga es declarada ilegal por hechos producidos tras el inicio de la huelga, en el supuesto de la declaratoria de ilegalidad por materialización de una huelga que había sido declarada improcedente (supuesto establecido en el inciso a) del artículo 84 del D.S. 010-2003-TR, TUO de la Ley de

---

<sup>89</sup> Atendiendo al nuevo contenido que tendría el artículo 73 del RLRCT, corresponde también proceder a la derogación del artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dado que la materia prevista por este artículo (configuración de las inasistencias injustificadas en caso de huelga ilegal) se encuentra ya tratada en aquella nueva disposición.

Relaciones Colectivas de Trabajo) **la irregularidad de la huelga ya había sido previamente establecida** (...). El asunto de relevancia constitucional, que planteaba el amparo primigenio, era determinar si el hecho de que una huelga fuese declarada improcedente suponía una excepción a la regla establecida en el artículo 39 del D.S. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, de que los trabajadores deben reincorporarse luego de que la huelga fuese declarada ilegal y fuesen requeridos por su empleador. En dicho asunto, obviamente debía efectuarse un análisis respecto del alcance de la protección que merece el derecho de huelga frente a las cargas que puede soportar el empleador producto del ejercicio de este derecho. Sin embargo, este asunto ha sido ignorado por la Sala emplazada y no se ha efectuado un análisis en este sentido, por lo que se ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en su faceta de motivación suficiente".<sup>90</sup>

Es más, si de la posibilidad de establecer sanciones laborales se trata, el Tribunal Constitucional admite la regulación y aplicación de las mismas cuando la huelga se realiza en contravención al ordenamiento jurídico. Así, a propósito del régimen disciplinario en la carrera magisterial, el Tribunal Constitucional ha expresado que sólo el ejercicio regular del derecho de huelga se encuentra exento de sanción laboral para los profesores, pues un ejercicio irregular de tal derecho puede ser sancionado con cese temporal por constituir un abandono injustificado del cargo docente, en aplicación del artículo 48.e de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial:

"En suma, el abandono, la ausencia o inasistencia del profesor al centro educativo, para que sean actos justificados, deben ser ejercidos en nombre del derecho de huelga dentro de los márgenes de la propia Constitución y la ley. Sólo en estos casos el ejercicio regular del derecho a la huelga puede actuar como una causa excluyente de la antijuricidad y el profesor quedar exento de la sanción de cese temporal.

Si ese no fuera el caso, parece claro que el abandono, la ausencia o inasistencia del profesor en el centro laboral merecen ser sancionados, sin que ello suponga una afectación al derecho de huelga, a la estabilidad o permanencia del profesor en la carrera magisterial. Sostener lo contrario implicaría básicamente admitir excesos en el ejercicio de un derecho fundamental, convirtiéndolo así en un mero pretexto para que, a su amparo, se puedan cometer verdaderos actos antijurídicos que afectarían gravemente el derecho a la educación. (...)"<sup>91</sup>

Igualmente, si la huelga implica un daño autorizado contra el empleador, no debiera admitirse la ocurrencia de dicho daño a menos que la huelga se realice conforme a ley, pues el empleador también cuenta con libertades constitucionales que merecen tutela, como es la libertad de ejercer y preservar la actividad empresarial (libertad de empresa).<sup>92</sup> Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al

---

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014, ff.jj 19-21. El resaltado es nuestro.

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC, citada, ff.jj. 154-155.

<sup>92</sup> Repárese que "la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa". Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 01405-2010-PA/TC, de fecha 06 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 16.

ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular, de los del empleador”.<sup>93</sup>

Finalmente, a nivel del Sistema de Inspección del Trabajo, existe una corriente que también realiza una valoración negativa de las huelgas improcedentes (en puridad, de las huelgas contrarias al ordenamiento jurídico), de forma que una calificación de improcedencia de la huelga determina, a criterio de la inspección laboral, la prohibición de materializar la misma. En esa línea, la sanción laboral que aplique el empleador a raíz de aquella paralización no configuraría, para el Sistema de Inspección del Trabajo, una infracción laboral del empleador:

“(…) conviene precisar que todo acto administrativo, en tanto es emitido conforme al ordenamiento vigente, es válido y, por tanto, eficaz, no siendo su ejecutoriedad sujeta de suspensión aun cuando dicho acto haya sido impugnado mediante alguno de los recursos previstos por Ley. (...) Conforme a lo expuesto, la Resolución Directoral General N° 14-2014/MTPE/2/14 que declaró improcedente la comunicación de la citada huelga, en virtud a su ‘ejecutividad’, lo que ella disponía era de cumplimiento obligatorio estando a su validez y eficacia como acto administrativo (...), sin embargo, el pronunciamiento en mención no fue acatado por los trabajadores pertenecientes al Sindicato, quienes llevaron a cabo la huelga, siendo luego sancionados por ello por la inspeccionada. (...) El efecto de la improcedencia de la comunicación de la declaratoria de huelga invalida el efecto que [a] dicha medida pretenda otorgarle el ordenamiento jurídico, esto es, la habilitación para que los trabajadores puedan válidamente suspender sus labores de manera colectiva (...). Establecer lo contrario o la interpretación literal de que recién con la declaratoria de ilegalidad – y a partir de ese momento – las huelgas no tienen valor legal y por ende recién se puede tomar una decisión al respecto, convertirían al ejercicio del derecho de huelga en un supuesto de abuso del derecho permanente en el caso de las huelgas que son por uno, dos o tres días, ya que por los plazos que tiene la autoridad administrativa de trabajo para resolver y la posibilidad impugnativa que existe, las declaraciones de ilegalidad se producirían siempre luego de que se hayan consumado y agotado las medidas de fuerza, supuesto interpretativo que este Despacho no acoge, apreciando que se estaría produciendo una situación de abuso de derecho”.<sup>94</sup>

Ahora bien, si el legislador decide acoger nuestra propuesta, que corrige el defecto de la lógica del control sobre el derecho de huelga, deberá también tener presente que la implementación de esta medida tiene que ir acompañada, necesariamente, de otras modificaciones en clave de garantía del derecho de huelga. Es decir, si se pretende que una huelga contraria al ordenamiento jurídico no sea realizada desde el momento en que exista una primera calificación de ilegalidad, debe asegurarse la imprescindible independencia del órgano calificador, así como la regulación de requisitos razonables para la declaratoria de huelga. A estos dos aspectos nos referimos a continuación.

---

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03311-2005-PA/TC, de fecha 05 de enero de 2006, fundamento jurídico 18.

<sup>94</sup> Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de febrero de 2015, fundamentos 9, 10, 12 y nota al pie 12. A la luz de la legislación vigente, no estamos de acuerdo con que la declaración de improcedencia de la huelga determine la prohibición de la paralización de labores y justifique las sanciones impuestas por el empleador a los huelguistas. Opinamos ello porque no existe norma que determine expresamente la prohibición de materializar una huelga improcedente, y las prohibiciones en materia de derechos fundamentales deben ser expresas. Consecuentemente, las sanciones laborales por un hecho no prohibido carecerían de sustento.

Entonces, a la luz de la legislación vigente, ¿de qué serviría la ejecutividad de la declaración de improcedencia de la huelga, que es el sustento del razonamiento citado? En nuestra opinión, dicha ejecutividad serviría para considerar ilegal dicha huelga en caso se materialice (artículo 84.a del TUO de la LRCT), sin que para ello sea necesario esperar a una declaración firme de improcedencia.

### 3. Un órgano tripartito en el CNTPE como órgano independiente calificador de las huelgas

El título del presente acápite se puede traducir en la siguiente pregunta: ¿por qué la Autoridad Administrativa de Trabajo no debe seguir calificando las huelgas?

Conforme al ordenamiento jurídico vigente, la Autoridad Administrativa de Trabajo, en tanto órgano calificador de las huelgas, se encuentra representada por el Director Regional de Trabajo y Promoción del Empleo o el Director General de Trabajo, según se trate de huelgas de ámbito regional o nacional, respectivamente.

Muy al margen de las elevadas cualidades personales de cada Director General o Director Regional de turno, la calificación sobre el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, exige imparcialidad no sólo a nivel personal, sino también a nivel institucional. Es más, la configuración de una institución independiente marca la pauta de la imparcialidad de las personas que pudieran integrarla.

En este contexto, repárese que los cargos de Director General de Trabajo o Director Regional i) son cargos de confianza, ii) dependen jerárquicamente de una autoridad política (Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y Gobernador Regional, respectivamente) y iii) se encuentran sujetos a remoción por dichas autoridades políticas. Sin perjuicio de que, en los hechos, los concretos funcionarios públicos actúen con independencia de criterio en la toma de decisiones, la situación que se acaba de exponer no garantiza la imparcialidad que el órgano calificador de las huelgas debiera tener.

Desde luego, en supuestos en los cuales determinadas entidades públicas (como el Poder Judicial o el Ministerio Público), sobre la base de normas cuestionables, se asumen competentes para calificar las huelgas de sus trabajadores, la independencia de criterio desaparece por completo. Simplemente, la condición de juez y parte que asumen estas entidades les resta toda imparcialidad al momento de calificar las huelgas.<sup>95</sup>

En este contexto, resulta relevante el proyecto de ley trabajado por la Comisión de Expertos a propósito de la revisión del proyecto de Ley General de Trabajo del año 2006<sup>96</sup>. En dicho proyecto de ley, la Comisión de Expertos prevé un órgano tripartito al interior del CNTPE como órgano calificador independiente de las huelgas:

#### **“Artículo 383: Declaración de ilegalidad y efectos**

A solicitud del empleador o empleadores afectados por la medida, el órgano tripartito permanente creado para tales efectos por el Consejo Nacional del Trabajo, se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la huelga.  
(...)”.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Para un mayor detalle sobre esta situación particular, véase supra, pp. 38-40.

<sup>96</sup> Hemos tenido acceso al proyecto de ley de la Comisión de Expertos a través de la siguiente fuente: Larrea, Jorge (Secretario Técnico del CNTPE). *Comunicado Sr. Ministro. Ley General de Trabajo*. Correo electrónico del 18 de setiembre de 2017 a Renato Sarzo. Cabe indicar que dicha Comisión de Expertos fue creada mediante Resolución Ministerial N° 257-2011-TR, y estuvo conformada por destacados laboristas.

<sup>97</sup> El citado artículo contiene otras materias, entre ellas, la configuración de las ausencias injustificadas sólo a partir de la ilegalidad firme y después del requerimiento de retorno por parte del empleador. Al respecto, nos inclinamos por una posición distinta, conforme a lo ya señalado en el presente capítulo.

Al respecto, consideramos posible en la actualidad la configuración de este órgano tripartito al interior del CNTPE, quien calificaría la legalidad o ilegalidad de las huelgas tanto en el sector privado como público. Nos mostramos optimistas porque existe una voluntad renovada, por parte del legislador de turno (Javier Barreda, Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo) de conferirle al CNTPE una mayor institucionalidad:

"He consultado, no con todas las centrales y no con todos los gremios (sino) con algunos, la necesidad de darle una institucionalidad distinta al CNT[PE], sacarlo de la lógica del Ministerio y establecer una instancia mucho más seria".<sup>98</sup>

Sin perjuicio de lo señalado, el legislador debe saber que, en la legislación comparada, el Poder Judicial también aparece como una posibilidad de institución independiente encargada de la calificación de las huelgas.

Así, por ejemplo, en Colombia operó en el año 2008 una reforma en lo que al órgano calificador de las huelgas concierne; esto es, la calificación de la legalidad e ilegalidad de la huelga dejó de estar a cargo del Ministerio de Trabajo, y pasó a formar parte de las competencias del Poder Judicial (Sala Laboral del Tribunal Superior competente, en primera instancia; y Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en instancia de apelación). Sobre el particular, el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia dispone lo siguiente:

**"Artículo 451. Declaratoria de ilegalidad**

1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.
2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Tribunal profiera la declaratoria de la legalidad o ilegalidad correspondiente.
3. En la calificación de suspensión o paro colectivo de trabajo por las causales c) y d) del artículo anterior [ilegalidad por no observar el procedimiento previo de arreglo directo y por no declarar la huelga mediante asamblea general de los trabajadores conforme a ley], no se toman en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir".<sup>99</sup>

Igualmente, en España, el Poder Judicial tiene a cargo la calificación de las huelgas, tal como explica Montoya Melgar:

En el Derecho español, la calificación de lícita o ilícita, de legal o ilegal, de una huelga, corresponde en exclusiva a la Jurisdicción. Tal calificación, por otra parte, no puede solicitarse al Juez, ni realizarse por éste, en abstracto al declararse la huelga, o en el curso de su desarrollo, ya que en tal caso el pronunciamiento judicial actuaría como autorización de la huelga (si la calificación se inclinara por la juridicidad de ésta) o como decisión interdictal frente a la huelga (si ésta fuera calificada como antijurídica). Por el

<sup>98</sup> Ghibellini, Mario. "Entrevista a Javier Barreda (Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo)". En *De 6 a 9*. Canal N (#8). 26 de enero de 2018. Disponible en: <http://canaln.pe/actualidad/ministro-barreda-planteara-recomposicion-consejo-nacional-trabajo-n308303> Consulta: 08 de febrero de 2018.

<sup>99</sup> Ministerio de Justicia de Colombia. Sistema Único de Información Normativa. Norma citada disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1675597> (consulta: 12 de febrero de 2018).

contrario, la actuación judicial sólo procede cuando, ocurrida una huelga, el empresario la reputa, según su propia valoración ilegal o abusiva y adopta sanciones contra los huelguistas. Al impugnar estos [huelguistas] tales sanciones (de modo característico, despidos) es cuando el Juez de lo Social debe pronunciarse sobre si la huelga fue o no ajustada a Derecho, y por tanto, si la sanción empresarial fue o no procedente".<sup>100</sup>

Sin embargo, no consideramos viable en nuestro caso la configuración del Poder Judicial como institución independiente encargada de la calificación de las huelgas. Nuestra oposición reside en razones prácticas. Si se tratara de encargarle al Poder Judicial un control previo (ex ante) sobre el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de huelga, nos topáramos con el grave problema de la sobrecarga de la justicia laboral, que no asegura una calificación de la huelga antes de su inicio, pudiendo comprometerse de esta manera intereses legítimos del empleador en torno a la continuación del negocio. Asimismo, si se tratara de regular un control judicial posterior (ex post) – como se observa en el caso colombiano por ejemplo – haría falta, por lo menos, un proceso de calificación célere o de trámite preferente, lo cual no existe actualmente. Repárese, dependiendo de qué efectos jurídicos destine la legislación a la calificación judicial, un proceso con aquellas características sería necesario, ya sea en interés del empleador (si la calificación judicial permitiera aplicar sanciones a los huelguistas) o en interés de los trabajadores (si la calificación judicial permitiera revertir las sanciones ya impuestas).

En virtud de las consideraciones precedentes, el legislador debiera inclinarse por crear al interior del CNTPE un órgano tripartito que se encargue de la calificación de las huelgas en el Perú. Dicho órgano sería tripartito porque cada una de las partes representadas en el CNTPE (trabajadores, empleadores y Estado) nombraría igual número de profesionales independientes. Igualmente, estos profesionales independientes deberían contar con conocimientos especializados en Derecho Laboral o Constitucional y se les debería garantizar el ejercicio de sus funciones por un periodo de tiempo prolongado.

En este contexto, proponemos la incorporación de una Cuarta Disposición Final en el TUO de la LRCT en los siguientes términos:

“Cuarta

Encárguese al Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo la calificación de la legalidad e ilegalidad de las huelgas.

---

<sup>100</sup> Montoya Melgar, Alfredo. *La huelga en España*. En: Pasco Cosmópolis, Mario (coord.). *La huelga en Iberoamérica*. Lima: Aele, 1996, p. 110. En la misma línea, Ojeda Avilés indica que la calificación de las huelgas en España corresponde al Poder Judicial; aunque, a diferencia de Montoya Melgar, considera posible una declaración judicial *previa* sobre la licitud de la huelga atendiendo a la competencia de la justicia social sobre acciones declarativas que encierren un interés legítimo (como es la conservación del empleo cuando se realiza una huelga): “la tutela judicial efectiva reconocida por el artículo 24 CE [Constitución española] quedaría malparada si no se atendiera por los tribunales un *derecho o interés legítimo* – como reza el precepto –, y tal situación existe cuando no se formula al juez una mera pregunta curiosa, sino un problema de cuyo desenlace futuro puede depender un bien tan preciado como el empleo. (...) [C]onstituye en la actualidad doctrina consolidada que tales acciones [las acciones puramente declarativas ante el juez social] son admisibles en cuanto en sí mismas encierren un interés actual digno de protección (...). Así pues, existe un interés digno de tutela de los trabajadores envueltos en un conflicto colectivo respecto a la calificación de una huelga como lícita o ilícita [conservación del empleo], que justifica la admisibilidad de las acciones declarativas en tales situaciones de huelga convocada y aún no realizada. (...) Valorar si una huelga inminente cumple o no los requisitos del RDLRT [Real Decreto-Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo] tiene todos los visos de un conflicto [jurídico] de interpretación [y no de un conflicto económico], por lo que los jueces son, bajo este prisma, plenamente competentes para entrar en el fondo del asunto”. Ojeda Avilés, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos. Tercera edición, 2014, pp. 300-301.

A tal efecto, constitúyase un órgano tripartito de carácter permanente al interior del Consejo, el cual puede desarrollar sus funciones de manera descentralizada.

La elección, requisitos y duración de los miembros integrantes del órgano tripartito se regulan por acuerdo del Consejo en mayoría simple. Como mínimo, se requiere conocimientos especializados en materia laboral o constitucional y la duración en el puesto es de 2 años.

La calificación de la legalidad e ilegalidad de las huelgas puede ser materia de impugnación ante el propio órgano tripartito, sin perjuicio de los recursos judiciales que prevea el ordenamiento jurídico.

Los plazos para la calificación de la huelga, así como para la resolución de las impugnaciones, se regulan en el reglamento de la presente Ley.

En tanto no se constituya la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, regulada en el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, la calificación de las huelgas en el sector público se encuentra a cargo del órgano tripartito a que se refiere el presente artículo”.

Como se aprecia, el órgano tripartito del CNTPE se encargaría de la calificación de las huelgas tanto del sector privado como del sector público y podría funcionar de manera descentralizada, por ejemplo, mediante sub órganos regionales que respeten la composición tripartita. Esto permitiría atender de manera idónea la calificación de las huelgas de ámbito local o regional.

Igualmente, resulta claro que toda impugnación a una primera calificación de huelga debería ser vista por el órgano tripartito del CNTPE, quedando firme la calificación de la huelga con la decisión final que éste emita. Así, por ejemplo, en caso se prevea un funcionamiento descentralizado, el órgano tripartito podría constituirse en instancia de apelación en supuestos de huelga de ámbito local o regional; e instancia única en supuestos de huelga de ámbito nacional, siendo posible la interposición de un recurso de reconsideración contra su primera calificación.

En este punto, queda claro que resulta necesario, además, prever la derogación expresa de algunas normas, como el artículo 86 del TUO de la LRCT<sup>101</sup> y las disposiciones pertinentes del Decreto Supremo N° 017-2012-TR<sup>102</sup>; igualmente, sería importante disponer la derogación general de cualquier otra norma que se oponga a la consideración del órgano tripartito del CNTPE como órgano independiente calificador de las huelgas.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> El artículo 86 del TUO de la LRCT señala lo siguiente: “La huelga de los trabajadores sujetos al régimen laboral público se sujetará a las normas contenidas en el presente Título [referido a la huelga] en cuanto le sean aplicables. / La declaración de ilegalidad de la huelga será efectuada por el Sector correspondiente”.

La primera parte de esta norma es innecesaria porque la huelga en el sector público ya se encuentra regulada por la LSC y su Reglamento General; además, la LSC prevé en su artículo 40 una aplicación supletoria del TUO de la LRCT en lo que no se le oponga. Igualmente, la segunda parte del artículo 86 del TUO de la LRCT debería derogarse como consecuencia de nuestra propuesta de considerar al órgano tripartito del CNTPE como órgano independiente calificador de las huelgas.

<sup>102</sup> Nos referimos a los artículos 2.g y 3.e del Decreto Supremo N° 017-2012-TR, que regulan la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo para la declaratoria de improcedencia e ilegalidad de la huelga.

<sup>103</sup> Una cláusula de este tenor derogaría, por ejemplo, las normas del Sector Educación, referidas en el capítulo II de la presente tesis, que otorgan al propio Sector Educación la competencia para calificar las huelgas de los docentes públicos.

Ahora bien, la calificación de la legalidad e ilegalidad de las huelgas, realizada por el órgano tripartito creado al interior del CNTPE, debería efectuarse sobre la base de requisitos razonables para la declaratoria de la huelga. De partida, corresponde afirmar que no puede calificarse como *razonable* un requisito deficientemente regulado. Nos referimos a la obligación de garantizar los servicios mínimos en caso de huelga en actividades indispensables del empleador y en servicios esenciales para la comunidad.

#### **4. ¡Atención legislador! Cometes una inconstitucionalidad por omisión al no regular el procedimiento de divergencia<sup>104</sup>**

Como se expuso en el capítulo II<sup>105</sup>, es obligación de los huelguistas garantizar los servicios mínimos (puestos de trabajo) en las actividades indispensables del empleador o en los servicios esenciales que éste presta a la comunidad. El problema es que la determinación de los servicios mínimos no es nada pacífica. Los trabajadores u organización sindical impugnan casi siempre la determinación de los servicios mínimos realizada por el empleador. Dicha impugnación da lugar al procedimiento administrativo de divergencia, el cual debería concluir con el señalamiento definitivo de aquellos servicios. Sin embargo, ello no ocurre así porque dicho procedimiento no se encuentra suficiente regulado.

Conforme al artículo 68 del RLRCT, el procedimiento de divergencia es resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero sobre la base de las conclusiones que emite un órgano independiente designado por dicha autoridad para la determinación de los servicios mínimos en controversia.

En este contexto, es importante poner en evidencia que i) ninguna norma del ordenamiento jurídico define quién es aquel órgano independiente o, en todo caso, las características que debiera tener: por ejemplo, ¿podría ser una institución del Estado ajena a las partes y distinta de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o necesariamente tiene que tratarse de una entidad privada?; ii) no existe regulación sobre la forma en que la Autoridad Administrativa de Trabajo debe designar a dicho órgano independiente, lo que significa un riesgo por la elección discrecional que pareciera permitirse; iii) tampoco se prevé el pago al órgano independiente por la labor efectuada, lo que incentiva la negativa de éste a tomar el encargo y resolver la divergencia; iv) no se ha regulado la obligación de colaboración de las partes para con el órgano independiente (por ejemplo, en materia de entrega de información y acceso a los centros de trabajo para una adecuada determinación de los servicios mínimos); y v) finalmente, no se ha previsto plazos máximos para la aceptación del encargo y resolución por el órgano independiente, ni criterios objetivos para la determinación de los servicios mínimos.<sup>106</sup>

Los resultados de esta desregulación son procedimientos de divergencia pendientes de solución al momento de comunicarse la realización de la huelga, o inadecuadamente

---

<sup>104</sup> Las consideraciones que se desarrollan a continuación, en relación al procedimiento de divergencia, tienen su base en un artículo de mi autoría. Al respecto, véase Sarzo Tamayo, Víctor Renato. *Visión crítica del procedimiento administrativo de divergencia. A propósito del ejercicio del derecho de huelga en el Perú*. En: Soluciones Laborales, año 10, N° 109, enero de 2017, pp. 115-125.

<sup>105</sup> Véase supra, p. 57.

<sup>106</sup> Cabe indicar que el plazo para emitir el acto administrativo que resuelve el procedimiento de divergencia (15 días hábiles, según el TUPA del MTPE) sólo vincula a la Autoridad Administrativa de Trabajo y no al órgano independiente; además, dicho plazo de 15 días se cuenta a partir de que la determinación de los servicios mínimos, por parte del órgano independiente, es comunicada a la Autoridad de Trabajo.



resueltos (sea porque quien determinó los servicios mínimos no se trató de un órgano independiente en la realidad o porque éste aplicó criterios carentes de objetividad).

Como ejemplos concretos de las consecuencias de esta desregulación pueden citarse los siguientes casos.

- i) A propósito de haber sido designado por el MTPE como órgano independiente encargado de la determinación de los servicios mínimos en sendos procedimientos de divergencia, el Centro de Peritaje “Guillermo Vaudenay Reyes” del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú expresó su preocupación y malestar al citado ministerio por las dificultades que había encontrado al momento de intentar realizar su labor:

“(…) si bien nuestra institución ha cumplido con designar a los peritos especializados en la materia, ninguna de las dieciocho (18) solicitudes [de determinación de servicios mínimos] se han concretado hasta la fecha.

El problema que han encontrado los peritos es que las empresas y/o sindicatos involucrados en el tema no responden ni proporcionan la información y/o documentación para el peritaje.

Sobre el particular, sugerimos [al MTPE] como autoridad competente realizar lo siguiente: 1) Brindar facilidades y proporcionar a nuestros peritos la información que se requiera. 2) Establecer a las empresas y/o sindicatos plazos perentorios para que cumplan con entregar la información que nos permita elaborar una propuesta técnica y económica para poder desarrollar el peritaje. 3) Velar para que se cumplan con los plazos que demande el peritaje, dentro de los plazos y formas establecidos.

Fijadas estas acciones, entonces nuestra institución podrá desarrollar el peritaje requerido, de lo contrario, no podremos dedicar más horas hombre en vano”.<sup>107</sup>

- ii) En relación a una huelga de 500 obreros sindicalizados a realizarse en una empresa que brindaba servicios de limpieza pública a las Municipalidades de Lima Metropolitana, San Isidro y Miraflores, la DIGESA (Dirección General de Salud Ambiental) del Ministerio de Salud, en su condición de “órgano independiente” designado por el MTPE para la determinación de los servicios mínimos, consideró que “no sería factible reducir el número de trabajadores [1398 obreros, incluyendo los sindicalizados, y 117 empleados], toda vez que no se podrá cumplir con las diversas actividades y tareas en relación a los servicios esenciales de limpieza pública”.

Sobre el particular, DIGESA sustentó esta anulación total del ejercicio del derecho de huelga en las siguientes razones: a) una huelga recargaría las labores de los no huelguistas, lo cual afectaría la salud de estos; y b) una reducción del servicio de limpieza pública, a consecuencia de la huelga, sería “extremadamente dañina” para la salud pública.

Así, en relación a la primera razón, DIGESA sostuvo que “[e]l número de trabajadores está en función de las actividades y tareas [de limpieza] que tiene que realizar cada trabajador, considerando la limitación razonable de las horas de trabajo (...), donde al personal necesario para la prestación de los servicios no se les puede recargar más de lo ya establecido (...) porque esto repercute en los efectos negativos de la salud del

---

<sup>107</sup> Centro de Peritaje “Guillermo Vaudenay Reyes” del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú. Carta N° 2713-2017/CP/CDL/CIP, de fecha 11 de diciembre de 2017. Lima.

trabajador y podría ocasionar además los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales”.

Igualmente, respecto de la segunda razón, DIGESA expresó que “no es factible, ni técnico ni humano poder coberturar estas funciones, actividades y tareas en caso que haya una reducción de[!] número de trabajadores, lo que generará un nivel de riesgo intolerable para la salud de los trabajadores y también para la salud pública por el impacto ambiental que ocasionaría por los residuos sólidos en las mencionadas jurisdicciones, por el riesgo de la proliferación de animales, portadores de microorganismos que transmiten enfermedades a toda la población, conocidos como vectores (...) en resumen las consecuencias [de una huelga] son extremadamente dañinas para la salud pública y salud de los trabajadores”.<sup>108</sup>

Como se aprecia, y sin perjuicio de los criterios administrativos que viene construyendo el MTPE a través de concretas calificaciones de huelga<sup>109</sup>, un procedimiento de divergencia no regulado tiene como resultado la ausencia de certeza sobre los servicios mínimos a garantizar o, en todo caso, el riesgo de una determinación arbitraria de los mismos. En este contexto, la exigencia de servicios mínimos que realice el órgano calificador de la huelga, así como la declaración de ilegalidad que se produzca por el incumplimiento de aquella exigencia, podrían resultar arbitrarias y afectar injustificadamente el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores u organización sindical.

Asistimos, en consecuencia, a una omisión del legislador (procedimiento de divergencia no regulado) con la capacidad de afectar un derecho fundamental (derecho de huelga), esto es, una inconstitucionalidad por omisión.

#### **4.1 Nuestra propuesta de regulación del procedimiento de divergencia**

Como toda regulación estatal debe responder a una necesidad, enumeramos a continuación los aspectos del procedimiento de divergencia que requieren ser legislados:

- i) Un registro de órganos independientes: teniendo como antecedente la implementación de otros registros (como el registro de árbitros en negociaciones colectivas y el registro de auditores en seguridad y salud en el trabajo)<sup>110</sup>, proponemos la creación de un registro de órganos independientes encargados de determinar los servicios mínimos en supuestos de divergencia.

En este marco, la legislación debería prever requisitos objetivos para la inscripción en dicho registro. Por ejemplo, debería tratarse de personas o instituciones públicas o privadas con conocimientos especializados en la actividad económica que realiza el empleador y en el sector económico en el que éste se desenvuelve; tales conocimientos permitirían al órgano independiente determinar el impacto de una paralización de labores, tanto en la empresa como en la comunidad. Asimismo, para efectos de la inscripción, podría considerarse también los años de experiencia en un

---

<sup>108</sup> Informe N° 144-2010-DSO/ASHO/DIGESA, de la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud, de fecha 19 de agosto de 2010, puntos 3.5 y 4.3.

<sup>109</sup> Véase supra, pp. 57-63.

<sup>110</sup> El registro de árbitros en negociaciones colectivas ha sido creado por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR; mientras que el de auditores en seguridad y salud en el trabajo fue creado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-TR.

correspondiente sector económico o, en todo caso, antecedentes de haber participado como órgano independiente en la determinación de servicios mínimos.

De lo que se trata es de definir al órgano independiente mediante características objetivas traducidas en requisitos de inscripción en el registro que proponemos. Desde esta perspectiva, en tanto cumplan con los requisitos objetivos, no encontramos impedimento alguno para considerar, como órganos independientes inscribibles en el registro, a determinados estamentos de la Administración Pública, por ejemplo, al Sistema de Inspección del Trabajo.<sup>111</sup>

- ii) La designación del órgano independiente: en caso de divergencia sobre los servicios mínimos, debería otorgarse preferencia a la designación del órgano independiente por acuerdo de las partes. En caso no haya acuerdo, procedería recién la designación por la autoridad administrativa a cargo del procedimiento de divergencia; esta designación, como toda decisión administrativa, debería encontrarse debidamente sustentada.

En cualquier supuesto, la elección del órgano independiente debería realizarse entre aquellos inscritos en el registro mencionado anteriormente.

- iii) La retribución del órgano independiente: actualmente, no existe una norma que atribuya tal obligación de pago a alguna de las partes o al propio Estado. Sobre el particular, consideramos viable que el costo sea asumido por estos tres actores del conflicto laboral. A empleadores y trabajadores (u organización sindical) les resulta atribuible esta obligación de pago por ser los principales interesados en la determinación definitiva de los servicios mínimos; y al Estado, porque tiene una obligación constitucional de promover la solución pacífica de los conflictos laborales.<sup>112</sup>

Desde luego, los costos que asuman empleadores y trabajadores (u organización sindical) deberían ser razonables y, en ningún caso, significar para estos últimos un impedimento fáctico para iniciar el procedimiento de divergencia.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Al respecto, la legislación colombiana ofrece una experiencia interesante. De acuerdo al artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo, la huelga impide la reanudación de los servicios suspendidos “salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias. / El Inspector de Trabajo deberá pronunciarse sobre las solicitudes del inciso anterior en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de su presentación”.

Ministerio de Justicia de Colombia. Sistema Único de Información Normativa. Norma citada disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1604809> (consulta: 11 de febrero de 2018).

<sup>112</sup> Conforme al inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado “promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

<sup>113</sup> A propósito de los servicios de conciliación y arbitraje como garantías en el caso de ciertas restricciones al derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que “[e]n lo que respecta a la exigencia de que las partes paguen los servicios de conciliación y mediación/arbitraje, el Comité opina que siempre que los costos sean razonables y que no se inhiba la capacidad de las partes, en particular, las que no cuentan con recursos financieros adecuados, de hacer uso de esos servicios, esa disposición no sirve como base para considerar que hubo una violación a la libertad sindical”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical (...)*. Op.cit., párrafo 602.

- iv) Criterios para la determinación de los servicios mínimos: consideramos importante que la legislación establezca expresamente que los servicios mínimos no tienen por finalidad asegurar el funcionamiento normal de la empresa o entidad pública.<sup>114</sup>

De otro lado, la determinación de los servicios mínimos por el órgano independiente no puede efectuarse a priori, es decir, sin analizar las concretas características de la huelga, como su duración, alcance personal y extensión territorial. Sobre el particular, resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Constitucional de España en relación a la determinación de los servicios mínimos en los servicios esenciales en el ordenamiento español:

“La clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia [servicios mínimos en los servicios esenciales] y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados (...)”.<sup>115</sup>

- v) Los plazos para el trámite del procedimiento de divergencia: en particular, se requiere fijar plazos para el inicio del procedimiento administrativo; así como para la elección consensuada del órgano independiente o, en todo caso, para la designación administrativa de éste. Igualmente, urgen plazos para que el órgano independiente determine oportunamente los servicios mínimos.
- vi) El deber de colaboración de las partes para con el órgano independiente: una adecuada determinación de los servicios mínimos requiere información precisa sobre la empresa o entidad pública (por ejemplo, las secciones neurálgicas), así como las facilidades en torno al ingreso a los centros de trabajo (la determinación de los servicios mínimos requiere una labor de campo). Por ello, se requiere regular, a favor del órgano

---

<sup>114</sup> Tal como afirma Villavicencio Ríos para el caso de los servicios esenciales, “debe quedar claramente señalado que, como su nombre indica, el alcance de estos [servicios mínimos] no puede llevar a que todos los trabajadores involucrados tengan que prestar servicios o que las actividades afectadas por la huelga tengan que llevarse a cabo con normalidad. De lo que se trata es que no se suspendan los servicios que puedan afectar directamente los valores tutelados”. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular)*. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Grijley, 2008, p. 457.

<sup>115</sup> STC 27/1989, de fecha 03 de febrero, f.j. 1. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1233> (consulta: 19 de febrero de 2018). Cabe resaltar que estos criterios favorecen una *decisión motivada* de quien tenga a su cargo la determinación de los servicios mínimos. En esa línea, sobre la base de diversas sentencias del Tribunal Constitucional de España, García Quiñones señala lo siguiente en relación a la debida motivación que debe acompañar a toda fijación de servicios mínimos en los servicios esenciales: “en la motivación aportada por la autoridad gubernativa, deben incluirse los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas, sin que sean suficientes ‘indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto’, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para ‘tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho’. En definitiva, deben hacerse explícitos siquiera sucintamente ‘los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas’ (...)”. García Quiñones, Juan Carlos. *Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga: Sentencia TC 184/2006, de 19 de junio*. En: García Murcia, Joaquín (dir.). *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios. 20 casos de jurisprudencia constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 621.

independiente, una obligación de colaboración que recae en el empleador y los trabajadores (u organización sindical).

- vii) Preferencia por una determinación consensuada de los servicios mínimos: debería modificarse el artículo 82 del TUO de la LRCT, la cual parte de una determinación unilateral ab initio de los servicios mínimos, por parte del empleador.

En tal sentido, a fin de reducir los casos de divergencia, el artículo 82 del TUO de la LRCT debería prever la determinación unilateral de los servicios mínimos luego de agotadas las negociaciones con los trabajadores u organización sindical. De esta manera, la intervención del órgano independiente, en caso se inicie un procedimiento de divergencia, podría solo acotarse a los aspectos en los que las partes no se pusieron de acuerdo, facilitando una solución celeré a la controversia sobre servicios mínimos.

En esa línea, por ejemplo, en relación a los servicios de seguridad y mantenimiento que ordena garantizar la legislación de España en caso de huelga, el Tribunal Constitucional de dicho país ha establecido que “[l]a adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva”.<sup>116</sup> Cabe precisar que, tal como afirma Quintanilla Navarro, “[e]n este punto coexisten dos posiciones jurisprudenciales contrarias: la que entiende que los servicios de seguridad y mantenimiento los designa unilateralmente el empresario, y el comité [de huelga] sólo participa para decidir los concretos trabajadores que los prestarán (...); frente al otro sector jurisprudencial que considera que el acuerdo ha de alcanzarse no sólo respecto de los concretos trabajadores sino también en relación con los servicios a prestar”.<sup>117</sup>

Cualquiera fuera el caso, el ejemplo citado sirve como antecedente a favor de una determinación consensuada de los puestos de trabajo que deberán mantenerse ocupados en caso de huelga.

Hemos trazado así los principales aspectos que debería contener una regulación acerca de la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga. En resumen, se trata en primer lugar de modificar el artículo 82 del TUO de la LRCT para crear la obligación de pago al órgano independiente y establecer la preferencia por una fijación consensuada de los servicios mínimos; y en segundo lugar, de aprobar un decreto supremo que regule el procedimiento de divergencia.

Finalmente, el legislador debe tener presente que la garantía de los servicios mínimos no es el único requisito para que el derecho de huelga se ejercite conforme a ley. Existen otros

---

<sup>116</sup> STC 11/1981, de fecha 8 de abril, f.j. 20. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/11> (consulta: 19 de febrero de 2018). Aplicando dicho razonamiento, el referido colegiado ha declarado inconstitucional la última parte del artículo 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, el cual establecía que “[c]orresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios [de seguridad y mantenimiento]”.

<sup>117</sup> Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. *El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 73, año 2008, p. 350 (nota al pie 92). Disponible en: [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Revista73.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Revista73.pdf) (consulta: 19 de febrero de 2018).

más que consideramos debieran ser reformulados o reinterpretados para que puedan entenderse como razonables.

## **5. Aún puedes hacer más legislador: la flexibilización del control sobre las causas de la huelga, la simplificación de otros requisitos y una mejor interpretación de los mismos**

Sin que implique una renuncia a la lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga, el legislador podría regular los correspondientes requisitos en clave de garantía. Repárese, “controlar” no es lo mismo que “obstruir”. En este contexto, consideramos viable una reformulación del modelo laboral “atenuado” de huelga previsto en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, una mejor regulación sobre las huelgas por conflictos jurídicos.

### **5.1 La flexibilización del control sobre las causas de la huelga: un modelo laboral de huelga menos atenuado**

Conforme se ha detallado en los capítulos I y II de la presente investigación<sup>118</sup>, el modelo laboral de huelga se encuentra previsto en el artículo 63 del RLRCT, el cual señala que “[e]n caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada”.

Al respecto, debería llamarle la atención al legislador el hecho de que la huelga es empleada en estos casos como un medio de presión para el cumplimiento de la sentencia firme, lo cual resulta ineficiente, en nuestra opinión, porque la legislación peruana contempla ya mecanismos judiciales para la ejecución de las sentencias, incluidas las laborales.<sup>119</sup> Siendo esto así, el modelo laboral de huelga debería ser enfocado de una manera distinta.

En este punto, conviene tener en cuenta que los incumplimientos empresariales no se presumen, sino que deben ser acreditados. La cuestión entonces radica en definir un razonable estándar de prueba de aquellos incumplimientos. Sobre el particular, el legislador tiene un abanico de posibilidades, desde el más flexible hasta el más estricto: i) la afirmación de los trabajadores acompañada de documentos que demuestren el incumplimiento (por ejemplo, boletas de pago, hojas de liquidación de utilidades, etc.); ii) la verificación del incumplimiento por parte del inspector laboral, la cual merece fe conforme a ley<sup>120</sup>; iii) cualquier resolución de multa administrativa por la infracción laboral configurada a raíz del incumplimiento del empleador; iv) una resolución de multa firme en sede administrativa; v) cualquier sentencia judicial que declare el incumplimiento y vi) una sentencia firme.

---

<sup>118</sup> Véase supra, pp. 18-19 y 46-47.

<sup>119</sup> No debe olvidarse que, conforme al artículo 57.a) de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, las sentencias laborales firmes constituyen títulos ejecutivos que se tramitan en proceso de ejecución. Dependiendo del contenido de la obligación, el incumplimiento de la sentencia puede dar lugar a multas, acciones penales y medidas cautelares para futura ejecución forzada.

<sup>120</sup> Conforme al artículo 47 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, “[l]os hechos constatados por los servidores de la Inspección del Trabajo que se formalicen en las Actas de Infracción observando los requisitos establecidos, merecen fe, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los sujetos responsables, en defensa de sus respectivos derechos e intereses”.

En nuestra opinión, si se trata de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, conforme al mandato del artículo 28 de la Constitución Política, no podría optarse por el estándar de prueba más elevado, pues significaría en los hechos una obstrucción al ejercicio del derecho de huelga. En este contexto, tampoco considero suficiente una acreditación de parte acerca del incumplimiento empresarial. Entonces, así como se necesita la declaración de la autoridad (declaración de ilegalidad) para quebrar la presunción del ejercicio legítimo del derecho de huelga, consideramos que se necesita también una declaración del mismo tipo para entender de manera razonable que existe un incumplimiento del empleador.

Por tratarse de una medida de presión con perjuicios directos para el empleador, aquella declaración no podría residir únicamente en la constatación del inspector laboral, pues ella, por más que merezca fe, puede ser desvirtuada en sede administrativa. Igualmente, esperar algún pronunciamiento judicial para la activación del ejercicio del derecho de huelga puede restarle oportunidad y eficacia a la medida de presión que se pretenda realizar, dada la situación crítica de la justicia laboral. En tal sentido, nos inclinamos por la resolución de multa firme en sede administrativa como un estándar de prueba razonable por el que se pueda acreditar el incumplimiento del empleador para efectos del ejercicio del derecho de huelga.

De otro lado, el legislador también debería repensar si amplía o no las materias de la que trata el artículo 63 del RLRCT, pues dicho artículo sólo se refiere a incumplimientos de normas legales o producto del acuerdo de voluntades (típicamente, un convenio colectivo). Piénsese, por ejemplo, sobre la posibilidad de ejercer el derecho de huelga a raíz de un incumplimiento del empleador de un beneficio determinado unilateralmente.<sup>121</sup> Por ello, consideramos que el artículo 63 debería abarcar a cualquier incumplimiento de obligaciones en materia laboral y seguridad social. Por lo demás, ello iría acorde con los alcances materiales de la competencia de fiscalización de la autoridad inspectiva, lo cual es adecuado si tenemos en cuenta que el modelo laboral de huelga que proponemos tendría como base una resolución de multa firme en sede administrativa.

Ahora bien, si el legislador quisiera *ir más allá*, sin que esto implique su debacle política, podría considerar la posibilidad de prever consecuencias económicas contrarias al empleador cuando, finalmente, exista una sentencia judicial firme que declare el incumplimiento que motivó la huelga. Esta consecuencia económica negativa sería la obligación de reembolsar el salario no pagado a los trabajadores a consecuencia de la huelga realizada. En otras palabras, proponemos que, ante una *huelga por culpa del empleador*, éste tenga la obligación de pagar a los trabajadores el salario que dejaron de percibir por los días de paralización. Sobre el particular, la Corte Constitucional de Colombia ofrece una explicación interesante sobre esta materia:

“El efecto de la huelga en el no pago de salarios responde no sólo a razones jurídicas [la huelga es causa de suspensión perfecta del contrato, según los artículos 51.7 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo], sino a un principio de equidad, pues es injusto, irrazonable y desproporcionado que las consecuencias o perjuicios económicos que se derivan de la huelga deban recaer única y exclusivamente en una sola de las partes - los empleadores - y no en ambas, esto es, tanto en éstos como en los trabajadores. (...)

Distinta es la situación que se presenta en los casos en que la huelga de los trabajadores no sólo es lícita, sino que obedece a reclamaciones respecto de las condiciones de trabajo que se estiman perfectamente legítimas, y se origina en causas

---

<sup>121</sup> Cuestión que ya ha sido analizada antes por la doctrina. Véase AA.VV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A., 1994, p. 171.

que son imputables al empleador. **Es posible imputar la huelga a la culpa del empleador, cuando ella se origina en una conducta antijurídica de éste, como sería el incumplimiento de sus obligaciones o de los deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles v.gr., el pago de salarios.**

De este modo, cuando la huelga obedece a una justa causa [que es imputable al empleador] la suspensión de los contratos de trabajo equivale en la práctica a que el empleador haya dispuesto dicha suspensión y se justificaría el pago de los salarios, porque según el art. 140 del C.S.T. [Código Sustantivo del Trabajo] puede causarse [originarse] el salario sin prestación del servicio, cuando durante la vigencia del contrato su omisión se deriva de la disposición o de la culpa de aquél.

(...)

No obstante, advierte la Corte que la culpa del empleador, que es la causa de la responsabilidad de la huelga y que justifica el reconocimiento de salarios a los huelguistas, no se presume en estos casos; por lo tanto, a menos que se admita por aquél, requiere de la correspondiente declaración judicial.

(...)

De acuerdo con las consideraciones precedentes (...) la huelga suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure y, en consecuencia, el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y demás derechos laborales durante este lapso. Pero habrá lugar al pago de salarios y prestaciones cuando ésta sea imputable al empleador, por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles. (...).<sup>122</sup>

En la misma línea, la propuesta de Ley General de Trabajo del año 2006, elaborada en el seno del CNTPE, prevé una obligación de reembolso a favor de los huelguistas en caso exista una sentencia firme que declare el incumplimiento del empleador. Así, el artículo 400 del referido proyecto normativo, aprobado por consenso en el CNTPE, establece lo siguiente:

**Artículo 400.- Reembolso de remuneraciones y demás derechos económico laborales.**

En caso se determine en un proceso judicial que la huelga fue originada por el incumplimiento del empleador de disposiciones legales o convencionales, éste deberá abonar a los trabajadores las remuneraciones y demás derechos que les hubiera correspondido percibir durante el período en que se desarrolló la huelga.

En virtud a todo lo expuesto, proponemos la modificación del artículo 63 del RLRCT en los siguientes términos:

**Artículo 63.-** Procede la huelga por incumplimiento de obligaciones en materia laboral o de seguridad social, siempre que exista una resolución de sanción administrativa firme por parte de la autoridad inspectiva, que acredite dicho incumplimiento.

En caso se determine mediante sentencia firme la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de obligaciones indicado en el párrafo anterior, éste deberá abonar las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir a consecuencia de la paralización de labores.

Para finalizar, y tal como se mencionó en el capítulo I<sup>123</sup>, ni la LSC ni su Reglamento General prevén para el sector público disposiciones acerca del ejercicio del derecho de huelga en

<sup>122</sup> Sentencia C-1369/00 recaída en el expediente D-2764, de fecha 11 de octubre de 2000, fundamentos 2.6 y 2.8. Disponible en: Ministerio de Justicia de Colombia. Sistema Único de Información Normativa. [http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011219#ver\\_20011225](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011219#ver_20011225) (consulta: 11 de febrero de 2018). El resaltado es nuestro.

<sup>123</sup> Véase supra, p. 18.



caso de incumplimientos empresariales (en este caso, incumplimientos del Estado como empleador). El principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2.2 de la Constitución Política, exige un tratamiento similar sobre las posibilidades del ejercicio del derecho de huelga tanto en el sector privado como en el público, salvo motivos razonables que respalden alguna diferenciación.<sup>124</sup> Sobre el particular, no observo motivos razonables para negar en el servicio civil la configuración de un modelo laboral de huelga. Por ello, proponemos la incorporación de un inciso adicional (inciso 3) en el artículo 45 de la LSC, con un tenor similar a nuestra propuesta de modificación del artículo 63 del RLRCT:

#### **Artículo 45. Ejercicio de la huelga**

45.1 El derecho de huelga se ejerce una vez agotados los mecanismos de negociación o mediación. Para tal efecto, los representantes del personal deben notificar a la entidad sobre el ejercicio del citado derecho con una anticipación no menor a quince (15) días. Es ilegal el ejercicio del derecho de huelga que no haya cumplido con lo establecido en el presente artículo.

45.2 El ejercicio del derecho de huelga permite a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga y hasta su efectiva culminación.

**45.3 Procede la huelga por incumplimiento de obligaciones en materia laboral o de seguridad social, siempre que exista una resolución de sanción administrativa firme por parte de la autoridad inspectiva, que acredite dicho incumplimiento.**

**En caso se determine mediante sentencia firme la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de obligaciones indicado en el párrafo anterior, éste deberá abonar las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir a consecuencia de la paralización de labores.**

Seguramente, no pasará desapercibido al legislador que, con una propuesta como la formulada, pretendo también extender las competencias de la inspección laboral en el sector público. Como se sabe, actualmente, la inspección laboral en el sector público se limita únicamente a la vigilancia de los derechos de los servidores civiles sujetos al régimen laboral de la actividad privada.<sup>125</sup> Quedan así fuera del ámbito de actuación de la fiscalización laboral, por ejemplo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N° 1057 (Régimen del Contrato Administrativo de Servicios -CAS) o bajo el Decreto Legislativo N° 276, los cuales también integran el servicio civil. En este contexto, vía la fiscalización laboral como presupuesto para el ejercicio del derecho de huelga de los servidores civiles, aspiro a una inspección laboral sin límites irrazonables en el sector público. Corresponderá al legislador de turno asumir el reto por una mejor garantía del derecho de huelga y una tutela suficiente de los derechos de quienes también son sus electores (los servidores civiles).

---

<sup>124</sup> Repárese que uno de los componentes del principio de igualdad ante la ley consiste en la *igualdad de la ley o en la ley*, el cual “impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá – como pauta general – aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas”. Eguiguren Praeli, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: Revista *Ius et veritas*, año VIII, N° 15, p. 64.

<sup>125</sup> Al respecto, véase el artículo 4.1 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo; y el artículo 4.i de la Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), modifica la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales.

## 5.2 El requisito de la declaración jurada: ¿para qué sirve?

De partida, observamos un tratamiento diferenciado e injustificado en lo relativo a este requisito. En efecto, para el ejercicio regular del derecho de huelga en el sector público, el artículo 80 del Reglamento General de la LSC no exige la presentación de ninguna declaración jurada por la que se afirme el cumplimiento de los requisitos para la declaratoria de huelga. Siendo esto así, la declaración jurada sólo es una exigencia para el ejercicio del derecho de huelga en el sector privado.

El requisito de la declaración jurada aparece como una respuesta del legislador ante el refrendo notarial del acta de asamblea en el que se decide la huelga. En efecto, como el refrendo del notario sólo implica una legalización de la copia del acta de asamblea (Cuarta Disposición Complementaria del RLRCT) y no la obligación de que el notario presencie la reunión (en un rol cuasi vigilante de la realización de la asamblea), el legislador optó por obligar a los huelguistas a presentar un documento en el que declaren bajo juramento que cumplen con los requisitos para la declaratoria de huelga.<sup>126</sup>

En teoría, la presentación de una declaración jurada por la que se afirma el cumplimiento de requisitos legales suple la obligación material de presentar documentos que acrediten el cumplimiento de tales requisitos. Sin embargo, la lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga ha llevado al legislador a exigir la presentación de la declaración jurada como un requisito adicional a los demás, esto es, adicional a aquellos a los que la propia declaración pretende dar por cumplidos.

En efecto, la declaración jurada que exige el RLCRT debería acreditar por sí misma que la decisión de huelga obedece a una voluntad mayoritaria, expresada en asamblea y conforme a los estatutos de la organización sindical. Sin embargo, para estos mismos efectos, el RLRCT exige adicionalmente la presentación del acta de asamblea y el acta de votación. Así, una exigencia simultánea de estos tres documentos (declaración jurada, acta de asamblea y acta de votación) convierten en inútil el requisito de la declaración jurada.

Sumada a esta falta de utilidad, el requisito de la declaración jurada se torna lesivo al ejercicio del derecho de huelga. En efecto, dada su configuración como un requisito independiente y adicional a los demás, bastará la no presentación de la declaración jurada para entender que existe un ejercicio irregular de derecho de huelga, no obstante adjuntarse debidamente el acta de asamblea y el acta de votación. Al respecto, tal como afirma el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “[l]as condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales”.<sup>127</sup>

En este contexto, proponemos la derogación del inciso e) del artículo 65 del RLRCT, el cual establece, como requisito para la declaratoria de huelga, una “Declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, que en Asamblea sea designado específicamente para tal efecto, de que la decisión se ha adoptado

---

<sup>126</sup> Tal como ha afirmado la doctrina, “(...) con esta declaración jurada se pretende complementar la refrendación del notario, interpretada por el reglamento en mera legalización”. AA.VV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Op.cit., p. 169.

<sup>127</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical (...)*. Op. cit., párrafo 547.

cumpléndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley [se refiere a la voluntad mayoritaria para realizar la huelga, expresada mediante votación en asamblea y conforme a los estatutos sindicales]".

Con la eliminación del requisito de la declaración jurada para el ejercicio del derecho de huelga en el sector privado, superamos la crítica que podría realizarse a la actual regulación desde el principio de igualdad ante la ley (considerando que tal requisito no existe para el ejercicio del derecho de huelga en el sector público), así como avanzamos hacia una regulación razonable de los requisitos para la declaratoria de huelga.

Desde luego, existen otras alternativas que intuyo que el legislador de turno no las consideraría tan atractivas. Una de ellas es, en la lógica de la simplificación administrativa, admitir como suficiente la presentación de una declaración jurada, para entender que los trabajadores u organización sindical han adoptado el acuerdo de huelga conforme a ley. Tal como propone Miranda Hurtado:

"Parece haber una contradicción entre exigir [para la calificación de la huelga] una declaración jurada en la que se declara que se cumple todos los requisitos de la Ley; con exigir luego, copia del acta de asamblea o copia del acta de votación. Por simplificación administrativa, debería bastar una declaración jurada respecto del cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales sobre la votación de la huelga.

En caso de huelgas de eficacia general, sí debería exigirse la presentación de tal documentación".<sup>128</sup>

Sobre el particular, observamos que la idoneidad de esta propuesta no prosperaría debido a la tradicional lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga. En tal sentido, y considerando que nuestra intención es proponer alternativas de regulación que posean la menor resistencia posible de los actores sociales, nos inclinamos por la derogación del requisito referido a la declaración jurada, dejando subsistente la obligación general de presentar el acta de asamblea y el acta de votación para la calificación de la huelga. Por lo demás, ésta es la línea que sigue, en consenso, el CNTPE en su proyecto de Ley General de Trabajo.<sup>129</sup>

### **5.3 El obstáculo a las huelgas acordadas por delegados**

Nuevamente se observa la vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando la huelga es acordada en asamblea integrada por representantes de los trabajadores o de las organizaciones sindicales, es decir, por los delegados.

La adopción de una huelga en asamblea de delegados es común, por ejemplo, en organizaciones sindicales de grado superior (federaciones o confederaciones), en cuyo caso los delegados representan a los sindicatos que integran aquellas organizaciones; y también es común en sindicatos con un importante alcance territorial, en cuyo caso, los delegados podrían representar a cada una de las bases o secciones sindicales.

Cualquiera fuera el supuesto, observamos que el Reglamento General de la LSC y el TUO de la LRCT regulan este supuesto de manera distinta, y sin una aparente justificación. En

<sup>128</sup> Miranda Hurtado, Guillermo. Op.cit., p. 62.

<sup>129</sup> En efecto, el artículo 397 del proyecto de Ley General de Trabajo establece como requisito la presentación del acta de asamblea en que se acordó la huelga, sin exigir declaración jurada alguna.

efecto, mientras la primera norma establece que “[t]ratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión [de huelga] será adoptada en asamblea convocada expresamente” (artículo 80.d), la segunda dispone que “[t]ratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases” (artículo 73.b).

Más allá de que el TUO de la LRCT asume erróneamente que una asamblea de delegados se puede configurar sólo en sindicatos de actividad o gremio, repárese que para las huelgas del sector público sólo se exige que la asamblea haya sido convocada expresamente; mientras que, para las huelgas del sector privado, se exige, además, una ratificación posterior por las bases, de forma que “la decisión de llevar a cabo la paralización de labores quedará supeditada a su ratificación por las bases” (artículo 64 del RLRCT).

Atendiendo a que no observamos un motivo razonable para esta diferenciación en el tratamiento de las huelgas acordadas por asamblea de delegados, consideramos importante que se uniformice la regulación en este aspecto. Por ello, proponemos asumir el estándar establecido por el Reglamento General de la LSC y, en tal sentido, sugerimos la modificación del artículo 73.b del TUO de la LRCT en los siguientes términos:

**Artículo 73.-** Para la declaración de huelga se requiere:

(...)

b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.

El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad.

**Tratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente.**

De esta forma, además, se suprime la obligación legal de la ratificación posterior de la huelga por las bases; ratificación que no se encuentra prevista para las huelgas en el sector público y que debiera ser, en nuestra opinión, una materia de libre regulación por las organizaciones sindicales, en uso de la libertad que éstas tienen para organizar su programa de acción. Por ejemplo, éstas podrían prever, en lugar de una ratificación posterior, que el delegado asista con el respectivo acuerdo de sus representados en apoyo a la huelga que pudiera adoptarse en la asamblea; inclusive, cada base u organización representada en la asamblea podría conferir a su delegado poder suficiente para que adopte la decisión que él mejor estime conveniente. De lo que se trata aquí es de entender que la relación entre el delegado y sus representados, inclusive para efectos de la calificación de una huelga, es un asunto sindical interno, en el que la autoridad no debiera intervenir.

Finalmente, y como resulta evidente, la modificación del artículo 73.b del TUO de la LRCT debería ir acompañada de la derogación del artículo 64 del RLRCT, que regula a nivel reglamentario las condiciones que las bases deben cumplir para ratificar el acuerdo de huelga adoptado por los delegados.

#### **5.4 La reinterpretación de otros requisitos en clave de garantía**

Para finalizar con la presente investigación, restar abordar algunos aspectos en los que, más que necesitarse una modificación normativa, únicamente se requiere interpretaciones en clave de garantía del ejercicio del derecho de huelga, por parte del órgano calificador.

En primer lugar, si bien es cierto que el ejercicio del derecho de huelga exige el correspondiente preaviso de 5 días, 10 días o 15 días, según el caso, el incumplimiento de este requisito no debiera por sí solo motivar un pronunciamiento contrario del órgano calificador. Si el preaviso tiene por finalidad principal que el empleador adopte oportunamente las medidas que mejor convenga a sus legítimos intereses, entonces debiera leerse el cumplimiento de este requisito conforme a dicha finalidad.<sup>130</sup>

En tal sentido, si la duración de la huelga lo permite, parte de los días que integran la medida de fuerza podrían emplearse para completar los días de preaviso incumplidos. Así, el efecto del incumplimiento del preaviso no sería la ilegalidad de la huelga, sino sólo una postergación del inicio de la huelga y una menor duración de la misma. Ésta es una interpretación que puede emplear el órgano calificador para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los intereses del empleador y de los terceros que pudieran verse afectados por la medida de fuerza.

Sobre el particular, si bien restringiendo la obligación de preaviso únicamente a los casos en que la huelga compromete servicios esenciales o actividades indispensables (criterio que no compartimos), Miranda Hurtado desarrolla la idea anteriormente expuesta:

“Entendemos que este plazo [de preaviso] tiene sentido cuando hay servicios esenciales y labores indispensables en concurrencia. Por ello, si no hay estas circunstancias, el plazo no es esencial y por tanto su incumplimiento no debería originar una situación de improcedencia.

De otro lado, en el caso de que sí estemos ante tales situaciones, el plazo debe ser verificado. Sin embargo, su incumplimiento no necesariamente debe producir una declaración de improcedencia. Si se advierte que la duración de la huelga será prolongada, entonces, en vez de declararse la improcedencia, debería declararse la procedencia de la huelga a partir del momento en que se cumpla el plazo. Ésta es una interpretación respetuosa del derecho de huelga, y armónica con la protección de los derechos de terceros. (...) Por ejemplo, si la huelga se propone iniciar el día 5, pero la comunicación [de huelga] a tal día solo cumple con 4 [días de preaviso], entonces se debería declarar la procedencia a partir del día 6; salvo que ello no sea posible, por ejemplo, si la huelga se acordó realizarse sólo por el día 5”.<sup>131</sup>

Siendo esto así, en lugar de declarar la ilegalidad de la medida de fuerza, el órgano calificador de la huelga debería evaluar en cada caso si resulta posible *subsanan de oficio* el incumplimiento del plazo de preaviso, conforme a lo anteriormente señalado.

En segundo lugar, el requisito de prever expresamente la adopción de la huelga como punto de agenda de la asamblea de delegados (artículos 80.d del Reglamento General de la LSC y 73.b del TUO de la LRCT) debiera evaluarse de manera razonable, es decir, descartándose cualquier lectura formalista de este requisito. A tal efecto, para entenderlo por cumplido, debiera bastarle al órgano calificador que la agenda de la asamblea contemple tácitamente la realización de una huelga, mediante expresiones genéricas que

---

<sup>130</sup> Conforme lo señala la doctrina, “[l]a comunicación al empleador tiene diversos objetivos. En primer lugar, cumple la función de dar un tiempo prudencial para que se tomen las providencias necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos de los servicios esenciales y de los servicios de seguridad o mantenimiento. El segundo lugar, el aviso de huelga surte el efecto [de] ejercer una presión sobre el empleador con la finalidad de que busque una solución al conflicto antes del inicio de la huelga”. AA.VV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Op. cit., p. 167.

<sup>131</sup> Miranda Hurtado, Guillermo. Op. cit., pp. 63 y 73.

la incluyan por sentido común, por ejemplo, “paros”, “medidas de fuerza”, “acciones de lucha”, etc. Repárese, tal como se explicó en el capítulo II<sup>132</sup>, no es lo mismo que la huelga no figure en la agenda, que figure incluida en otras expresiones que guardan relación con ella. En resumen, apostamos por una lectura de este requisito que supere cualquier interpretación literal y restrictiva del mismo.

En tercer lugar, y conforme a lo señalado en el capítulo I<sup>133</sup>, el modelo polivalente de huelga sí tiene recepción en nuestro ordenamiento jurídico, aunque presenta problemas de aplicación porque la legislación lo circunscribe principalmente al escenario de una negociación colectiva, lo cual no es adecuado porque las huelgas polivalentes trascienden el ámbito de la relación laboral.

El problema de aplicación antes indicado se resuelve interpretando uno de los requisitos para la declaratoria de la huelga: el no sometimiento de la negociación colectiva a arbitraje (artículos 80.f del Reglamento General de la LSC y 73.d del TUO de la LRCT). En lugar de entenderse, por este requisito, que la huelga sólo tiene cabida en el marco de una negociación colectiva (sin perjuicio del supuesto de huelga por incumplimientos empresariales), podría interpretarse que este requisito es aplicable *cuando* la huelga tenga lugar *a propósito* de una negociación colectiva. De esta manera, las huelgas polivalentes, por ejemplo, aquellas realizadas en protesta de determinadas políticas económico-laborales, no tendrían que cumplir con el requisito en mención para ser consideradas respetuosas del ordenamiento jurídico.

Ayuda a esta interpretación el artículo 75 del TUO de la LRCT, para las huelgas del sector privado, y el artículo 45 de la LSC, en el caso de las huelgas del sector público. La primera norma señala que “[e]l ejercicio del derecho de huelga supone haber agotado previamente la negociación directa entre las partes respecto de la materia controvertida”; y la segunda, que “[e]l derecho de huelga se ejerce una vez agotados los mecanismos de negociación o mediación”. Una lectura amplia de estas normas sugiere a la huelga como un medio de defensa para distintas materias controvertidas o conflictos laborales, con la condición de agotarse previamente el tratamiento directo del conflicto laboral y, claro está, cumplirse los demás requisitos legales para el ejercicio regular del derecho de huelga.<sup>134</sup> Repárese, además, que ambas normas no limitan expresamente la materia controvertida o el conflicto laboral a lo que ocurren en el seno de una relación colectiva de trabajo.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Véase supra, pp. 50-51.

<sup>133</sup> Véase supra, pp. 26-28.

<sup>134</sup> Si bien circunscribe la aplicación del artículo 75 del TUO de la LRCT al escenario de una relación laboral, ya la doctrina ha interpretado que la materia controvertida a la que se refiere esta norma no sería únicamente la negociación colectiva: “La materia controvertida a la que hace alusión el artículo bajo comentario no se refiere exclusivamente al proceso de negociación colectiva regulado en la LRCT, sino que puede entenderse en todos aquellos conflictos entre trabajadores y empleadores, con excepción de los conflictos jurídicos normados por el art. 63 del Reglamento, en los que debe esperarse la resolución judicial definitiva. La suposición de haber agotado previamente la negociación directa significa, en principio, haber culminado la etapa en la cual las partes tratan el conflicto de manera directa, sin intermediarios o terceros”. AA.VV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Op. cit., p. 174.

<sup>135</sup> En esa línea, en apoyo a las huelgas polivalentes, considero que “las partes” a las que se refiere el artículo 75 del TUO de la LRCT (es decir, las partes que negocian la materia controvertida) no tienen por qué ser necesariamente las partes de una relación colectiva de trabajo. El texto de este artículo permite incluir, como una de “las partes”, a los actores encargados de la formulación de las políticas económico-laborales, como el Poder Ejecutivo (a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, por ejemplo).

Por último, y si bien no corresponde al terreno de la interpretación, no podemos dejar de mencionar la importancia de que el órgano calificador de la huelga brinde la posibilidad de subsanar el cumplimiento de aquellos requisitos omitidos por los huelguistas o cumplidos parcialmente, siempre que aquella corrección de parte sea posible. Por ejemplo, debería permitirse la subsanación del refrendo notarial cuando se haya presentado únicamente una copia simple del acta de asamblea. Sólo en este escenario garantista, podría permitirse, en mi opinión, mantener un requisito de escasa utilidad, como es la presentación de la copia del acta de asamblea legalizada por notario.

En conclusión, y tal como se ha podido apreciar a lo largo del presente capítulo, la reconfiguración del derecho de huelga que proponemos al legislador implica un modelo de control que se aproxima a la regulación de este derecho en clave de garantía.

Las ideas antes indicadas se concretizan en los 4 proyectos normativos que figuran en el anexo de la presente investigación. El legislador tiene así propuestas que mejoran el estándar de regulación sobre el derecho de huelga, y que si bien podrían estar sujetas a comentarios y críticas, representan una medida ponderada que trata de sumar la menor cantidad de resistencias posibles por parte de los actores sociales. Corresponde a legislador tomar la decisión: ¿si se trata de hacer algo, por qué no ahora?



## CONCLUSIONES

1. El ejercicio del derecho de huelga en el Perú se encuentra sujeto a una lógica de control. El control se ejerce a través de la legislación y la jurisprudencia del órgano calificador de las huelgas.
2. La primera manifestación de la lógica de control reside en la limitación de las causas de la huelga.

La huelga puede tener su origen en un conflicto colectivo económico (típicamente, la negociación colectiva); en un conflicto jurídico en el marco de la relación de trabajo (principalmente, incumplimientos del empleador de disposiciones legales o convencionales); o en una materia que trasciende la relación laboral, pero que guarda relación con los intereses de los trabajadores (por ejemplo, la adopción de políticas estatales en materia laboral). En razón a estas causas, puede configurarse en la realidad un modelo contractual, laboral o polivalente de huelga, respectivamente.

3. La limitación de las causas de la huelga se refleja en la regulación de un modelo laboral atenuado, así como en el establecimiento de un modelo polivalente de huelga impracticable en la realidad.

Existe un modelo laboral atenuado porque la legislación condiciona la huelga por conflictos jurídicos a la existencia de una sentencia firme relacionada al incumplimiento empresarial de disposiciones legales o convencionales. Además, este tipo de huelgas sólo es posible en el sector privado, pues las normas del sector público no la contemplan (sólo regulan las huelgas derivadas de una negociación colectiva).

Se trata de una limitación importante al ejercicio del derecho de huelga porque, según los registros del MTPE, la huelga en el Perú obedece principalmente a conflictos colectivos jurídicos que se mantienen con el empleador, y no a conflictos derivados de la negociación colectiva. Sumado a ello, no existe un Sistema de Inspección del Trabajo que, a través de una adecuada fiscalización laboral de las obligaciones del empleador, compense este modelo laboral atenuado de huelga.

4. Igualmente, la legislación limita las causas de la huelga porque prevé un modelo polivalente acotado al escenario de una negociación colectiva o al contexto de un incumplimiento empresarial sentenciado judicialmente; esto es, la legislación restringe el desarrollo de la huelga polivalente a lo que sucede en la relación de trabajo.

Como la huelga polivalente supone por lo general un conflicto socio laboral que trasciende al empleador (por ejemplo, son huelgas polivalentes aquellas contra políticas de flexibilización laboral), una regulación que acote su ejercicio a aquellos dos escenarios la convierte en impracticable.




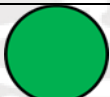
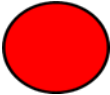
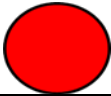
5. No obstante lo señalado, la lógica de control sobre las causas de la huelga no es perfecta. A raíz de un defecto en la legislación, las huelgas improcedentes se equiparan prácticamente, en razón a sus efectos, a las huelgas procedentes, es decir, a aquellas amparadas por la legislación. En tal sentido, los trabajadores pueden ejercer cualquier tipo de huelga bajo el modelo laboral o polivalente *hasta* que exista una declaración de ilegalidad firme en sede administrativa y el empleador realice el consiguiente llamado de retorno a las labores.

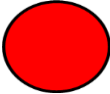


6. La segunda manifestación de la lógica del control sobre el ejercicio del derecho de huelga consiste en naturaleza estatal del órgano calificador. Por una elemental garantía de imparcialidad, la calificación de las huelgas debería encontrarse a cargo de un órgano independiente y no de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT).
7. La jurisprudencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo, con ocasión de la calificación de las huelgas, constituye una tercera manifestación de la lógica del control sobre el ejercicio del citado derecho.

El siguiente gráfico detalla los criterios de la Autoridad Administrativa de Trabajo en torno al cumplimiento de los requisitos legales para la declaratoria de la huelga. El color verde representa una posición de garantía, mientras el color rojo significa una posición de control (de grado intenso o intermedio) sobre el ejercicio del derecho de huelga.

**Cuadro 27**  
**Tablero de control sobre los requisitos de la huelga**

<b>Requisitos de fondo</b>	<b>Posición de control o garantía del MTPE</b>	<b>Razones (pronunciamientos AAT)</b>
Defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.		Configuración amplia de las materias defendibles, pero ineficaz por existir limitaciones legales a las causas para ejercer el derecho de huelga.  Estas limitaciones legales son aplicadas de forma estricta por la AAT.
Voluntad mayoritaria para realizar la huelga expresada en una votación en Asamblea y conforme a los estatutos.		AAT respeta la configuración de la voluntad colectiva y ésta no se menoscaba ante diferencias no sustanciales entre número de votantes y número de asistentes a la asamblea.
Garantía de prestación de servicios mínimos en las actividades indispensables del empleador o en los servicios esenciales que éste presta a la comunidad.		Existe una evolución hacia una lectura que favorece el cumplimiento de este requisito en contextos de divergencia.
Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.		El arbitraje potestativo a solicitud del empleador no menoscaba el derecho de huelga.
<b>Requisitos de forma</b>	<b>Posición de control o garantía del MTPE</b>	<b>Razones (pronunciamientos AAT)</b>
Preaviso al empleador y a la Autoridad de Trabajo; acompañando copia del acta de votación.		Definición no objetiva sobre los servicios esenciales conduce a mayor tiempo de preaviso en huelgas en empresas estatales.  Posibilidad de preaviso mediante las tecnologías de la información y comunicaciones.
Legalización por notario o juez de paz de la copia del acta de asamblea.		No se brinda a los huelguistas posibilidad de subsanación.

Declaración jurada de que la decisión se adoptó conforme a los requisitos previstos.		Antes del último cambio normativo, la AAT exigía la firma de todos los miembros de la junta directiva; y sigue latente el control administrativo sobre la correcta elección de tales miembros.
--	---	--

8. La lógica del control puede flexibilizarse, sin que el legislador abandone por completo su tradicional visión patológica del conflicto laboral. Entre las medidas que consideramos viables se encuentran las siguientes:

a) La configuración de un órgano tripartito al interior del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo que, en su condición de órgano independiente, se encargue de la calificación de las huelgas.

b) La reformulación de los requisitos para la declaratoria de la huelga, lo que implica:

- Eliminar el requisito de la declaración jurada, por resultar inútil.
- Eliminar el requisito de la ratificación posterior del acuerdo de huelga adoptado por delegados, pues esta materia debería corresponder a la determinación interna de las organizaciones sindicales.
- Reemplazar el requisito de la sentencia firme por el de una resolución administrativa firme, cuando se trata de huelgas por incumplimientos laborales.
- Regular el procedimiento de divergencia para una adecuada garantía de los servicios mínimos en caso de huelga.
- Reinterpretar el alcance de otros requisitos para permitir el ejercicio de las huelgas polivalentes y para que, en general, no exista per se una calificación negativa de la medida de fuerza en caso se incumpla con i) la obligación de preaviso, o ii) la previsión expresa de la huelga como punto de agenda de la asamblea (cuando ésta se encuentra compuesta por delegados) o iii) el refrendo notarial del acta de asamblea.

c) Solucionar el defecto de la lógica de control, indicado anteriormente, mediante la regulación de una sola forma de calificación de las huelgas contrarias al ordenamiento jurídico (“ilegalidad” de la huelga), seguida de la prohibición de realizar o continuar con la medida de fuerza.

La prohibición tendría lugar con la declaración de ilegalidad en primera instancia, atendiendo a que a partir de ella no se puede presumir el ejercicio legítimo del derecho de huelga y a que dicha declaración fue pronunciada por un órgano independiente y sobre la base de los requisitos razonables que proponemos.

9. Las medidas señaladas en el punto anterior se traducen en 4 proyectos normativos, los que se encuentran en el anexo normativo de la presente investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arce Ortiz, Elmer. *Límites internos y externos al derecho de huelga*. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Grijley, 2009.
- AA.VV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A., 1994.
- Blancas Bustamante, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- Centro de Peritaje “Guillermo Vaudenay Reyes” del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú. *Carta N° 2713-2017/CP/CDL/CIP*, de fecha 11 de diciembre de 2017. Lima.
- Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). *Informe a la I AND presentado por Gerónimo López Sevillano a nombre del Consejo Nacional de la CGTP*. En:  
<https://es.scribd.com/document/352179940/Informe-para-Asamblea-Nacional-de-Delegados-de-la-CGTP-24-06-17#download>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1369/00 recaída en el expediente D-2764, de fecha 11 de octubre de 2000. Disponible en:  
[http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011219#ver\\_20011225](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011219#ver_20011225)
- De Echave, José. *Minería en el Perú: de nuevo el tema laboral*. En: Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL). En: <https://www.ocmal.org/3755/>
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: Revista *Ius et Veritas*, año VIII, N° 15.
- Ermida Uriarte, Óscar. *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Tercera edición, 2012.
- Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP). *Libro de Actas*. Disponible en la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (libro con registro N° 198).
- García Quiñones, Juan Carlos. *Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga: Sentencia TC 184/2006, de 19 de junio*. En: García Murcia, Joaquín (dir.). *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios. 20 casos de jurisprudencia constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2014.
- Ghibellini, Mario. “Entrevista a Javier Barreda (Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo)”. En *De 6 a 9*. Canal N (#8). 26 de enero de 2018. Disponible en:  
<http://canaln.pe/actualidad/ministro-barreda-planteara-recomposicion-consejo-nacional-trabajo-n308303>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática

- *Informes Técnicos Mensuales – Producción Nacional 2000-2016.*  
En: <http://www.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/produccion-nacional/1/>
- *Panorama de la economía peruana 1950-2016. Año base 2007.*  
En:  
[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitaless/Est/Lib1424/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1424/libro.pdf)
- *Perú: Serie de Cuentas Nacionales 1950-2013. Año base 2007.*  
[http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitaless/Est/Lib1160/index.html](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1160/index.html)
- Larrea, Jorge (Secretario Técnico del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo). *Comunicado Sr. Ministro. Ley General de Trabajo.* Correo electrónico del 18 de setiembre de 2017 a Renato Sarzo.
- Maturrano León de Reynaga, Noemí. *Respuesta a la Solicitud de Acceso a la información Pública HR. N° 31971-2017.* Correo electrónico del 31 de mayo de 2017, de SUNAFIL a Renato Sarzo.
- Ministerio de Educación.
  - *Resolución Ministerial N° 399-2017-MINEDU*, de fecha 07 de julio de 2017. Disponible en:  
<http://www.educaciontacna.edu.pe/web/media/disposiciones/normas-37065e1383.pdf>
  - *Resolución Ministerial N° 400-2017-MINEDU*, de fecha 07 de julio de 2017. Disponible en:  
<https://www.ugel04.gob.pe/avisos/item/1001-rm-n-400-2017-minedu-declaran-improcedente-huelga-nacional-indefinida>
  - *Resolución Ministerial N° 484-2017-MINEDU*, publicada el 2 de setiembre de 2017 en el Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Consulta jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico*, de fecha 23 de febrero de 2017.
- Ministerio de Justicia de Colombia. Sistema Único de Información Normativa. Disponible en: <http://www.suin-juriscal.gov.co>
- Ministerio Público. *Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1158-2014-MP-FN*, de fecha 28 de marzo de 2014. Publicada el 01 de abril de 2014 en el Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Salud. *Informe N° 144-2010-DSO/ASHO/DIGESA*, de la Dirección General de Salud Ambiental, de fecha 19 de agosto de 2010.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

- *Anuarios Estadísticos Sectoriales.*  
En: <http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- Boletines Trimestrales *Leyendo Números (nivel nacional) 2016.*  
En: <http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/leyendo-numeros/>
- *Huelgas en el Perú 2016.*  
En:  
[http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/huelgas/2016/HUELGAS\\_2016-1.pdf](http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/huelgas/2016/HUELGAS_2016-1.pdf)
- Informe N° 1178-2015-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica, de fecha 04 de setiembre de 2015.
- Resolución Directoral General N° 021-2014-MTPE/2/14, de fecha 27 de febrero del 2014.
- Resolución Directoral General N° 094-2014-MTPE/2/14, de fecha 25 de junio del 2014.
- Resolución Directoral General 104-2014-MTPE/2/14, de fecha 17 de julio del 2014.
- Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de julio del 2014.
- Resolución Directoral General N° 108-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de julio del 2014.
- Resolución Directoral General N° 114-2014-MTPE/2/14, de fecha 24 de julio del 2014.
- Resolución Directoral General N° 128-2014-MTPE/2/14, de fecha 08 de setiembre del 2014.
- Resolución Directoral General N° 130-2014-MTPE/2/14, de fecha 09 de setiembre del 2014.
- Resolución Directoral General N° 205-2014-MTPE/2/14, de fecha 18 de diciembre del 2014.
- Resolución Directoral General N° 215-2014-MTPE/2/14, de fecha 30 de diciembre del 2014.
- Resolución Directoral General N° 29-2015-MTPE/2/14, de fecha 30 de marzo del 2015.
- Resolución Directoral General N° 072-2015-MTPE/2/14, de fecha 27 de mayo del 2015.
- Resolución Directoral General N° 082-2015-MTPE/2/14, de fecha 15 de junio del 2015.
- Resolución Directoral General N° 123-2015-MTPE/2/14, de fecha 23 de julio del 2015.
- Resolución Directoral General N° 124-2015-MTPE/2/14, de fecha 30 de julio del 2015.
- Resolución Directoral General N° 213-2015-MTPE/2/14, de fecha 29 de diciembre del 2015.
- Resolución Directoral General N° 09-2016-MTPE/2/14, de fecha 08 de enero de 2016.
- Resolución Directoral General N° 021-2016-MTPE/2/14, de fecha 18 de enero de 2016.

- Resolución Directoral General N° 033-2016-MTPE/2/14, de fecha 17 de febrero del 2016.
  - Resolución Directoral General N° 53-2016-MTPE/2/14, de fecha 07 de abril del 2016.
  - Resolución Directoral General N° 70-2016-MTPE/2/14, de fecha 05 de mayo del 2016.
  - Resolución Directoral General N° 88-2016-MTPE/2/14, de fecha 13 de junio del 2016.
  - Resolución Directoral General N° 129-2016-MTPE/2/14, de fecha 7 de octubre de 2016.
  - Resolución Directoral General N° 136-2016-MTPE/2/14, de fecha 02 de noviembre de 2016.
  - Resolución Directoral General N° 158-2016-MTPE/2/14, de fecha 30 de noviembre del 2016.
  - Resolución Directoral General N° 13-2017-MTPE/2/14, de fecha 27 de enero del 2017.
  - Resolución Directoral General N° 60-2017-MTPE/2/14, de fecha 04 de mayo del 2017.
- Miranda Hurtado, Guillermo. *La huelga y sus límites*. En: Revista Diálogo y concertación laboral. Año 2016, N° 2.
  - Montoya Melgar, Alfredo. *La huelga en España*. En: Pasco Cosmópolis, Mario (coord.). *La huelga en Iberoamérica*. Lima: Aele, 1996.
  - Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. Undécima edición, 2015.
  - Ojeda Avilés, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos. Tercera edición, 2014.
  - Organización Internacional del Trabajo (OIT).
    - Informe N° 326 del Comité de Libertad Sindical, noviembre 2001. Caso 2111, (caso cerrado). Fechas de presentación de queja: 9 de mayo y 27 de noviembre de 2001. En: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:2906113](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2906113)
    - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994. En: [http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-4B\).pdf](http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-4B).pdf).
    - *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006. En: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_090634.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf)

- *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, primera edición, 2012. En:  
[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_174832.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf)
- Poder Judicial del Perú.
  - *Directiva N° 001-2017-GG-PJ: Procedimiento para la recuperación de horas por la paralización de labores del día 10 de octubre, 03, 04, 08, 09 y 10 de noviembre y la huelga nacional indefinida a partir del 22 de noviembre de 2016,* (puntos 5.2 y 6.1). Aprobada por la Resolución Administrativa de la Gerencia General del Poder Judicial N° 038-2017-GG-PJ, de fecha 11 de enero de 2017. Disponible en:  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/80df3a804fafba0bb86abd3c2e1079b4/RA+038-2017-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=80df3a804fafba0bb86abd3c2e1079b4>
  - *Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 300-2016-P-PJ,* de fecha 02 de noviembre de 2016. Disponible en:  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed3ada804ed33640a36cab5586b86059/RA\\_300\\_2016\\_P\\_PJ-02\\_11\\_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed3ada804ed33640a36cab5586b86059](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed3ada804ed33640a36cab5586b86059/RA_300_2016_P_PJ-02_11_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed3ada804ed33640a36cab5586b86059)
- Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. *El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica.* En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 73, año 2008. Disponible en:  
[http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Revista73.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Revista73.pdf)
- República Oriental del Uruguay. Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales. Disponible en: <http://www.impo.com.uy/>
- Sarzo Tamayo, Víctor Renato. *Visión crítica del procedimiento administrativo de divergencia. A propósito del ejercicio del derecho de huelga en el Perú.* En: Soluciones Laborales, año 10, N° 109, enero de 2017.
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).
  - *Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM,* de fecha 25 de febrero de 2015.
  - *Informe N° 35-2017-SUNAFIL/SG-OGPP,* de fecha 23 de febrero. *Demanda adicional de recursos presupuestarios a favor del Pliego 121: SUNAFIL para el Año Fiscal 2017.* Lima. Anexo 01.
- Tostes, Marta y Alfredo Villavicencio. *Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú.* En: Revista Derecho PUCP, Lima, año 2012, N° 68.

- Tribunal Constitucional del Perú
  - Sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005.
  - Sentencia recaída en el expediente N° 03311-2005-PA/TC, de fecha 05 de enero de 2006.
  - Sentencia recaída en el expediente 2318-2007-PA/TC, de fecha 28 de enero de 2009.
  - Sentencia recaída en el expediente 2211-2009-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2010.
  - Sentencia recaída en el expediente N° 01405-2010-PA/TC, de fecha 06 de diciembre de 2010.
  - Sentencia recaída en el expediente 2865-2010-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2011.
  - Sentencia recaída en el expediente 2714-2010-PA/TC, de fecha 03 de mayo de 2012.
  - Sentencia recaída en el expediente 020-2012-PI/TC, de fecha 16 de abril de 2014.
  - Sentencia recaída en los expedientes 021-2012-PI/TC, 008-2013-PI/TC, 009-2013-PI/TC, 010-2013-PI/TC y 013-2013-PI/TC, de fecha 31 de octubre de 2014.
  - Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014.
  - Sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2015.
  - Sentencia recaída en los expedientes N° 003-2013-PI/TC, N° 004-2013-PI/TC y N° 00023-2013-PI/TC, de fecha 03 de setiembre de 2015.
  - Sentencia recaída en los expedientes N° 0025-2013-PI/TC, N° 0003-2014-PI/TC, N° 008-2014-PI/TC y N° 0017-2014-PI/TC, de fecha 26 de abril de 2016.
  - Sentencia recaída en el expediente N° 06681-2013-PA/TC, de fecha 23 de junio de 2016.
  
- Tribunal Constitucional de España
  - STC 27/1989, de fecha 03 de febrero, f.j. 1. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1233>
  - STC 11/1981, de fecha 8 de abril, f.j. 20. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/11>
  
- Vidal, Álvaro, Cuadros, Fernando y Christian Sánchez. *Flexibilidad laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: un balance tras 20 años*. En: Revista CEPAL. Santiago de Chile, año 2012, N° 175. Serie Políticas Sociales. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6188/1/S1100960\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6188/1/S1100960_es.pdf)
  
- Villavicencio Ríos, Alfredo. *Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular)*. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Grijley, 2008.



## ANEXO NORMATIVO

Ley Nº \_\_\_\_\_

El Presidente de la República.

Por cuanto el Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

### **Ley que modifica la regulación del derecho de huelga prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en la Ley del Servicio Civil**

#### **Artículo 1.- Modificación del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo**

Modifíquese los artículos 73, inciso b), 82 y 84, e incorpórese la Cuarta Disposición Final al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR; los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

**Artículo 73.-** Para la declaración de huelga se requiere:

(...)

b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.

El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad.

**Tratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente.**

**Artículo 82.-** Los servicios mínimos en los servicios esenciales y en las actividades indispensables del empleador se determinan por acuerdo de partes. A falta de acuerdo, la determinación de los servicios mínimos la realiza el empleador.

Los servicios mínimos se comunican a la Autoridad Administrativa de Trabajo durante el primer trimestre de cada año, para conocimiento. En caso se trate de una determinación unilateral de los servicios mínimos, el empleador, en su comunicación, debe acreditar el agotamiento de las negociaciones con los trabajadores u organización sindical e indicar el sustento técnico y jurídico correspondiente.

Los casos de divergencia sobre los servicios mínimos son resueltos por un órgano independiente. La Autoridad de Trabajo dicta la correspondiente resolución que determina los servicios mínimos, atendiendo a lo señalado por el referido órgano.

El pago del órgano independiente es asumido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, empleadores y trabajadores u organización sindical. En ningún caso, el costo que asuman los trabajadores u organización sindical puede representar en los hechos un obstáculo para iniciar el procedimiento de divergencia. El reglamento establece las reglas para el pago del órgano independiente.

Los trabajadores u organización sindical garantizan el funcionamiento de los servicios mínimos en caso de huelga. Aquellos trabajadores que sin causa

justificada dejen de cumplir los servicios mínimos, serán sancionados de acuerdo a ley.

**Artículo 84.-** La huelga será declarada ilegal:

- a) **Si incumple los requisitos para su declaratoria, previstos en el artículo 73.**
- b) Por haberse producido, con ocasión de ella, violencia sobre bienes o personas.
- c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81.
- d) Por no cumplir los trabajadores con lo dispuesto en el artículo 78 o en el artículo 82.
- e) Por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

**El reglamento determina las consecuencias jurídicas de la declaración de ilegalidad.**

#### **Cuarta**

Encárguese al Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo la calificación de la legalidad e ilegalidad de las huelgas.

A tal efecto, constitúyase un órgano tripartito de carácter permanente al interior del Consejo, el cual puede desarrollar sus funciones de manera descentralizada.

La elección, requisitos y duración de los miembros integrantes del órgano tripartito se regulan por acuerdo del Consejo en mayoría simple. Como mínimo, se requiere conocimientos especializados en materia laboral o constitucional y la duración en el puesto es de 2 años.

La calificación de la legalidad e ilegalidad de las huelgas puede ser materia de impugnación ante el propio órgano tripartito, sin perjuicio de los recursos judiciales que prevea el ordenamiento jurídico.

Los plazos para la calificación de la huelga, así como para la resolución de las impugnaciones, se regulan en el reglamento de la presente Ley.

En tanto no se constituya la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, regulada en el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, la calificación de las huelgas en el sector público se encuentra a cargo del órgano tripartito a que se refiere el presente artículo.

#### **Artículo 2.- Modificación de la Ley del Servicio Civil**

Incorpórese el inciso 45.3 al artículo 45 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los siguientes términos:

##### **Artículo 45. Ejercicio de la huelga**

(...)

45.3 Procede la huelga por incumplimiento de obligaciones en materia laboral o de seguridad social, siempre que exista una resolución de sanción administrativa firme por parte de la autoridad inspectiva, que acredite dicho incumplimiento.

En caso se determine mediante sentencia firme la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de obligaciones indicado en el párrafo anterior, éste deberá abonar las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir a consecuencia de la paralización de labores.

**Artículo 3.- Disposición derogatoria**

Deróguese los artículos 74 y 86 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR; así como cualquier otra disposición que se oponga a lo previsto en la presente norma.

**Publíquese y cúmplase.**



## DECRETO SUPREMO N° \_\_\_\_\_-2018-TR

### DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO PARA ADECUARLO A LA LEY N° \_\_\_\_\_, QUE MODIFICA LA REGULACION SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

#### Artículo 1.- Modificación del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Modifíquese los artículos 63 y 73 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, los cuales quedan redactados en los siguientes términos:

**Artículo 63.-** Procede la huelga por incumplimiento de obligaciones en materia laboral o de seguridad social, siempre que exista una resolución de sanción administrativa firme por parte de la autoridad inspectiva, que acredite dicho incumplimiento.

En caso se determine mediante sentencia firme la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de obligaciones indicado en el párrafo anterior, éste deberá abonar las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir a consecuencia de la paralización de labores.

**Artículo 73.-** La declaración de ilegalidad de la huelga determina la prohibición de realizar o continuar la medida de fuerza.

La materialización de una huelga ilegal configura inasistencias injustificadas al centro de trabajo, pasibles de sanción únicamente en caso de ilegalidad firme.

Si la declaración de ilegalidad es revocada, los trabajadores mantienen su derecho a realizar la huelga. En este supuesto, queda sin efecto la configuración de las inasistencias injustificadas”.<sup>136</sup>

#### Artículo 2.- Disposición derogatoria

Deróguense las siguientes disposiciones:

- a) El inciso g del artículo 2 y el inciso e del artículo 3 del Decreto Supremo N° 017-2012-TR, referidos a la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo para la declaratoria de improcedencia e ilegalidad de la huelga.
- b) El artículo 64 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, que regula las condiciones para la ratificación del acuerdo de huelga adoptado por los delegados.

---

<sup>136</sup> Atendiendo al nuevo contenido del artículo 73 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, corresponde también proceder a la derogación del artículo 39 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dado que la materia prevista por este artículo (configuración de las inasistencias injustificadas en caso de huelga ilegal) se encuentra ya tratada en aquella nueva disposición.

- c) El inciso e) del artículo 65 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, referido a la declaración jurada como requisito para la declaratoria de huelga.
- d) El artículo 67 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, referido a la comunicación de los servicios mínimos por parte de los empleadores.

**Publíquese y cúmplase.**



**DECRETO SUPREMO N° \_\_\_\_\_-2018-PCM**

**DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL PARA ADECUARLO A LA LEY N°\_\_\_\_, QUE MODIFICA LA REGULACION SOBRE EL DERECHO DE HUELGA**

**Artículo 1. Modificación del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil**

Modifíquese el artículo 85 y el inciso b del artículo 87 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

**Artículo 85.- Deber de continuidad de servicios indispensables y servicios esenciales**

Los servicios mínimos en los servicios esenciales y en los servicios indispensables de la entidad se determinan por acuerdo de partes. A falta de acuerdo, la determinación de los servicios mínimos la realiza la entidad.

Los servicios mínimos se comunican a la Comisión de Apoyo al Servicio Civil durante el primer trimestre de cada año, para conocimiento. En caso se trate de una determinación unilateral de los servicios mínimos, la entidad, en su comunicación, debe acreditar el agotamiento de las negociaciones con los trabajadores u organización sindical.

Los casos de divergencia sobre los servicios mínimos son resueltos por la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Los trabajadores u organización sindical garantizan el funcionamiento de los servicios mínimos en caso de huelga. Aquellos trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir los servicios mínimos, serán sancionados de acuerdo a ley, pudiendo la entidad contratar temporalmente el reemplazo de dicho personal de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley.

**Artículo 87.- Competencias de la Comisión**

La Comisión es competente para resolver las siguientes materias:

(...)

b) Ilegalidad de la huelga.

**Publíquese y cúmplase.**

## DECRETO SUPREMO N° \_\_\_\_\_ 2018-TR<sup>137</sup>

### DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE DISPOSICIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE DIVERGENCIA PREVISTO EN LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

#### TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

##### Artículo 1.- Objeto

El presente decreto supremo regula el procedimiento de divergencia para la determinación de los servicios mínimos que deben permanecer en funcionamiento en caso la huelga afecte los servicios públicos esenciales o las actividades indispensables, conforme al artículo 82 del 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).

##### Artículo 2.- Definiciones

A efectos del presente decreto supremo, deben considerarse las siguientes definiciones:

- 1. Servicios públicos esenciales:** Son los servicios indicados en el artículo 83 del TUO de la LRCT.
- 2. Actividades indispensables para el empleador:** Son aquellas indicadas en el artículo 78 del TUO de la LRCT.
- 3. Servicios mínimos:** puestos de trabajo que, en razón a su trascendencia, deben permanecer ocupados en caso de huelga. Los servicios mínimos no implican ni tienen por consecuencia el funcionamiento de la empresa en condiciones de normalidad.

##### Artículo 3.- Ámbito de aplicación

El presente decreto supremo es de aplicación a los trabajadores y sus organizaciones, de una parte, y a las entidades empleadoras, de otra parte, conforme a las reglas previstas en el TUO de la LRCT.

#### TÍTULO II REGLAS DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

##### Artículo 4.- Autoridad competente

- 4.1.** En los casos en que el conflicto colectivo tenga alcance local o regional, la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces en cada dirección o gerencia regional de trabajo y promoción del empleo es competente para conocer y

---

<sup>137</sup> La presente propuesta normativa constituye un trabajo inédito elaborado al interior de la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo, órgano del MTPE que se encuentra a mi cargo. Además de mi persona, en la redacción de este proyecto ha participado de manera sustancial el abogado Enrique Arias Díaz, quien hasta octubre del año 2017 se desempeñó como asesor de la referida Dirección del MTPE.

tramitar los procedimientos de divergencia iniciados por los trabajadores y sus organizaciones.

- 4.2. De tratarse de un conflicto colectivo de alcance supra regional o nacional, la entidad competente para tramitar el procedimiento de divergencia es la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- 4.3. Se entiende con carácter supra regional o nacional todo aquel supuesto que involucre a trabajadores que laboran a favor de una entidad empleadora o sector productivo con centros de trabajo en más de una región.

Asimismo, se adquiere carácter supra-regional o nacional cuando la actividad económica desarrollada por la entidad o sector productivo tiene un efecto o impacto notorio en la economía de más de una región o a nivel nacional. Se comprende, entre otros, a las siguientes actividades:

- Transporte aéreo, servicios aeronáuticos y administración aeroportuaria.
- Carga y transporte acuático, administración portuaria y servicios portuarios.
- Producción y suministro inter-regional de energía eléctrica, gas y petróleo.
- Suministro supra-regional de agua.
- Los de naturaleza estratégica vinculados con la defensa o seguridad nacional.
- Las actividades que producen bienes o servicios determinantes para una cadena productiva de ámbito inter-regional o nacional.

#### **Artículo 5.- Oportunidad para iniciar el procedimiento**

- 5.1 Realizada la comunicación de los servicios mínimos a los trabajadores o la organización sindical, la parte laboral cuenta con el plazo máximo de sesenta (60) días calendario para iniciar el procedimiento de divergencia.
- 5.2. La inobservancia del plazo determina la improcedencia de la solicitud de divergencia. No obstante, deja a salvo la posibilidad de los trabajadores y sus organizaciones de hacer valer su posición en sede administrativa en el marco de la concreta comunicación de huelga que realicen, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 del TUO de la LRCT, y el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, Reglamento de la LRCT).

#### **Artículo 6.- Requisitos para la admisión a trámite del procedimiento de divergencia**

- 6.1. La parte trabajadora debe cumplir con presentar lo siguiente:
  - a) Escrito indicando su posición y los puntos respecto de los cuales discrepa;
  - b) El número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos;
  - c) Los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos.
  - d) Copia de la comunicación sobre divergencia cursada a la entidad empleadora.

De considerar que no corresponde el establecimiento de servicios mínimos, ello debe ser objeto de desarrollo, no siendo necesarios los puntos b) y c).



- 6.2. El plazo con el que cuenta la Autoridad competente para pronunciarse sobre la admisión a trámite del procedimiento de divergencia es de tres (3) días hábiles.

### **Artículo 7.- Trámite del procedimiento de divergencia**

- 7.1. Junto con la admisión a trámite, la Autoridad competente citará a las partes involucradas mediante el mecanismo de extra-proceso, conforme a las directivas o lineamientos aprobados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), a fin de conocer la problemática y propiciar mecanismos de solución, entre los que pueden encontrarse la negociación y acuerdo de las partes que brinde solución a la controversia, así como respecto de la determinación del concreto órgano independiente a cargo definir los servicios mínimos.

De arribarse a algún tipo de acuerdo por las partes, éste vincula a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

- 7.2. En defecto de cualquier acuerdo, la Autoridad competente procede a oficiar al órgano independiente, nombrado conforme a lo previsto en el artículo 8, a fin de solicitarle su evaluación y determinación de los servicios mínimos en la respectiva empresa. A tal efecto, debe alcanzarse copia de la comunicación del empleador respecto del número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales, así como de la solicitud de divergencia de la parte trabajadora y sus respectivos documentos de sustento. De lo anterior, debe darse cuenta a las partes.
- 7.3. El órgano independiente cuenta con el plazo de cinco (5) días hábiles para manifestar su aceptación de llevar a cabo la evaluación del caso puesto a conocimiento.
- 7.4. Comunicada la aceptación del órgano independiente, aquél cuenta con el plazo de treinta (30) días hábiles a fin de emitir su dictamen técnico. Durante dicho plazo, se encuentra facultado a requerir a las partes la entrega de todo tipo de documentación; realizar investigaciones, visitas e inspecciones a las instalaciones, sus maquinarias y equipos, en las que pueden participar representantes de ambas partes; y, en general, obtener todos los elementos de juicio que se estimen necesarios y convenientes a fin poder resolver la controversia.
- 7.5. El dictamen debe ser comunicado a la Autoridad competente en el plazo máximo de dos (2) días hábiles.
- 7.6. Dentro del día siguiente de recibido el dictamen del órgano independiente, la Autoridad competente se pronuncia sobre la divergencia, asumiendo como propio el dictamen del órgano independiente y comunica a las partes en la forma y plazos previstos en las normas generales sobre procedimiento administrativo.

### **Artículo 8.- Del órgano independiente**

Considérese como órganos independientes a aquellas organizaciones e instituciones especializadas en determinadas ciencias, ingenierías, técnicas, tecnologías o, en general, determinado campos del saber, que cuenten con una reconocida trayectoria, solvencia profesional e imparcialidad.

En defecto del acuerdo de las partes respecto del órgano independiente, la Autoridad de Trabajo debe designar a la entidad que califique con las condiciones antes indicadas.

#### **Artículo 9.- Contenido de la determinación de los servicios mínimos**

9.1. La determinación de los servicios mínimos implica el señalamiento de los puestos de trabajo y el número de trabajadores que deben ocuparlos según horarios o turnos.

A efectos de esta determinación, el órgano independiente debe considerar que los servicios mínimos no implican ni tienen por consecuencia el funcionamiento de la empresa en condiciones de normalidad.

9.2. Es posible establecer distintos escenarios o supuestos en base a consideraciones como la duración de la paralización de labores, la importancia o trascendencia de la actividad de la entidad empleadora para la ciudadanía, el cambio de equipos, métodos o tecnología, entre otros.

#### **Artículo 10. Deberes de las partes**

En el trámite del procedimiento, las partes deben cumplir con lo siguiente:

- a) Brindar la información que sean requeridas por el órgano independiente.
- b) Facilitar y colaborar con las actuaciones que le sean requeridas por el órgano independiente.
- c) Los demás que se deriven de la buena fe que rige a las relaciones colectivas de trabajo.

#### **Artículo 11.- Pago del órgano independiente**

Conforme al artículo 82 del TUO de la LRCT, la obligación de pago de los honorarios del órgano independiente lo asume la Autoridad Administrativa de Trabajo competente para el trámite del procedimiento de divergencia.

En caso las partes decidan participar en este pago, cada una no puede asumir una cantidad superior al 50% de los honorarios.

#### **Artículo 12.- Recurso administrativo e impugnación judicial**

Las partes se encuentran facultadas a interponer recurso de apelación contra la resolución de la Autoridad competente que resuelva la divergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 del Reglamento de la LRCT.

Agotada la sede administrativa, las partes se encuentran facultadas a impugnar la determinación hecha por el órgano independiente, así como a solicitar su determinación por parte del Juez competente.

#### **Artículo 13.- Acuerdo de partes y extra-proceso**

Las partes implicadas en el conflicto laboral conservan en todo momento el derecho a negociar y convenir de manera directa la determinación de los servicios mínimos.

Asimismo, las partes y la Autoridad Administrativa de Trabajo podrán activar en cualquier etapa del procedimiento la realización del mecanismo de extra-proceso, conforme a las directivas o lineamientos aprobados por el MTPE.

**Artículo 14.- Refrendo**

El presente decreto supremo es refrendado por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA.- Vigencia**

El presente decreto supremo entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

**SEGUNDA.- Creación del registro de órganos independientes**

Créase el Registro Nacional de Órganos Independientes encargados de la determinación de los servicios mínimos en caso de divergencia, el cual estará a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Los requisitos para la inscripción en el mencionado registro se regulan por resolución ministerial y siguiendo los criterios previstos en el artículo 8 del presente decreto supremo.

Para actuar como órgano independiente en la determinación de los servicios mínimos en caso de divergencia, debe contarse con inscripción vigente en el registro.

