

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**PUCP**

“DERECHO DE HUELGA, ESQUIROLAJE E INSPECCIÓN LABORAL”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social

AUTOR

Carlos Gustavo Martín Huarcaya Lizano

ASESOR

Guillermo Boza Pro

JURADO

Alfredo Villavicencio Ríos

Sergio Quiñones Infante

LIMA - PERÚ

2015

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	4
CAPITULO 1 La huelga y la libertad sindical como ámbito de ejercicio del esquirolaje.	
1.1. Definición, fines y efectos de la huelga .....	11
1.2. La sustitución de trabajadores en huelga (esquirolaje) Definición y características. ...	28
1.2.1. Clases de Esquirolaje .....	39
1.2.1.1. Esquirolaje externo .....	39
1.2.1.2. Esquirolaje interno .....	53
1.3. Derechos del empleador en período de huelga y de los no huelguistas.....	73
1.3.1. El empleador frente a la huelga. ....	73
1.3.2. Los no huelguistas frente a la huelga.....	77
CAPITULO 2 Pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo en materia inspectiva sobre casos de sustitución de trabajadores en huelga.	
2.1. Caso Nestlé Perú.....	91
2.2. Caso Derivados del Maíz.....	99
2.3. Caso Alicorp. ....	104
2.4. Caso Sociedad Cerro Verde.....	110
2.5. Caso Compañía Cervecería Ambev Perú.....	122
2.6. Caso Lindley. ....	128
2.7. Caso Ajeper. ....	139
2.8. Conductas del empleador lesivas al derecho de huelga. ....	144
2.8.1 Conductas frecuentes desarrolladas por el empleador frente a la huelga..	145
2.8.2 Criterios adoptados por la Autoridad Administrativa de Trabajo frente a aquellas conductas relacionadas con la sustitución de trabajadores .....	147
2.8.3 Comentarios a los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo.....	149
CAPÍTULO 3 Protocolo de actuación inspectiva en casos de violación al derecho de huelga reflejada en la sustitución de trabajadores.	
3.1. Aspectos iniciales frente al problema.....	157

3.1.1. ¿Cuál es la utilidad de un protocolo de actuación inspectiva?.....	157
3.1.2. Los problemas que plantea la sustitución de trabajadores en huelga.....	159
3.2. Criterios básicos para la investigación de incumplimientos vinculados al derecho de huelga – sustitución de trabajadores.....	160
3.2.1. Conceptos que se vinculan a la investigación. ....	160
3.2.1.1. Libertad sindical.....	161
3.2.1.2. Huelga.....	161
3.2.1.3. Sustitución de trabajadores. ....	161
3.2.1.4. Prácticas antisindicales. ....	162
3.2.1.5. Inspección laboral.....	163
3.2.2. Normas aplicables en la investigación de conductas antisindicales en general.....	164
3.3. Supuestos de afectación vinculados a la sustitución de trabajadores. ....	166
3.3.1. Aspectos generales.....	166
3.3.2. Conductas antisindicales sancionadas por la inspección laboral relacionadas con la sustitución de trabajadores. ....	167
3.3.3. Inexistencia de alguna justificación para dichas conductas. ....	169
3.4. La investigación de la afectación al derecho de huelga referida a la sustitución de trabajadores. ....	170
3.4.1. Revisión del caso concreto. ....	170
3.4.2. Modo de afrontar las investigaciones.....	171
3.4.3. Desarrollo de las actuaciones inspectivas.....	171
CONCLUSIONES. ....	174
BIBLIOGRAFÍA. ....	178

## INTRODUCCIÓN

La huelga, como derecho fundamental, es una medida de presión que adoptan las organizaciones sindicales ante la existencia de un conflicto colectivo con su empleador, por el cual deciden alterar la prestación de servicios que le brindan.

Ante una huelga, los empleadores buscan enervar sus efectos posibles y el mecanismo típico es el reemplazo de los trabajadores que acatan la huelga. Tradicionalmente, la inspección laboral consideraba como ilegal solo aquellos actos relacionados con la contratación de nuevos trabajadores o terceros para reemplazar a los huelguistas (esquirolaje externo) pero hay algunos criterios que aparecen a finales de la primera década de este siglo que condenan el esquirolaje interno y desde el segundo semestre del 2011 las fiscalizaciones laborales han considerado con mayor frecuencia como actos lesivos al ejercicio de la huelga el reemplazo de huelguistas con trabajadores que no acatan la huelga (esquirolaje interno). El criterio administrativo antes citado motivó esta investigación. Actualmente existen procesos inspectivos y hasta judiciales donde se analizan si determinados actos del empleador atentan o no contra el ejercicio de la huelga, que serán abordados en esta investigación.

El conflicto de derechos fundamentales de los trabajadores en huelga y de los empleadores (libertad de empresa) así como de las personas que optan por no apoyar la huelga (libertad de trabajo) es, probablemente, la controversia más relevante que se plantea en una huelga. El sindicato y trabajadores buscan presionar y causar un daño a la empresa mientras que la empresa tratará de continuar con sus operaciones vinculando, directa o indirectamente, a los trabajadores que acuden al centro de trabajo durante la huelga. De estos temas trataremos en esta tesis, apoyándonos, centralmente, en los criterios administrativos de la inspección en el trabajo que es el campo donde, con mayor frecuencia, se han visto los casos de esquirolaje.

El derecho comparado nos muestra la existencia de dos modelos regulatorios sobre la huelga: uno es el modelo estático, que consiste en la cesación colectiva de las labores con abandono del centro de trabajo; el otro es el modelo dinámico, por el cual, se entiende a la huelga como toda perturbación producida sobre la forma habitual de prestación de labores.

Y es el modelo estático el que justamente adopta la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en su artículo 72º, la huelga como “abstención”, sin embargo habría que decir al respecto que este concepto niega en su esencia el carácter conflictivo que por naturaleza se encuentra en toda relación de trabajo. Al respecto Palomeque señala lo siguiente: *“El conflicto social está implícito en la relación de intercambio de trabajo por salario y su contraposición de intereses”*<sup>1</sup>. Por lo tanto, todo el trasfondo reivindicatorio que trae consigo la huelga no podría ser admitido si nos limitamos a mantener esta visión estática.

Así encontramos otras definiciones que suponen un contenido mayor que la sola abstención en la prestación de labores, entendiendo que la razón de ser de la huelga se va generando en un escenario más *complejo y crítico, por ejemplo la de Helène Sinay al señalar que la huelga es el “rechazo al trabajo, colectivo y concertado, manifestando la intención de los trabajadores de situarse fuera del contrato, a fin de asegurar el éxito de sus reivindicaciones”*<sup>2</sup>, o Baylos que precisa, *“la dinámica del derecho de huelga se conecta con la relación de trabajo, entablando inmediatamente una relación jurídica que se refiere a la persona del trabajador, al cual le permite expresar su voluntad de rechazo de la disciplina y del control de la organización del trabajo, a la vez que mantener indemne su posición dentro de ese círculo organizativo”*<sup>3</sup>.

Por lo tanto, esta concepción “dinámica” de la huelga trae consigo la “acción huelguística”, la misma que convierte a la huelga en un “instrumento” de defensa de los trabajadores, tal como se recoge en el “Principio Básico de la OIT en materia de Derecho de Huelga”, en la segunda reunión del Comité de Libertad Sindical en 1952 al señalarse que, *“la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos sociales”*<sup>4</sup>.

Por ello, podríamos concluir que la concepción de la huelga ha venido cambiando dejando de lado el modelo estático inicial y adoptando, en cambio, un modelo más abierto, dinámico, mostrándose como “todo tipo de perturbación organizada

---

<sup>1</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, “Derecho del trabajo e ideología”, 5ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 4 y 19.

<sup>2</sup> SINAY, Helène, “La Grève”, en CAMERLYNCK, G. H. (director), “Tratado de Derecho del Trabajo”, ed. Dalloz, París, 1966.

<sup>3</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en VV.AA. (BAYLOS GRAU, A. coordinador), “Estudios sobre la huelga”, ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 89/90.

<sup>4</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Los principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, Revista Internacional del Trabajo en, vol. 117 (1998), núm. 4, OIT, Ginebra, pp. 475/6.

colectivamente contra el proceso productivo”, pudiendo entenderse que la huelga como “abandono del local o cesación del trabajo” resulta ser un concepto clásico o histórico, pero no único”.

Como sea, ya hemos señalado que nuestro ordenamiento – al menos el infra constitucional – ha optado por el modelo estático, y es en este escenario en el que vienen desarrollándose las relaciones entre empleador y trabajador. Ante estas circunstancias, las empresas reaccionan y buscan la forma de evitar que estas paralizaciones generen pérdidas, tratan de minimizar estos efectos, buscan atenuarlos o enervarlos, y para ello ponen en práctica una serie de acciones con las que pretenden afrontar las medidas de presión sindicales. Una de estas modalidades es la sustitución de trabajadores en huelga.

Frente a esto, tenemos a la inspección de trabajo como tal, que corresponde al Estado mismo y a la que se ha buscado potenciar en la última década, adquiriendo por ello una mayor importancia el rol inspectivo, convirtiéndose así en un instrumento al que vienen recurriendo las organizaciones sindicales con el fin de acreditar que el empleador, a través de estrategias diversas, busca por lo general saltar la valla de los efectos de la huelga, acudiendo a medidas que van en contra de la naturaleza de la misma, por ejemplo, sustituyendo trabajadores, contratándolos o simplemente trasladando a los internos reorganizando los procesos para enervar los efectos de una huelga.

Este trabajo busca entrelazar estas tres instituciones: la huelga como instrumento de presión de los sindicatos en contra de su empleador, a través del cual buscan el equilibrio de poderes en aras de conseguir una mejora de sus condiciones de trabajo.

Frente a ello, la figura del esquirolaje desarrollada por el empleador que busca evitar o atenuar los efectos naturales de la huelga que generalmente se manifiesta en el perjuicio económico de la empresa. Finalmente, frente a la acción sindical y reacción empresarial, encontramos en medio a la inspección de trabajo, que se ha convertido también en un instrumento de apoyo para los sindicatos que necesitan acreditar de alguna forma las conductas y acciones realizadas por el empleador, a efectos que las mismas sean sancionadas conforme a ley, siendo por ello la práctica inspectiva en la actualidad, quizás, el principal medio con el que cuentan los sindicatos para demostrar la existencia del esquirolaje.

Para este fin, en la primera parte haremos un acercamiento tanto a la figura de la huelga como de la libertad sindical, conceptos estrechamente relacionados entre sí, para luego abordar propiamente el esquirolaje o sustitución de trabajadores como medida de afectación de la huelga, diferenciando sus clases y características. Asimismo, trataremos la figura del empleador a partir de las conductas que va desarrollando frente a la huelga, y también el papel que cumplen los trabajadores “no huelguistas” dentro de este proceso. En la segunda parte se expondrán aquellos casos que sobre esquirolaje han sido apreciados en los procesos de inspección laboral, en los cuales la Autoridad Administrativa de Trabajo, a través de los órganos inspectivos, emite opinión respecto de la validez o no de dichas conductas. Finalmente, a partir de los conceptos desarrollados y de la práctica expuesta, se propone un protocolo de actuación a seguir por la inspección laboral para casos de violación al derecho de huelga reflejadas a través del esquirolaje, con lo cual se busca en alguna medida uniformizar la actuación de la inspección laboral y establecer criterios que ayuden a una mejor evaluación de aquellos casos que sobre esquirolaje se presenten. En todo momento nos ayudaremos de la jurisprudencia proveniente de Chile y sobretodo de España, cuya práctica ha desarrollado este tema con mayor riqueza, tanto a nivel administrativo como judicial.

## CAPITULO 1

# LA HUELGA Y LA LIBERTAD SINDICAL: MARCO DE EJERCICIO DEL ESQUIROLAJE

El ejercicio de la sustitución de trabajadores trae consigo efectos directos respecto de todos los actores que se encuentran a su alrededor: para los trabajadores que acatan la huelga, para el sindicato, para los trabajadores que no acatan la huelga y desean continuar trabajando, para los trabajadores no afiliados y para el empleador. Por lo tanto, resulta necesario tener claro cuáles son sus efectos y cómo se articula con el derecho de libertad sindical, pues es justamente a través de éste que las organizaciones sindicales tutelan los intereses de sus afiliados.

El concepto de libertad sindical ha sido parte de muchas definiciones, en todas las cuales de alguna forma se destaca la posibilidad que se le reconoce a las organizaciones sindicales de desarrollar su vida institucional de la manera más libre y voluntaria, es decir, sin injerencia de ningún tipo por parte de terceros ajenos a su propia administración. Por ello es que estas características se reflejan en la mayoría de definiciones, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han hecho de este concepto.

El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *“La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1). Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga...”*<sup>5</sup>

Una definición más completa y que incluye con más énfasis aquella libertad de actuación por parte de los trabajadores a efectos de ejercer la defensa de sus derechos es la que propone JAVIER NEVES MUJICA al señalar que: *“...es el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, así como el derecho de éstas a elegir a sus representantes, redactar sus estatutos, desarrollar actividades,*

---

<sup>5</sup> En el Numeral 8) de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio del 2002 recaída en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, publicada en el Diario Oficial, “El Peruano”, el 11 de septiembre del 2002.

*formar organizaciones sindicales de grado superior y disolver las organizaciones sindicales. Todo ello sin injerencia del empleador ni del Estado y con la debida tutela de éste, a través de diversos mecanismos y facilidades encaminadas a permitir e incluso promover el ejercicio efectivo del derecho”.*<sup>6</sup>

A nivel internacional, no podríamos dejar de mencionar lo establecido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), más aún cuando la estructura de esta organización se sienta en las bases del tripartismo y en las diversas obligaciones que se encarga cumplir a las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Tanto así que inclusive se ha dicho que, sin la existencia de una organización de trabajadores y de empleadores que gocen de plena autonomía y representatividad, además de dotarlos de todas las garantías a efectos de promover la defensa de los derechos de sus afiliados así como lograr el bienestar común, sencillamente no podría existir el tripartismo. Más todavía, la libertad sindical es considerada como una de las piedras angulares de toda sociedad democrática y por ello es uno de los derechos fundamentales que reconoce la OIT.

Con esto, podemos decir que la libertad sindical es uno de los principios que garantizan la paz y la justicia social.

Y hacemos mención a la importancia de la libertad sindical, porque la huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical, la misma que se encuentra consagrada en el Convenio N° 87 de la OIT (artículos 3° y 10°)<sup>7</sup>. El propio Comité de Libertad Sindical de la OIT ha calificado al derecho de huelga como *“uno de los elementos esenciales del derecho sindical”*.<sup>8</sup>

Con este antecedente podemos decir que la huelga es un derecho imprescindible para el logro de otros derechos laborales y sociales que puedan vincularse a un salario equitativo para el trabajador, condiciones dignas de trabajo, etc.

---

6 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “La Libertad Sindical en el Perú: Límites, Alcances y Regulación”, Editorial Plades, Lima, 2010, p.15.

7 Artículo 3.- 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. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 10.- En el presente Convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

8 COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, OIT. Segundo Informe, 1952, caso número 28, página 68.

El derecho de huelga fue reconocido por primera vez en 1864 en Inglaterra y aparece por primera vez regulado en la Constitución de México de 1917. Este derecho fue producto de sendas luchas impulsadas por los primeros movimientos obreros en Inglaterra, siendo allí donde aparece el ludismo liderado por NedLudd, conocido como el movimiento de los “rompedores de máquinas”.

La evolución de la huelga se ha dado bajo tres modelos normativos: la huelga como delito, la huelga como libertad y la huelga como derecho, los cuales se corresponden, de alguna manera, en tres estadios de evolución histórica en distintos países. Al respecto, Sala Franco y Albiol señalan lo siguiente: *“Desde los comienzos del siglo XIX, bajo la influencia del Código Penal Francés en 1810, en toda Europa la huelga era considerada como un delito. Esta situación se mantuvo hasta muy avanzado el siglo XIX. La abolición del delito de huelga varía de fecha según los países. Por ejemplo, en Francia se produce en 1864, en Alemania en 1869 y en Italia en 1890. Será en una época más reciente cuando se reconozca el derecho de huelga en la mayor parte de los países, variando igualmente de fecha en cada uno de ellos”*<sup>9</sup>.

Esta nueva concepción de la huelga como derecho, además de nuevas condiciones de trabajo perjudiciales a los obreros, son las que generarían la aparición de las organizaciones sindicales en busca de un ámbito que permita la protección de sus derechos y de condiciones mínimas que les permitan trabajar y ejercer el derecho de presionar a la empresa con miras a arribar a un acuerdo colectivo lo más satisfactorio para ambas partes.

Este nuevo ámbito permite la organización de los obreros, y la posibilidad de iniciar conversaciones con los empresarios a efectos de fijar nuevas condiciones de trabajo, nuevas jornadas laborales, mejores salarios, condiciones de seguridad, naciendo así lo que se conoce como negociación colectiva. De allí que se pueda entender que, en aquellos casos en los que las partes no se ponían de acuerdo respecto de uno u otro extremo, los trabajadores tomaban la decisión de detener su trabajo, apareciendo así la figura de la huelga.

---

<sup>9</sup> SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “Derecho Sindical”, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, 9ª edición, p. 384

## 1.1. DEFINICIÓN, FINES Y EFECTOS DE LA HUELGA.

Como ya se ha sostenido inicialmente, desde una concepción clásica la huelga puede definirse como, aquella cesación continua y total de los servicios que se prestan, donde los trabajadores abandonan el centro de trabajo en la búsqueda de la defensa de sus objetivos profesionales.

Para Ermida Uriarte, *“la huelga puede ser un medio de acción sindical, un conflicto colectivo de trabajo o una forma de solucionar el conflicto”*<sup>10</sup>, es decir, de esta noción podemos atribuir a la huelga la particularidad de ser un instrumento neurálgico para los trabajadores, porque tendría diversas funciones. Y realmente la huelga se convierte en un instrumento típico de la actividad sindical, mediante el cual los trabajadores pueden lograr sus reivindicaciones. Por lo tanto, *“la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendiente a defender los legítimos intereses de los trabajadores”*<sup>11</sup>. Por otro lado, Ernesto De La Jara, señala que *“la huelga constituye un derecho frecuentemente utilizado por los trabajadores de casi todos los países, como un medio de presión y de protesta en la defensa de sus propios intereses. Se trata pues de un derecho “de” y “para” los trabajadores”*.<sup>12</sup>

El Tribunal Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos una definición de la huelga además de algunas características, indicando por ejemplo que: *“... es la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe previamente ser acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica – sin violencia sobre las personas o bienes – y con abandono del centro de trabajo ... mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores”*.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la huelga”, Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1983, pp. 12-13.

<sup>11</sup> Sentencia en el Expediente N° 008-2005-PI/TC del Tribunal Constitucional Peruano.

<sup>12</sup> DE LA JARA, Ernesto, “Derecho de Huelga en el Perú: Dos modelos normativos en debate”, IDL, 1986, pp. 21.

<sup>13</sup> STC 008-2005-PI/TC, Fundamento 40.

Esta definición del TC concuerda estrictamente con lo regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que al respecto señala lo siguiente: *“es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas”*.<sup>14</sup>

Escapando de esta concepción clásica de la huelga, Ojeda Avilés esboza una definición más amplia y señala que, *“a la hora de intentar una definición de la huelga hemos de evitar el peligro de una reducción conceptual, centrada en su manifestación más vistosa y protegida, que elude otras antaño menos frecuentes por ello consideradas como atípicas, impropias o abusivas. Por otro lado, hemos de huir de una excesiva generalización que la confundiría con cualquier falta colectiva. En consecuencia, huelga es el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto”*.<sup>15</sup>

La OIT por su parte ha señalado que se trata de uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los ciudadanos y específicamente los trabajadores (a través del movimiento sindical y las organizaciones sindicales) para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

Para Montoya Melgar, es importante establecer la distinción que existe entre la huelga y el conflicto colectivo, así señala que: *“La primera distinción que se impone al tratar de delimitar la noción jurídica de la huelga es la que separa huelga y conflicto colectivo. En efecto, y pese al frecuente uso indiscriminado de uno y otros conceptos, la huelga es un fenómeno distinto del conflicto colectivo. Mientras que éste es, en esencia, una situación de disidencia recaída sobre un interés colectivo, la huelga típica es un medio de presión laboral con cuyo ejercicio se quiere, más que exteriorizar o dar formalidad jurídica a una controversia de hecho, forzar al antagonista laboral – la asociación patronal, el empresario o empresarios afectados por la contienda – a adoptar un comportamiento con el que se satisfaga el interés de los trabajadores y, al hacerlo, se dé solución al conflicto colectivo”*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> TUOLRCT, artículo 72°.

<sup>15</sup> OJEDA AVILES, Antonio. “Derecho Sindical”, Edit. Tecnos, 8ª edición, 1980, pp. 478.

<sup>16</sup> A. MONTOYA MELGAR. Derecho del Trabajo, (22ª ed.), Madrid: Tecnos, 2001, pp. 715-716.

Respecto de esta percepción podemos decir que desde 1952, en la Segunda Reunión del Comité de Libertad Sindical, ya se afirmaba la importancia del derecho de huelga y se formulaban los elementos del principio básico sobre este derecho, del cual de alguna forma se derivan los demás derechos, por lo cual este derecho de huelga es uno de los instrumentos legítimos fundamentales con el cual cuentan los trabajadores y sus organizaciones para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales<sup>17</sup>. Por estas consideraciones, el Comité de Libertad Sindical ha mantenido desde hace ya varios años la idea que la huelga es un derecho y no solo un hecho social, adoptando además los siguientes criterios:

1. Que se trata de un derecho que corresponde a las organizaciones de trabajadores, ya sea a través de sindicatos, federaciones o confederaciones.
2. Adopta un criterio restrictivo al delimitar las categorías de trabajadores que pueden ser privadas de este derecho, además de las limitaciones legales a su ejercicio que no deben ser excesivas.
3. Ha relacionado directamente el ejercicio de este derecho de huelga a la finalidad de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, excluyéndose por ende por lo menos de este ámbito de la OIT a las huelgas políticas.
4. Ha considerado que el correcto ejercicio del derecho de huelga no debe traer consigo sanciones de ningún tipo, pues pudieran interpretarse como actos de discriminación antisindical.

Se entiende que la huelga busca la defensa de aquellos intereses que tienen que ver con el carácter profesional o laboral del trabajador, por ello, alejados de estos propósitos encontramos a las huelgas ilegales y las abusivas o ilícitas, que Gala y Espuny<sup>18</sup>, conforme a la legislación española, describen así:

1. *“La huelga que se inicia por motivos políticos o cualquier otra finalidad distinta al interés profesional de los trabajadores.*
2. *La huelga de solidaridad o apoyo, salvo que afecte el interés profesional de quienes lo promuevan.*
3. *La huelga que tenga por objeto alterar lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido en un laudo.*
4. *La huelga que se produzca contraviniendo lo dispuesto en la Ley”.*

<sup>17</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Los principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), núm. 4, OIT, Ginebra, p. 11.

<sup>18</sup> BLANCH RIBAS, Josep M., ESPUNY TOMAS, María Jesús y GALA DURAN, Carolina, “Teoría de las Relaciones Laborales – Desafíos”, Editorial UOC, abril 2003, págs. 402-404.

La huelga abusiva o ilícita que clasifican así:

1. *“Las huelgas rotatorias, las que llevan a cabo trabajadores que se suceden o turnan.*
2. *Las huelgas efectuadas en sectores estratégicos, con la finalidad de interrumpir el proceso productivo.*
3. *Las huelgas de celo o reglamento, en las que no hay un auténtico cese colectivo en el trabajo sino una perturbación del mismo.*
4. *Los actos de alteración colectiva en el trabajo distintos a la huelga”.*

Respecto de la defensa de los intereses que en la legislación peruana la huelga protege, Arce Ortiz señala lo siguiente: *“... la Ley N° 27912, que levantó las observaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la LRCT fue la que vino a incorporar los intereses socio económicos. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27912, los trabajadores peruanos pueden realizar huelgas con objetivos que van más allá de los profesionales. Así, los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no solo 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>19</sup>.*

En líneas generales se dice que la huelga es una etapa que se presenta dentro de un proceso de negociación colectiva debidamente regulada, donde la huelga resulta ejercida en la etapa posterior a la negociación directa entre las partes y como una medida de acción directa relacionada exclusivamente a la negociación.

Por ello, inicialmente, una medida de huelga fuera de un proceso de negociación podría configurar una falta disciplinaria. Sin embargo, esta concepción colisiona con la esencia misma de la huelga, con su característica de tratarse de un derecho que pertenece a las organizaciones sindicales. Al respecto Baylos Grau, al hacer mención a los límites externos al ejercicio del derecho de huelga y su depuración constitucional, precisa que, *“El DLRT procede a señalar en su artículo 11° los objetivos que la huelga puede perseguir. Lo hace de una forma negativa, puesto que el precepto citado constituye un elenco de huelgas declaradas ilícitas o ilegales en función de sus objetivos, de cuya enunciación se deduce por tanto cuáles son los objetivos que la norma considera lícitos,*

---

<sup>19</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Edit. Grijley, 2009. p. 388.

*evidenciando así el modelo legal de huelga que se propone directamente ligado a la negociación colectiva, a ser un elemento de dinamización del proceso de negociación colectiva de las condiciones de trabajo y empleo... La huelga es, en efecto, un mecanismo que se inserta en la negociación colectiva pero no agota sus múltiples determinaciones en este ámbito, como tampoco en el más amplio de lo que se denominaría técnicamente conflicto colectivo. Es un medio de acción sindical y por tanto acompaña a los objetivos globales de ésta, en la defensa de intereses económicos y sociales de los trabajadores tanto frente al empresariado como frente a los poderes públicos...”<sup>20</sup>.*

En aquellas sociedades más respetuosas de la libertad sindical, la finalidad de la huelga no está definida por ley, y se deja a los actores sindicales la determinación del objetivo de la huelga adoptada. Sin embargo, existen legislaciones en las cuales se determina claramente la finalidad de una huelga, siendo la negociación o renegociación de un convenio colectivo. Por lo que, cualquier huelga que no guarde este objetivo como fin del mismo será considerada como ilícita. Ciertamente estaríamos ante un caso muy restrictivo, y que corresponde a la legislación chilena, donde serán ilegales tipos y modalidades de huelga que en el Derecho Comparado seguramente son consideradas legales, como las huelgas de reivindicación política-económicas, las de solidaridad, etc.

Sobre la razón por la que se ejerce la huelga, Palomeque López señala respecto de la normatividad española lo siguiente: *“La huelga se ejercita por los trabajadores para la defensa de sus intereses, sin especificación alguna acerca del tipo de los mismos amparables constitucionalmente (económico-profesionales y laborales, sociopolíticos). La tesis de la limitación del derecho de huelga a la defensa de los intereses meramente económico-profesionales derivados del contrato de trabajo dispone, ciertamente, de menor credibilidad que la contraria, por cuanto que, si el legislador constituyente hubiera querido amparar dicha concepción restringida tendría que haber adjetivado la expresión normativa, siendo así, por el contrario, que el artículo 28.2 CE se construye de modo inequívoco sobre la indeterminación de los intereses de los trabajadores en juego (sus intereses, cualesquiera que estos sean, económico-profesionales y sociopolíticos, que ellos mismos definan legítimamente)...”<sup>21</sup>*; y, precisando esta concepción, haciendo mención al Tribunal Constitucional Español, añade lo siguiente: *“El TC ha entendido*

<sup>20</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Cuarta Edición, Albacete 2002, p. 64.

<sup>21</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Derecho Sindical Español”, Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1988, p. 235.

*reductoramente, sin embargo, a propósito del objeto y función del derecho de huelga, que “el derecho constitucionalmente protegido es el que atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas” (STC, Pleno, 11/1981, de 8-4, 12). La huelga protege así intereses profesionales de los trabajadores, adjetivo que, utilizado por el DLRT (prohibición de la huelga cuando se inicie o sostenga con cualquier finalidad ajena al “interés profesional de los trabajadores afectados”, art. 11ª), ha de entenderse “referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales, no, naturalmente, en cuanto miembros de una categoría laboral específica”, esto es, “que los intereses defendidos mediante la huelga no tienen que ser necesariamente los intereses de los huelguistas” sino los intereses de los trabajadores (STC, Pleno, 11/1981, de 8-4, 21)<sup>22</sup>.*

Si buscamos la finalidad que establece la OIT a través del Comité de Libertad Sindical, mencionemos en primer lugar el artículo 10 del Convenio N° 87, que define como organización de trabajadores: *“aquella que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores”*. Con esta definición, además de establecer la manera de identificar a una organización respecto de otras (por ejemplo, las asociaciones), precisa los objetivos de dichas organizaciones, con lo cual fija los límites hasta donde resultan aplicables los derechos y garantías que el propio Convenio reconoce. A partir de esto, las reivindicaciones que se defienden con la huelga para la OIT se pueden establecer a partir de tres categorías: de naturaleza laboral (a través de la cual se busca garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), de naturaleza sindical (por la cual se busca desarrollar y garantizar los derechos de las propias organizaciones sindicales y sus dirigentes) y, de naturaleza política. Respecto de las dos primeras podríamos decir que se tratan de reivindicaciones que el propio Comité de Libertad Sindical ha reconocido en pronunciamientos propios. Para algunos resulta necesario inclusive realizar el análisis de, a quiénes podría afectar una u otra categoría, a efectos de determinar si se trata de supuestos válidos de huelga, con lo cual podríamos entrar a discutir la validez de la huelga política o de solidaridad.

La OIT ha llegado a establecer las prohibiciones normativas que se pueden considerar lesionan el derecho de huelga y el contenido normativo del Convenio N° 87 sobre libertad sindical. Así, el Comité de Libertad Sindical ha señalado lo siguiente:

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 235 - 236.

1. *“La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical. (párrafo 542, OIT 2006)”.*
2. *“La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical. (párrafo 630, OIT 2006)”.*
3. *“La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical.” (párrafo 531, OIT 2006)”.*
4. *“La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato está en contradicción con los principios de libertad sindical” (párrafo 489, OIT 1996).<sup>23</sup>*

En otros ámbitos podemos encontrar que la huelga requiere una finalidad profesional, es decir, un objetivo que representa un interés para el grupo. Esta medida estaría excluyendo de por sí las huelgas de solidaridad y las huelgas políticas. Sin embargo, en el caso de las huelgas por solidaridad no podría negarse el interés profesional, toda vez que a cualquier grupo de trabajadores le conviene que otro grupo obtenga una conquista a la que mañana pudieran aspirar. Así será más fácil conseguir un beneficio ya conseguido que otro que aún está pendiente de obtener. Adicionalmente a ello, una actitud solidaria hacia otro grupo de organizaciones genera seguramente la reciprocidad de dicho gremio para oportunidades futuras.

Hay que indicar que estas nociones y fines resultan muy amplios respecto de la regulación que la ley peruana realiza de la huelga, la misma que resulta muy restrictiva tal como podremos apreciar más adelante.

La huelga produce una serie de efectos dependiendo del ámbito que se analice, así podremos encontrar los siguientes:

1. Efectos en la relación individual de trabajo.

Al tratarse la huelga de una suspensión del contrato de trabajo, por lo tanto ese sería su principal efecto.

---

<sup>23</sup> En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008, pág. 142.

a) Cesa la obligación de trabajar.

Al suspenderse el contrato de trabajo, la obligación de trabajar del trabajador huelguista cesa, desapareciendo su obligación. No olvidemos que como ya se ha dicho, el ejercicio de la huelga es un derecho y no solo un hecho. Esta cesación de las labores no significa en realidad una suspensión, pues para que esta suspensión se dé, debería producirse una causa justificada.

Por ello, la ausencia al trabajo es consecuencia de la huelga, y la huelga no se produce únicamente por la ausencia del trabajador, sino principalmente por el cumplimiento de los requisitos establecidos por ley para el ejercicio de este derecho.

b) Cesa la obligación remuneratoria.

Como consecuencia natural del cese en las labores, se produce la suspensión de la retribución económica, y esto considerando que la huelga es una forma de suspensión perfecta de labores. La excepción es aplicable para el personal que tiene actividades indispensables para la empresa, del personal de dirección o de confianza y del personal de los servicios públicos esenciales.

Respecto de esta suspensión en la retribución, existen legislaciones que obligan a que se continúe el pago y ello dependiendo de ciertas condiciones que se establecen, ya sea por cuestiones de causalidad, legalidad, legitimidad o motivo del conflicto. Podríamos citar la legislación Argentina, donde la jurisprudencia ha incorporado el derecho a la percepción de la remuneración cuando la huelga fue provocada por el empleador.

c) Período de huelga computable para antigüedad.

Lo normal es que el tiempo en el cual transcurre el período de huelga se compute como trabajado a efectos de considerar la antigüedad del trabajador. Pudiera afectar respecto de aquellos beneficios que requieren de labor efectiva, caso la distribución de utilidades.

d) Derecho a reincorporarse una vez concluida la huelga.

Sobre las consecuencias jurídicas de las huelgas legales, a nivel extranjero, algunas manifestaciones son como se describe a continuación: *“En Chile el Código Laboral permite a los empleadores que los contratos de los huelguistas puedan suspenderse, no habiendo obligación de pago. Por otro lado, los derechos por vacaciones continúan acumulándose. En Argentina, también se entiende la*

*huelga como una suspensión de las obligaciones, pero no de todos los derechos y deberes. De acuerdo a la Corte Suprema los huelguistas disfrutaban de los derechos de remuneración si la huelga fue convocada porque el empleador no cumplió con sus obligaciones. En Uruguay, los huelguistas pierden su derecho al pago porque el contrato es suspendido durante la huelga. Ellos no pueden reclamar beneficios de desempleo, debido a que el desempleo no es forzado durante la huelga. En la práctica, las huelgas a menudo terminan con un acuerdo entre las partes con lo cual los huelguistas podrán compensar los salarios perdidos.*

*En Colombia, las acciones de huelga también representan la suspensión de los contratos de los empleadores. Durante la huelga, los empleadores no están obligados a hacer contribuciones al Seguro de Accidentes Ocupacionales. Como no hay servicios por parte de los trabajadores, no hay riesgos y mucho menos una obligación para el empleador de pagar contribuciones. El empleador no está obligado a pagar sueldos en la huelga. De acuerdo a las reglas recientes de la Corte Constitucional sin embargo, existe una obligación de pagar los sueldos y beneficios a los trabajadores que tengan contratos suspendidos por la huelga cuando la misma sea atribuida al empleador que no cumpla con las obligaciones que surjan de los cambios en la legislación o de los acuerdos colectivos.*

*Finalmente, en Ecuador, los trabajadores que participan en huelgas legales tienen derecho al pago de sus remuneraciones y son protegidos contra el despido por un año desde la fecha de ingreso al trabajo. Antes de este plazo sólo pueden ser despedidos con el permiso de un inspector laboral<sup>24</sup>.*

## 2. Efectos respecto del empleador.

Uno de los efectos principales de la huelga y quizás el que se busca con mayor ansia con esta medida, es la paralización total de la producción de la empresa, aunque también puede ser uno de los efectos la interrupción solo parcial de la producción.

En el caso que la huelga tenga como ámbito sólo el centro de trabajo, no tendrá efectos respecto de los demás centros de trabajo con que pueda contar la empresa.

Lo importante es que las legislaciones buscan crear un efecto paralizante en el accionar del empleador, por ello le imponen algunas prohibiciones que le impiden superar fácilmente este detrimento en la actividad productiva: por ejemplo, en la legislación peruana se les impide el retiro de los bienes de la empresa o la

---

<sup>24</sup> GAMONAL, Sergio, UGARTE José Luis, WASS, Bernd y CASALE, Giuseppe. Presente y futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 25-28.09.2012, Abeledo Perrot, 2012.

contratación de personal que reemplaza a los huelguistas (sustitución de trabajadores o esquirolaje). Al respecto, el Decreto Supremo N° 011-92-TR (reglamento de la Ley) establece lo siguiente: *“Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa ... así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio”*<sup>25</sup>; con lo cual, a pesar que la Ley no lo señala, se prohíbe a la empresa afectada contratar temporalmente trabajadores o empresas de servicios que reemplacen a los trabajadores en huelga, pues lo que se busca evitar con esto es permitir que el empleador ejerza medidas mediante las cuales logre atenuar o minimizar el daño económico que la huelga trae consigo para presionar justamente al empleador. Y esto es lógico, pues, no podría permitirse por un lado, la posibilidad que las organizaciones de trabajadores pueden acceder a la medida de huelga y, a la vez, permitir que el empleador pueda desarrollar instrumentos para atenuar los efectos de la medida.

Sobre estos mismos efectos, Baylos señala lo siguiente: *“... Normalmente estos límites se manifiestan en restricciones a las facultades de contratación de trabajadores y, más genéricamente, en limitaciones al poder de dirección y control, y resultan del juego combinado de la situación transitoria de excepción de la normalidad productiva que significa la huelga y del respeto a la eficacia de la huelga como medida de presión que no puede ser inhibida por la acción empresarial”*<sup>26</sup>.

La primera huelga que se registra en el Perú se remonta al Virreinato y corresponde a los trabajadores que levantaban las murallas de la ciudad. Según comenta Basadre, esta huelga desarrollada en 1854, *“no se debió a la explotación del proletariado, sino a la resistencia que impuso el artesano gremial por la importación de los artículos elaborados en el extranjero por el capitalismo”*.<sup>27</sup>

A comienzos del S. XX los conflictos fueron en aumento. En 1904 se produjo una huelga portuaria, afectándose las actividades del Callao. A ello siguió en 1905 la huelga de

<sup>25</sup>Decreto Supremo N° 011-92-TR, artículo 70°.

<sup>26</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Cuarta Edición, Albacete 2002, p. 71 y 72.

<sup>27</sup> BASADRE, Jorge: Perú: problema y posibilidad – BIP – Lima, p. 116.

tranviarios; 1906, nuevamente de portuarios; 1907 y 1908, de obreros molineros, de textiles y trabajadores azucareros.

Si nos remontamos hasta 1919, encontraremos el proceso huelguístico más importante, a raíz de la pretensión por parte de la Federación Obrera en Lima de lograr la aplicación de las 8 horas como jornada laboral de manera generalizada, pretensión que es apoyada por los obreros textiles y que luego obtiene un apoyo general que produce la paralización de Lima los días 13, 14 y 15 de enero, ante lo cual el gobierno se vio obligado en implantar la jornada máxima legal con carácter general mediante Decreto Supremo de fecha 15 de enero de 1919.

Posteriormente, podríamos mencionar los años sesenta donde aparecen nuevas fuerzas sindicales de posición radical, los bancarios, los mineros, construcción civil. El golpe de estado institucional de 1962 interrumpe el rebrote que había tenido la negociación colectiva y, en 1968 vuelven nuevamente los militares al poder, que aplicaron una serie de medidas legales que combinaron coerción así como concesiones y mejoras. Aparecen en esos años movimientos sociales de gran peso político en sectores públicos: maestros, salud, y la consolidación de la CGTP. La segunda fase del gobierno militar enfrenta una creciente inflación y una serie de paros nacionales, sobre todo el del 19 de julio de 1977, al que se le atribuye haber iniciado el retorno a la democracia.

La Ley que regula la huelga es el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUOLRCT), del 30 de setiembre de 2003, la misma que regula los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga, tanto de los trabajadores del régimen de la actividad privada como la huelga respecto de los trabajadores del régimen de la actividad pública.

Sobre el originario Decreto Ley N° 25593 – Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, podemos mencionar lo siguiente: “... mereció 16 observaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, las que fueron parcialmente levantadas recién a comienzos del 2003”.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y ESTEBAN DELGADO, Sara, “La conflictividad laboral y social peruana en los dorados años del crecimiento económico”. En: Revista Derecho Social-Latinoamérica. Nros. 4-5. Año 2009.

Para muchos no resulta conveniente regular un concepto de la forma como lo hace el artículo 72° del TUOLRCT<sup>29</sup>, porque consideran que se estaría encasillando el concepto a su definición y que podría ser rebasado en el futuro producto de la realidad cambiante, para otros lo mejor es definirlo a efectos de precisar el contenido del derecho, lo cual facilita su ejercicio y protección. En fin, frente a estas dos opciones, la legislación peruana optó por la definición, por lo tanto, si no se está dentro del supuesto descrito en la norma, no podríamos estar hablando de la huelga, pudiendo tratarse de una huelga ilícita. Lo que podríamos agregar a ello es que la definición que describe el artículo 72° responde a un modelo clásico que reconoce una sola modalidad de huelga.

Ya anteriormente veníamos revisando diversas definiciones sobre huelga, las mismas que en muchos casos nos mostraban un gran ámbito de actuación. Restringir este ámbito de actuación nos llevaría a decir que, lo que se logra finalmente es limitar de alguna manera el ejercicio de este derecho, por lo tanto consideramos que la definición que la norma peruana presenta respecto de la huelga es muy restrictiva y limita de muchas formas, ya sea con el pequeño ámbito de actuación que le deja así como las exageradas exigencias y requisitos, siendo necesario ser más flexibles en su concepción y regulación, lo cual podría lograrse a través de la próxima Ley General de Trabajo que está por aprobarse.

Las características que presenta esta definición son las siguientes:

- a) Suspensión del contrato de trabajo.- La característica principal es que se detiene, interrumpe o también puede considerarse como un cese temporal de las labores que el trabajador prestaba. Con lo cual, en buena cuenta, la huelga implica “dejar de trabajar”, por lo tanto, no podría considerarse como una manifestación de la huelga aumentar el ritmo de trabajo o disminuirlo, mientras que no se ejecute la suspensión de las labores no podríamos estar ante una medida de huelga.
- b) Suspensión colectiva.- No se podría entender que este derecho se ejercite de manera individual, no tendría sentido, por lo tanto su ejercicio tiene que darse de manera colectiva.

---

<sup>29</sup>“Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas”

- c) Del trabajo.- Lo que significa que se dejen de realizar las labores productivas, con excepción de los servicios mínimos de seguridad y los servicios mínimos de los servicios esenciales, conforme a sí lo establecen los artículos 78° y 82° de la LRCT.<sup>30</sup>
- d) Acordada mayoritariamente.- Al respecto, el inciso b) del artículo 73° del TUO señala que para la declaración de huelga se requiere: *“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”*; es decir que, son los estatutos los que fijan la forma cómo se adopta esta decisión, la cual por supuesto debe ser acordada por la mayoría de trabajadores afiliados, debiendo tratarse de la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados. Es decir, se necesita un acuerdo previo adoptado en Asamblea.
- e) Realizada en forma voluntaria.- No se puede concebir un ejercicio de la huelga de manera impuesta, obligada, bajo presión excesiva o amenaza. Por lo tanto, es posible admitir una presión de manera moderada a efectos de lograr el convencimiento para realizar la huelga. La excepción puede plantearse en el caso que la decisión en el ejercicio de la huelga sea adoptada en mayoría, de tal forma que las minorías, a pesar de no haber estado de acuerdo con la medida, tendrán que abstenerse de laborar, aún en contra de su voluntad, siendo predominante por ello la voluntad colectiva mayoritaria sobre la minoritaria.
- f) Realizada en forma pacífica.- De lo cual se concluye que no es posible utilizar formas violentas para ejercitar la huelga, y esta voluntad de realizar una huelga pacífica se reitera en el art. 79° que precisa: *“La huelga debe desarrollarse necesariamente en forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes”*. Lo que se busca finalmente es que el ejercicio de la huelga no se acompañe de actos violentos contra las personas, bienes de la empresa o de terceros.
- g) Abandono del centro de trabajo.- Necesariamente la huelga debe desarrollarse fuera del centro de trabajo, caso contrario estaríamos frente a huelgas ilícitas. Es decir, estaríamos ante la abstención total de labores de todos los trabajadores cuando la huelga es acordada mayoritariamente. Sobre el concepto de “centro de trabajo” podríamos indicar que, cualquiera sea el ámbito de la huelga, ésta debe ejercitarse fuera de las instalaciones de la empresa.

---

<sup>30</sup> Artículo 78° Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga.

Artículo 82° Cuando la huelga afecte servicios públicos esenciales o tratándose del caso previsto en el artículo 78°, los trabajadores en conflicto deberán garantizar la permanencia del personal indispensable para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de las actividades que así lo exijan...”

Al respecto, habría que añadir que una de las formas de restringir el derecho de huelga es la elaboración legal de un procedimiento que determine, con lujo de detalle, la manera cómo se ejercerá este derecho, es decir, fijando los requisitos, los plazos, las formalidades, el procedimiento, etc.

Esta distinción en el tratamiento de la institución es la que marca diferencias legales entre los distintos modelos laborales: aquellos que son extremadamente respetuosos de la libertad sindical y que por lo tanto no establecen ningún requisito de procedibilidad o formal para el ejercicio de la huelga; y, aquellos modelos que se denominan “intervencionistas” y que con la regulación legal logran controlar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga.

Y es que en realidad lo que se busca con este último modelo es restringir el ejercicio de la huelga, ponerle obstáculos para dificultar su ejercicio; al respecto señala Oscar Ermida lo siguiente: *“generalmente las Constituciones hacen el trabajo “lindo” de consagrar el derecho con bastante amplitud y luego el legislador hace el trabajo “sucio” o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según cada caso”*.<sup>31</sup>

Sobre la formas del procedimiento, a pesar que la regulación de un procedimiento no va en contra de la libertad sindical, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que: *“los procedimientos legales para declarar la huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga ilegal”*.<sup>32</sup>

Sobre la declaración de legalidad de la huelga, el mismo Comité de Libertad Sindical ha señalado lo siguiente: *“En cuanto a la alegada declaración de ilicitud de la huelga en la mencionada empresa por parte de un director regional del trabajo... el Comité recuerda el principio según el cual la declaración de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes... El Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que... la declaración de legalidad o ilegalidad de las huelgas no corresponda al Gobierno sino a un órgano independiente que cuente con la confianza de las partes...”*<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la huelga”, Uruguay, FCU, 1996, p. 133.

<sup>32</sup> 279º Informe, caso núm. 1566, párrafo 89, Caso núm. 1282 (Marruecos).

<sup>33</sup> 371º Informe del Comité de Libertad Sindical, 2014, Caso núm. 2928 (Ecuador), párrafo 313.

Y de igual forma, sobre la exigencia que exista una decisión de más de la mitad de los trabajadores comprendidos en la medida de huelga, el Comité de Libertad Sindical ha señalado: *“La exigencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas”*.<sup>34</sup> Adicionalmente, podemos indicar que la norma hace mención a las “normas complementarias y conexas” que en su regulación hacen alguna mención a esta institución, así podemos señalar:

1. T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Decreto Supremo N° 003-97-TR, *“artículo 12° Son causas de suspensión del contrato de trabajo:... h) El ejercicio del derecho de huelga”*.
2. T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Decreto Supremo N° 003-97-TR, *“artículo 25° Las modalidades irregulares de huelga”*.
3. T.U.O. de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios – Decreto Supremo N° 001-97-TR, *“artículo 8°... Por excepción son computables (para el tiempo de servicios):... d) Los días de huelga, siempre que no haya sido declarada improcedente o ilegal”*.
4. Decreto Legislativo N° 713 - Legislación sobre Descansos Remunerados, *“artículo 12° Para el récord vacacional se consideran como días efectivos de trabajo:... i) Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal”*.

El artículo 73° del TUOLRCT establece los requisitos para la declaración de huelga; al respecto podemos mencionar que los incisos a), b) y c) referidos a: que el objeto de la huelga sea la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores, que la decisión sea adoptada por más de la mitad de los trabajadores comprendidos reunidos en asamblea (refrendada por Notario Público o Juez de Paz) y por votación universal y, que sea comunicada al empleador y la Autoridad Administrativa de Trabajo por lo menos con cinco (05) días útiles de anticipación o diez (10) si se trata de servicios públicos esenciales, respectivamente, se deben presentar de manera concurrente, es decir, el sindicato respectivo tendrá que acreditar cumplir con estos tres requisitos, en cambio el inciso d) de estos requisitos referido a, que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje, no exige la concurrencia junto con los demás requisitos.

---

<sup>34</sup> Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 556, 5° edición, 2006. OIT.

La sanción en caso no se cumplan los requisitos que la norma establece será la declaración de improcedencia de la huelga o la calificación de ilegalidad de la huelga cuando no se cumpla en cursar la comunicación.

Si nos remontamos al año 1992 en el cual se emite la Ley N° 25593 - Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual trajo consigo una serie de restricciones y limitaciones al desarrollo de las organizaciones sindicales poniendo mayores trabas y dificultades al libre desenvolvimiento de la vida sindical, por lógicas razones, ello redundó en efectos negativos para la negociación colectiva propiamente y por ende para la huelga. Al respecto, Villavicencio y Tostes, sobre la flexibilización del derecho del trabajo, señalan lo siguiente: *“En el campo de las relaciones colectivas del Decreto Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado 3 meses después del golpe de 1992, la lista de elementos flexibilizadores es extensa, por lo que basta mencionar que mereció 16 observaciones por graves violaciones de los Convenios 87 y 98 de la OIT, en razón que se impuso un modelo descentralizado y ultrarrestrictivo de la posibilidad de crear sindicatos, así como de la acción sindical a través de la negociación colectiva y de la huelga”*<sup>35</sup>. Sin embargo, a partir del año 2000, las estadísticas señalan que estos efectos fueron disminuyendo. Para esto, basta ver algunos cuadros que reflejan la tendencia señalada:

**PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR AÑOS 1997 – 2010 (NIVEL NACIONAL)** <sup>36</sup>

Años	Presentados	Solucionados y Registrados
1997	846	627
1998	728	564
1999	652	468
2000	576	409
2001	533	418
2002	524	444
2003	535	371
2004	494	384
2005	528	390
2006	541	453
2007	641	477
2008	610	419
2009	639	454
2010	641	502
2011	722	550
2012	804	435

<sup>35</sup> VILAVICENCIO, Alfredo & TOSTES, Marta. “Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú”. En: Revista de la Facultad de Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, N° 68, 2012. Página 364.

<sup>36</sup>FUENTE: Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario 2012.

**HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS – HOMBRE PERDIDAS EN  
EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN AÑOS<sup>37</sup>  
1990 - 2012**

<b>AÑOS</b>	<b>HUELGAS</b>	<b>TRABAJADORES COMPRENDIDOS</b>	<b>HORAS - HOMBRE PERDIDAS</b>
1990	613	258.234	15.067.880
1991	315	180.728	8.880.886
1992	219	114.656	2.319.379
1993	151	41.474	2.167.764
1994	168	62.940	1.936.647
1995	102	28.182	1.048.753
1996	77	36.242	1.399.886
1997	66	19.196	319.414
1998	58	17.333	323.168
1999	71	52.080	724.260
2000	37	5.280	181.691
2001	40	11.050	488.930
2002	64	22.925	912.648
2003	68	37.323	881.362
2004	107	29.273	582.328
2005	65	19.022	478.738
2006	67	19.565	446.584
2007	73	48.096	2.216.520
2008	63	34.011	1.520.960
2009	99	36.114	1.452.466
2010	83	30.606	1.279.380
2011	84	26.770	1.799.416
2012	89	25.845	1.878.696

**HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE PERDIDAS EN  
EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN CALIFICACIÓN DE LA HUELGA<sup>38</sup>  
2012**

<b>CALIFICACIÓN DE LA HUELGA</b>	<b>HUELGAS</b>	<b>TRABAJADORES COMPRENDIDOS</b>	<b>HORAS - HOMBRE PERDIDAS</b>
CONFORMIDAD	15	4.002	692.960
ILEGALIDAD	74	21.843	1.185.736
<b>TOTAL</b>	<b>89</b>	<b>25.845</b>	<b>1.878.696</b>

<sup>37</sup> FUENTE: Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario 2012.

<sup>38</sup> FUENTE: Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario 2012.

## 1.2. LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN HUELGA (ESQUIROLAJE). DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS.

Al elaborarse una definición del esquirolaje, necesariamente tendrá que hacerse la diferenciación entre lo que se conoce como esquirolaje interno y esquirolaje externo. Así, García Ninet y García Viña, abordan el esquirolaje interno de la siguiente forma: *“el supuesto más tratado respecto a la prohibición de la sustitución de trabajadores durante la huelga se refiere a la llamada sustitución interna o sustitución con aquellos trabajadores que, siendo de la plantilla en el momento del inicio de la huelga, deciden no secundarla; son los llamados no-huelguistas. Las cuestiones surgen respecto a la posibilidad que pudiera tener el empresario de aplicar algún tipo de movilidad en cuanto a los puestos de trabajo de estos trabajadores que permitiera suplir la inactividad producida por los trabajadores huelguistas”*<sup>39</sup>, es decir, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia empresa pero que no se han plegado a la huelga, para lo cual se les cambia el lugar de trabajo, el horario, etc., (esquirolaje interno). Frente a este tipo de reacciones de empleadores para afrontar una huelga, tenemos otra modalidad de reemplazo de los trabajadores en huelga, esto es, a través de trabajadores externos o no vinculados a la empresa en el momento en que se comunica la huelga (esquirolaje externo).

El denominado reemplazo en la huelga, es decir, la posibilidad que el empleador sustituya a los trabajadores que se encuentran ejerciendo su derecho de huelga, es uno de los puntos esenciales que pueden ayudar a determinar cuál es la posición finalmente de una legislación: si es abiertamente protectora de los derechos colectivos, si no pretende incentivar sino todo lo contrario, limitar los derechos colectivos, o simplemente se trata de una legislación que prefiere minimizar estos derechos pero sin llegar a eliminarlos.

Los trabajadores que reemplazan a aquellos que ejercen su derecho de huelga son conocidos como esquirolaje o rompeshuegas, y se sostiene que se trata de una institución muy excepcional del Derecho Comparado, por lo cual la Doctrina señala que *“es usual*

---

<sup>39</sup> GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J., “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”, A.S., vol. V, 1997.

*encontrar en los ordenamientos jurídicos la disposición de que la declaratoria de huelga conlleva la prohibición del empleador de celebrar nuevos contratos de trabajo*<sup>40</sup>.

Hay que decir también que en el caso de la doctrina española, ésta se encuentra dividida, pues mientras Montoya Melgar entiende que no se puede producir esta sustitución interna<sup>41</sup> y, Palomeque López y Alvarez De La Rosa coinciden en decir que, "*existe un margen muy reducido, si no inexistente en la práctica, para la sustitución interna de trabajadores en caso de huelga*"<sup>42</sup>, otros como Sampedro Corral señalan que la posibilidad de maniobrar es mayor, agregando que la sustitución de trabajadores que ya estuvieran vinculados no es un "*ataque frontal*" al derecho de huelga, sino "*una consecuencia del reconocimiento de la facultad de dirección del empleador y del derecho al trabajo de aquellos miembros de la plantilla que no quieren sumarse al conflicto colectivo*"<sup>43</sup>, por lo cual, para Cavas Martínez, "*lo único que le está vedado al empresario durante la huelga es la utilización abusiva o torticera de su ius variandi, si proyectado como medida antisindical para restar eficacia a la medida conflictiva*"<sup>44</sup>.

Se puede decir que prácticamente en toda América Latina, las legislaciones prohíben este reemplazo, y podemos mencionar como ejemplos los siguientes: Colombia (art. 449º Código del Trabajo), Ecuador (art. 494º Código del Trabajo), México (art. 8º Ley Federal del Trabajo), Brasil (art. 7º de la Ley Nº 7.783); igualmente en Europa, mencionando como ejemplo los siguientes: España (art. 6.5 DRLT 17/77), Francia (art. 124-2-3 Código del Trabajo), Portugal (art. 6º Ley de Huelga), de igual forma podemos mencionar en América del Norte a Canadá.

Por el lado de los organismos internacionales de control, esto es, el Comité de Libertad Sindical (CLS), también ha venido emitiendo pronunciamientos dirigidos a la prohibición de contratar trabajadores para el reemplazo de huelguistas, así podemos mencionar algunas conclusiones dadas en el seguimiento a los siguientes casos:

---

<sup>40</sup> Van Der Laat Bernardo, "Conflictos colectivos, huelga y paro patronal" en AA.VV El Derecho Sindical en América Latina, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 251.

<sup>41</sup> Montoya Melgar, A., Derecho del Trabajo, Madrid (Tecnos), 1997, pg. 729.

<sup>42</sup> Palomeque López, C. y Alvarez De La Rosa, M., Derecho del Trabajo, Madrid (Ceura), 1997, pgs. 584-585.

<sup>43</sup> Sampedro Corral, J., "Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y la responsabilidad derivada de su ejercicio", Estudios sobre la huelga, Madrid (Acarl), 1992, pg. 120.

<sup>44</sup> Cavas Martínez, F., "Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al "ius variandi" empresarial", La Ley, Tomo II, 1993, pg. 1023.

Caso N° 1282 (Marruecos): “419. El Comité señala igualmente que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector como en el de la empresa de Contadores Vincent, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”<sup>45</sup>;

Caso N° 2251 (Federación de Rusia): “962. Finalmente, en lo relativo al derecho de huelga, la legislación rusa no contiene disposiciones por las que se prohíba la contratación de otros trabajadores durante las huelgas legales. En la práctica, los empleadores no dejan de aprovechar esta ausencia de prohibición, por lo que las huelgas pierden eficacia y no tienen incidencia real en el empleador... 998. El Comité toma nota de que la organización querellante está preocupada por las sustituciones a que a menudo recurren los empleadores durante las huelgas, al no prohibir esta práctica el Código de Trabajo. El Comité considera que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical, así como que si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales. El Comité pide al Gobierno que se asegure del respeto de este principio”<sup>46</sup>;

Caso N° 2141 (Chile): “A este respecto, el Comité recuerda que «la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical» [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, cuarta edición, 1996, párrafo 570]. Además, el Comité observa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se ha pronunciado en el mismo sentido con respecto a esta cuestión en relación con Chile. Al tiempo que lamenta que la empresa FABISA S.A. — que fabrica bicicletas — haya recurrido a la contratación de trabajadores para reemplazar a trabajadores en huelga, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que se modifiquen los artículos 380 y 381 del Código de Trabajo que permiten reemplazar a los trabajadores que realizan huelgas en servicios no esenciales en el

<sup>45</sup> Informe N° 241 del Comité de Libertad Sindical - Noviembre 1985, Caso Núm. 1282 (Marruecos).

<sup>46</sup> Informe del Comité de Libertad Sindical - Febrero de 2003, Caso Núm. 2251 (Federación de Rusia).

*sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)... 326. En vista de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes: a) el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que se modifiquen los artículos 380 y 381 del Código de Trabajo que permiten reemplazar a los trabajadores que realizan huelgas en servicios no esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”<sup>47</sup>;*

Caso N° 1865 (República de Corea): “826. Aun tomando nota con interés de que el Gobierno piensa ampliar el ámbito del derecho de los sindicatos a la acción directa, el Comité desea recordar que la contratación de trabajadores para reemplazar a huelguistas en un sector al que no cabría considerar como un servicio esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”<sup>48</sup>; o la observación efectuada por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en el caso peruano, al señalar que: “... Por otra parte, en su anterior comentario, la Comisión se refirió a la creación del padrón nacional de docentes alternos para reemplazar a los docentes en huelga mediante resolución ministerial núm. 0080-2007-ED de 23 de febrero de 2007 y pidió al Gobierno que tome las medidas necesarias para dejar sin efecto la resolución mencionada, teniendo en cuenta que sólo debería recurrirse a la sustitución de huelguistas en caso de huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término en el que la legislación prohíbe la huelga, y ante una situación de crisis nacional aguda... la Comisión pide al Gobierno que tome medidas para aclarar en la resolución ministerial en cuestión que la sustitución de huelguistas sólo sea posible en los casos mencionados...”<sup>49</sup>.

Pero si la regulación mundial en su mayoría rechaza esta práctica, ¿cuál resulta la explicación para ello?, pues resulta evidente concluir en que la práctica de reemplazo de trabajadores en huelga constituye una lesión grave al contenido esencial del derecho de huelga, convirtiéndola en un derecho con la más mínima eficacia, haciéndolo inexistente. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC N° 00026-2007-PI/TC lo siguiente respecto del contenido esencial del derecho de huelga:

<sup>47</sup> Informe del Comité de Libertad Sindical - Junio de 2001, Caso Núm. 2141 (Chile).

<sup>48</sup> Informe del Comité de Libertad Sindical - Diciembre de 1995, Caso Núm. 1865 (República de Corea).

<sup>49</sup> Observación (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100ª reunión CIT (2011) – Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) – Perú (Ratificación: 1960).

*“De un análisis previo de los derechos colectivos de los trabajadores según la Ley Fundamental se derivan principios constitucionales para la delimitación del contenido esencial del derecho de huelga. En tal sentido, siguiendo lo establecido mediante STC N° 0008-2005-PI (fundamento 41), considera este Colegiado emitir pronunciamiento a fin de establecer que son garantías o facultades del contenido esencial del derecho de huelga las siguientes*

*:(i) Ejercitar o no ejercer el derecho de huelga.*

*(ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercer el atributo de su posterior desconvocatoria.*

*(iii) Establecer el petitorio de reivindicaciones, las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.*

*(iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.*

*(v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado”.*

Y resulta cierto pensar que, en el caso que el empleador tuviera libertad de afrontar una medida de huelga por sus trabajadores, buscaría evidentemente evitar por todos los medios el perjuicio económico que tal conducta pudiera provocar, decidiendo por ello cubrir los puestos vacantes, ya sea con nuevo personal o con el propio personal, con lo cual realizaría un traslado parcial de lugar de trabajo, logrando así que la medida de huelga en sí misma se convierta en sólo un buen intento de afectar la economía del empleador.

Sobre el mismo tema, resulta interesante igualmente hacer mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional de Chile respecto del contenido esencial del derecho fundamental:

*“...el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular, debiendo averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular”<sup>50</sup>*

De todo lo cual podemos concluir en que el derecho resultaría afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que de por sí forma parte del mismo, resultando a partir de allí un derecho irreconocible.

No olvidemos que la huelga es un derecho de carácter instrumental, porque lo que se busca con ella es producir un daño a la otra parte, es decir, al empleador, buscando con ello ejercer una coacción psicológica que lo lleve a adoptar un acuerdo favorable a los intereses de los huelguistas. Por ello, el contenido de la huelga no puede limitarse

<sup>50</sup> En: “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008”, página 158.

únicamente a la simple paralización, su objetivo va más allá y, en esa búsqueda encontramos que la presión es un instrumento con el cual se busca lograr el equilibrio entre las partes involucradas. Por lo tanto, para lograr que el derecho de huelga sea verdaderamente eficaz, no sólo debe ocuparse de la protección personal de quienes deciden ejecutar la huelga, absteniéndose de trabajar, sino también del control de los efectos que se derivan de su ejercicio, toda vez que no será extraño que el empleador busque mecanismos para menoscabar los efectos de la huelga. Ante esto se dice que debe existir un respeto efectivo del derecho de huelga, de tal forma que el empleador se obliga a mantener una actitud neutral así como a tolerar los perjuicios que la huelga puede causarle, sin poder recurrir a sus poderes de gestión sobre la fuerza de trabajo para reducirlos o anularlos.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, señala en el artículo 77° los efectos que genera la huelga declarada conforme a los requisitos exigidos en el artículo 73° de la misma norma, es decir:

- 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° (se refiere a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes).
- 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.
- 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.
- d) No afecta la acumulación de antigüedad para efecto de la compensación por tiempo de servicios.

Y complementando estos efectos, el artículo 70° del reglamento establece lo siguiente: *“Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78° de la Ley, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad*

*con el Decreto Legislativo N° 728, así como al personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio”.*

Por lo tanto, vemos que la norma tutela la efectividad del ejercicio del derecho de huelga, y lo hace a través de la prohibición de una práctica conocida como “esquirolaje”, por el cual el empleador se encuentra impedido, por lo menos mientras que dure la huelga, de “sustituir” a los huelguistas con personal aparentemente ajeno a la empresa. Es decir, lo que se viene a prohibir es todo tipo de actividad que sea capaz de afectar las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga. Y esta prohibición debería alcanzar incluso a aquellos trabajadores destacados ya sea por empresas de servicios o por cooperativas, a pesar que la norma no hace dicha aclaración. Y la razón sería la siguiente: siendo la razón fundamental del derecho de huelga otorgar a los trabajadores la posibilidad de ejercer mecanismos de presión frente al empleador, deberíamos concluir en que declarada la huelga también los trabajadores de estas empresas de servicios deberían paralizar, porque a pesar que no existe vínculo laboral entre dichas empresas y del objetivo perseguido con la huelga.

No obstante lo señalado anteriormente, unas de las dudas que origina el articulado en mención es, si a los trabajadores huelguistas, la continuación de las actividades pudiera perjudicar su logro.

La prohibición alcanza también al personal de la propia empresa a quien se encarga el reemplazo de los huelguistas, es decir, ya no estaríamos frente al caso de la contratación de nuevo personal ni tampoco el auxilio de personal de terceros, sino que el empleador hace uso de su propio personal para cubrir los puestos vacantes (esquirolaje interno). El artículo del reglamento comentado no señala expresamente esta prohibición, sin embargo, por las razones expresadas anteriormente podríamos concluir de manera inicial que de igual forma que las otras modalidades, el esquirolaje interno debería prohibirse porque lo que se busca es evitar el perjuicio a la medida de presión adoptada.

Por supuesto que en el Derecho Comparado se encuentran algunas excepciones sobre este tratamiento, así podemos ver la legislación chilena que en su artículo 381° del Código del Trabajo si bien contempla el derecho de huelga para los trabajadores, también concibe la facultad por parte del empleador del reemplazo de huelguistas, lo cual convierte a la huelga en un derecho irreconocible, quitándole sus efectos frente a la empresa quien finalmente logra legalmente la normalidad productiva.

Y este caso chileno resulta importante de destacar, toda vez que la norma que establece el reemplazo se contradice abiertamente con el texto constitucional, afectando el contenido esencial del derecho de huelga que es un derecho constitucional<sup>51</sup>, además de colisionar con los tratados internacionales de derechos humanos que dicho país ha suscrito en su oportunidad (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y, el Convenio N° 87 de la OIT.

Sobre estas inconsistencias de la legislación laboral chilena, la Comisión de Expertos de la OIT se ha pronunciado, señalando lo siguiente:

*“La Comisión solicita al Gobierno tome las medidas para modificar el artículo 381° del Código del Trabajo que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta de negociación. La Comisión toma nota que el Gobierno señala que la modificación introducida por la ley núm. 19759 restringe dicha facultad exigiendo el pago de un bono de cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. A este respecto, la Comisión recuerda que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”<sup>52</sup>.*

De igual forma y, en contraposición a muchas legislaciones, el modelo uruguayo nos muestra una regulación particular, esto en el sentido que el derecho de huelga en el Uruguay se encuentra escasamente reglamentado, por lo cual en muchos casos se manifiesta como un derecho “autorregulado” por los propios sindicatos.

Es por ello que se asume al derecho de huelga como uno “no regulado”, adquiriendo roles importantes la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina uruguayana ha desarrollado una teoría del conflicto colectivo inspirado sobre todo en la protección y promoción de la acción sindical, esto es, busca el equilibrio que la

---

<sup>51</sup> Constitución de Chile, Artículo 19°.- La Constitución asegura a todas las personas: ... 16. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos... 19°. El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

<sup>52</sup> OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones, Informe III, p. 100, 2008, Chile.

teoría señala, lo que ha facilitado que la huelga adquiera una autonomía propia logrando con ello la plena efectividad en su ejercicio.

Por el lado de la jurisprudencia, ésta ha asumido diversas posturas frente a la huelga, no obstante ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han influido en el sistema jurídico uruguayo al momento de presentarse conflictos entre los actores del sistema.

La legislación ni jurisprudencia uruguayas han definido la huelga, sí lo ha hecho la doctrina, al señalar que es la omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta.<sup>53</sup>

La posición de la doctrina inicialmente ha sido no encasillar a la institución con “definiciones”, pues podría ello tener un carácter limitante, por lo que se prefiere que la huelga sea definida por la conducta gremial de reclamo o protesta del titular del derecho.

En la legislación, el derecho de huelga no se encuentra limitado a condicionamientos como el agotamiento previo de los medios de negociación entre las partes ni la aprobación de la huelga por la mayoría de trabajadores, ni una etapa previa de conciliación, mediación o arbitraje voluntario, incluso el requisito del pre aviso es cuestionado como tal al no establecerse una sanción frente a su incumplimiento.

Se dice que el derecho uruguayo se caracteriza por una intervención estatal atenuada o restringida, y ello porque las normas heterónomas regulan un panorama de fomento y promoción de la actividad sindical, inclinándose preferentemente por la autonomía colectiva como criterio principal.

De igual forma como en otros ordenamientos, el sistema uruguayo admite el concepto del bloque de constitucionalidad, con lo cual la base normativa de los derechos fundamentales laborales se amplía a las normas internacionales y a los principios consagrados a nivel universal. Como resultado de esta concepción tenemos que la forma de interpretación de los derechos constitucionales ha cambiado, produciéndose la ampliación del contenido y alcance de estos derechos, siendo así su protección más eficiente.

---

<sup>53</sup> Ermida Uriarte, Oscar. “Apuntes sobre la huelga” Ed. FCU, Montevideo, 2da. Ed. 1996, p. 35 y ss; Couture Eduardo, J, y Plá Rodríguez, Américo, “La huelga en el derecho uruguayo”, Montevideo, 1951; entre otros.

Respecto de los tipos de conflicto, la legislación uruguaya permite la realización de diversas modalidades de huelga, siendo la única exigencia que la huelga tenga carácter pacífico, por lo cual se entiende que se debe excluir el sabotaje.

A partir del año 2006, el sector empresarial inició un esfuerzo por judicializar las huelgas con ocupación de los lugares de trabajo, cuestionando en esta instancia vía acción de amparo la defensa de la propiedad así como de la libertad de comercio e industria y el derecho al trabajo de los no huelguistas. Y es en el año 2006 que se emite una sentencia en la vía civil que ampara el derecho del empleador accionante y de los trabajadores no huelguistas, ordenándose la desocupación del centro de trabajo. En este fallo se señaló que la ocupación se había producido de manera intempestiva, anulando así toda posibilidad de diálogo previo antes de adoptar dicha medida. Esta interpretación favoreció la posición de los empresarios que, frente a una ocupación del lugar de trabajo, inmediatamente solicitaban la desocupación en base a este pronunciamiento, aduciendo la afectación del derecho a la propiedad, a la libre empresa y al derecho de los no huelguistas.

Este criterio, sin embargo, en los últimos años ha ido variando, toda vez que han aparecido pronunciamientos judiciales en sentido contrario al ya descrito<sup>54</sup>; en éstos se viene señalando lo siguiente:

- La ocupación del centro de trabajo es una modalidad del ejercicio del derecho de huelga, por lo tanto no se trata de una acción ilegal ni arbitraria.
- No se puede interpretar que el derecho de huelga y el derecho al trabajo se encuentran en pugna, pues si así fuera, el derecho de huelga quedaría vacío de contenido.
- El derecho de huelga es un derecho que busca proteger el derecho al trabajo, razón por la cual no pueden encontrarse en conflicto.

Respecto de la sustitución de trabajadores huelguistas, a pesar de no existir una norma expresa que la regule, se han planteado tres posiciones:

- Que, la empresa pueda recurrir a los sustitutos del trabajador huelguista.
- Que, esta sustitución no sea definitiva, por lo cual podrá contratarse temporalmente a un suplente. De otra forma estaríamos frente a un despido sin causa o antisindical.

---

<sup>54</sup> Sentencia N° 39 del 11/08/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 6to. Turno.

- Que, la sustitución de personal no sea posible, ni siquiera de manera temporal, porque se entendería como una actitud antisindical que impediría el ejercicio eficaz del derecho de huelga.

Al respecto podemos indicar que, el artículo 4º de la Ley N° 13.720<sup>55</sup> autoriza, para los casos de servicios esenciales y únicamente a la autoridad pública, la contratación de personal indispensable, para la continuidad del servicio, por lo tanto, a contrario sensu, podríamos decir que para todos los demás casos, no se permitirá la sustitución de trabajadores.

En conclusión, podríamos ir mencionando algunas ideas que se pueden deducir de esta regulación sobre la huelga:

- Que, se trata de un derecho con base constitucional (artículo 57º)<sup>56</sup>, además de toda la regulación internacional (convenios y reglamentos) que la desarrollan.
- Que, básicamente el ejercicio del derecho de huelga se encuentra escasamente reglamentado, y se ha dejado a la propia autonomía colectiva su propia regulación.
- Al tratarse de un derecho escasamente regulado, han adquirido mucha importancia tanto la doctrina como la jurisprudencia.
- Lo que la doctrina ha buscado, básicamente, es la protección y promoción de la acción sindical, ello en busca de lograr el equilibrio de poderes que la teoría define.

La ocupación del centro de trabajo en un primer momento fue calificado por la jurisprudencia como una vulneración a los derechos de propiedad, de empresa e incluso al de libertad de trabajo de los no huelguistas, sin embargo, esta interpretación ha ido variando reconociéndose finalmente que el derecho de huelga, en su fin mismo, busca la

<sup>55</sup> Ley 13.720 Comisión de Productividad, Precios e Ingresos, artículo 4º.- Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser de aplicación el régimen de los dos últimos incisos del artículo anterior, la Comisión podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación 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. Esta decisión podrá ser objeto de los recursos previstos en el artículo 317º y concordantes de la Constitución y en el artículo 347º de la Ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964.

En caso de interrupción de 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>56</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 57º.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándose franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre ésta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

protección del trabajo, por lo cual no podría admitirse un enfrentamiento entre ambos derechos, además de concluirse que estas limitaciones dejarían sin contenido al derecho de huelga y lo harían impracticable.

### 1.2.1. Clases de esquirolaje.

#### 1.2.1.1. *Esquirolaje externo.*

Expresamente el artículo 70º del reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, prohíbe lo que se conoce como el “esquirolaje externo”: *“...por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga...”*.

Esta prohibición del esquirolaje externo busca proteger la eficacia del ejercicio del derecho fundamental de huelga de los trabajadores.

Cabría preguntarse si no existe algún caso en el cual el empleador se encontrara habilitado para contratar personal sin que ello califique como una medida contraria a lo que la Ley señala. Pues podríamos mencionar algunos casos en los cuales el empleador pudiera tomar esta decisión, por ejemplo cuando no se encuentren garantizados los servicios esenciales, conforme lo exige el inciso c) del artículo 65º del reglamento (*“adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales ...”*) o si se realizara la paralización de aquellas actividades indispensables para la empresa conforme lo señala el artículo 78º de la Ley (*“Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga”*). Podríamos decir lo mismo del caso que la huelga sea declarada ilegal pero que de igual forma se lleve a cabo, en cuyo caso el empleador podría decidir la contratación de personal. Este caso pudiera resultar más cuestionable, pues algunos podrían interpretar que la decisión de la legalidad o ilegalidad de una huelga la tendría el Poder Judicial y sería recién, agotada esta instancia, en que el empleador pudiera decidir si contrata o no personal. No obstante lo señalado, se debe indicar que expresamente la Ley no da esta posibilidad de contratación, ni se coloca en alguno de los casos planteados, por lo tanto sería ideal que un pronunciamiento judicial o del Tribunal Constitucional aclare estas observaciones.

De igual forma, un cuestionamiento que se hace a este artículo 70º ya señalado es que para algunos plantea dudas si la prohibición que señala debe alcanzar a los trabajadores que laboran para empresas de servicios, cooperativas, trabajadores autónomos o inclusive si se trata de trabajadores familiares. Al respecto habría que decir que este artículo habla de la prohibición de “contratar personal de reemplazo”, es decir, no especifica qué tipo de personal, por lo tanto como primera interpretación podríamos decir que se ha querido referir a “todo tipo de personal”, ya sea de empresas de servicios, de familiares, etc., porque justamente menciona la palabra “personal” de una manera muy general, por lo cual no deberían hacerse restricciones en la interpretación. Abundando en ello hay que indicar que, debemos ver cada caso enfocándolo en la finalidad pretendida por la norma, y con ello concluiríamos en reconocer que la contratación de personal de empresas de servicios, trabajadores autónomos o cualquier otro tipo de personal, atenta de la misma forma con la finalidad que pretende dicha norma, que no puede ser otra que garantizar la eficacia del derecho de huelga, impidiendo que de una u otra forma se afecte el contenido esencial.

No obstante lo mencionado anteriormente, hay que decir que el llamado “esquirolaje externo” prohibido por el artículo 70º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, no siempre es una situación fácil de determinar, sobre todo cuando la decisión de realizar estas sustituciones no son determinadas directamente por su empleador sino por un tercero, el cual se puede valer de sus propios trabajadores para hacer las tareas de los huelguistas. Y justamente esto puede suceder en la relación que puede existir entre una empresa principal y una contratista o subcontratista, estando estas últimas relacionadas, lo cual condiciona algunas decisiones que pudieran tomar.

Es importante considerar también las excepciones que la propia norma señala a la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas, las mismas que aunque limitadas, establecen legalmente la posibilidad de contratación, señalándose que no alcanza al “personal indispensable para la empresa, al personal de dirección y de confianza, así como al personal de los servicios públicos esenciales”. Si bien es cierto la huelga es un derecho de hacer presión contra los empresarios por el cual se coloca a los trabajadores huelguistas fuera del contrato de trabajo, sin embargo esto no puede servir para producir daños o perjuicio en los bienes de capital. Frente a ello, el empresario tiene la potestad de ejecutar las medidas de seguridad que crea necesarias en base a las facultades que la propia norma le confiere. Sin embargo se debe indicar también que la

ejecución de las medidas de seguridad corresponde a los propios trabajadores y ello debe considerarse al momento de programarse una huelga, es decir, cumplirse con las obligaciones legales que se imponen para ejercitar este derecho. No hay que olvidar que la huelga no es un derecho que se pueda ejercitar sin contrapartida, es decir, sin deponer nada a cambio. ¿Y qué pasaría si los huelguistas no garantizan las medidas necesarias para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento exigidas por la propia norma?, en este caso, como ya se ha indicado anteriormente, el empresario podría decidir contratar personal, siempre que exista una debida justificación. Frente a esta interpretación, existen otras voces que señalan que de ninguna manera resulta posible la contratación de personal, ni siquiera en casos extremos como el señalado, pues finalmente lo que debería hacer el empresario frente al riesgo de no contar con las garantías suficientes para soportar la medida de huelga, es cerrar el negocio, de esa manera no se afectaría de ninguna forma el derecho de huelga.

Este reemplazo de trabajadores en huelga corresponde en realidad a una figura jurídica que resulta excepcional en el tratamiento legislativo de otros países, por lo cual resultará normal encontrar en la mayoría de legislaciones extranjeras la noción que la declaración de huelga trae consigo la prohibición para el empleador de contratar a nuevos trabajadores.

Respecto de la legislación española, Tomás Sala Franco señala lo siguiente: *“El problema seguramente debe enfocarse a la luz de la literalidad del precepto – “los trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma” - , y de la finalidad pretendida por el mismo – la protección de la eficacia de la huelga. Y en esta doble perspectiva, si bien no hay duda de que cualquiera de los mecanismos citados de defensa a utilizar por el empresario frente a la huelga – la contrata o subcontrata y la utilización de familiares o de trabajadores benévolos - no entra dentro de la literalidad de la prohibición - tratarse de trabajadores no vinculados a la empresa con anterioridad que van a realizar el trabajo de los huelguistas - desde una perspectiva finalista, hay que reconocer que atenta del mismo modo que la contratación laboral de trabajadores con la finalidad pretendida por el precepto del RDLRT”*<sup>57</sup>

De la revisión de la jurisprudencia comparada, podremos encontrar pronunciamientos referidos a casos de esquirolaje externo. Así tenemos a continuación los siguientes casos dados en Chile y España.

---

<sup>57</sup> SALA FRANCO, Tomás. “Derecho Sindical”. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 328.

## CASOS EN CHILE.

### SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES (15/07/2009).

La empresa “Sociedad de Transportes San Pablo de Curicó Limitada” interpone recurso de protección al haber sido sancionada administrativamente por reemplazo de trabajadores en huelga, sin cumplir con los requisitos del artículo 381<sup>o58</sup> del Código del Trabajo y el artículo 380<sup>o59</sup> del mismo cuerpo legal. En el acta de multa se indica que los

<sup>58</sup> Artículo 381° “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos:

- a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;
- b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses;
- c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.

En este caso, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva. Además, en dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si el empleador no hiciese una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si la oferta a que se refiere el inciso primero de este artículo fuese hecha por el empleador después de la oportunidad que allí se señala, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de estos sea el primero. Con todo, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga, a partir del décimo quinto día de hecha ésta efectiva.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero se entenderá materializada si el empleador ofreciere, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, el empleador podrá formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos que en él se señalan, según sea el caso, y el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo.

Si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores de conformidad a lo dispuesto en este artículo, lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador.

Una vez que el empleador haya hecho uso de los derechos señalados en este artículo, no podrá retirar las ofertas a que en él se hace referencia”.

<sup>59</sup> Artículo 380° “Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño.

La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de éste, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a

trabajadores reemplazantes son Rodrigo López, Francisco Mercado Barros, José Luis Gómez López, Arturo Gajardo y Samuel Benavides. La empresa señala que estas personas no son sus trabajadores y menos reemplazantes, considerando que se ha producido un evidente error de hecho.

La empresa recurrente, ante el conocimiento de la medida de paralización, comunicó a la empresa a la que presta servicios, David del Curto S.A., que no podría continuar con este servicio a partir del 30 de marzo de 2009, ante lo cual la empresa cliente contrató los servicios de un tercero, Aerotrans Ltda., para que transporte su producción. Es por ello que se ha presumido que las personas mencionadas eran reemplazantes lo cual resulta un error.

La Inspección del Trabajo, parte recurrida en el presente procedimiento, señala que no es posible destruir la presunción legal de veracidad respecto de los hechos constatados por un fiscalizador. Además que la Inspección del Trabajo de Molina verificó el reemplazo ilegal de trabajadores en huelga, al constatar que cinco trabajadores conductores de la empresa Transportes Castro y Castro Limitada realizaban labores de aquellos trabajadores en huelga, lo que constituye infracción de los artículos 381° y 382° del Código del Trabajo. Ante ello, comprobada la sustitución, no existe arbitrariedad ni ilegalidad en la fiscalización.

La Corte señala que, está comprobado que la empresa Sociedad de Transportes San Pablo Ltda., se encontraba en un proceso de negociación colectiva con su sindicato, el cual terminó en huelga. Ante ello, la Inspección del Trabajo determinó que la última oferta de la parte empleadora en el proceso de negociación no cumplió con los requisitos para efectuar el reemplazo de trabajadores. Ante ello, la recurrente comunicó a sus clientes que no podría cumplir con los servicios contratados a partir del 30 de marzo de 2009 (inicio de la huelga).

---

*dicho requerimiento.*

*Si así no lo hiciera, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.*

*Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará cuando hubiere negativa expresa de los trabajadores, o si existiere discrepancia en cuanto a la composición del equipo.*

*La reclamación deberá ser interpuesta por el empleador dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha de la negativa de los trabajadores o de la falta de acuerdo, en su caso, y deberá ser resuelta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación.*

*De la resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución o de la expiración del plazo señalado en el inciso anterior”.*

Al denunciar el sindicato de la empresa que se venían produciendo reemplazo de trabajadores, la Inspección del Trabajo inició sus investigaciones, verificando que en la planta, efectivamente, habían cinco trabajadores de otras empresas, razón por la cual cursó la multa señalando que fue la empresa recurrente la que venía haciendo uso de trabajadores en reemplazo, lo que no sería cierto, toda vez que los mismos serían trabajadores de empresas terceras ajenas al proceso de negociación colectiva.

Que, no puede constituir un hecho imputable a la parte recurrente, que ésta empresa tercera que no forma parte de la negociación colectiva, adopte las decisiones que estime conforme a sus intereses, para el desarrollo de su actividad, siendo que dicha actividad no puede ser considerada infracción legal imputable a la parte recurrente.

Por ello considera que el fiscalizador hace interpretaciones jurídicas en forma errónea, careciendo de facultades para interpretar las leyes, siendo que su función es fiscalizar la infracción de la ley, encontrándose en el presente caso ante una infracción que no resulta claramente imputable a la parte recurrente.

Por estas consideraciones, decide acoger el recurso interpuesto y dejar sin efecto la resolución número 07.06.3303.09-001, así como la multa que se aplica en dicha resolución, de fecha primero de abril de dos mil nueve.

Conforme podemos apreciar al inicio de la presentación del caso, la legislación chilena en materia de huelga regula la institución de una forma muy particular, admitiendo la posibilidad que los trabajadores en huelga puedan ser reemplazados siempre que se haya cumplido con las condiciones que el artículo 381º del Código del Trabajo exige.

La Constitución Política de la República de Chile consagra los derechos y deberes constitucionales, y es en el Capítulo III, artículo 19º párrafo 16, donde se desarrolla el concepto de libertad de trabajo y, aunque no se le menciona de manera directa, se admite que de manera indirecta consagra el derecho de huelga, toda vez que se hace una descripción de quiénes son los que se encuentran prohibidos de ejercer este derecho (funcionarios del Estado, de Municipalidades, funcionarios de empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización causa un grave daño a la economía del país, salud, etc.).

Por tanto, podemos apreciar que esta legislación difiere de aquella que normalmente regula la institución en los países latinoamericanos, en los cuales la huelga, si bien es cierto requiere del cumplimiento de una serie de requisitos para su declaración y ejecución, no admite en su ejercicio la sustitución de trabajadores. Y esto justamente porque una de las garantías que existen para que la huelga surta sus efectos y cuente con un real contenido, es que la ausencia de los huelguistas en el centro de trabajo genere un perjuicio directo e inmediato al empleador. Sin embargo, la legislación chilena dista mucho de este fin.

Es por ello que en el caso bajo comentario se evalúa el cumplimiento de estos requisitos toda vez que se presume que los trabajadores reemplazantes han sido ubicados por órdenes de la propia empresa afectada.

El juzgador finalmente señala que la empresa no tiene responsabilidad, y ello porque resuelve que los cinco trabajadores que reemplazan las labores de personal huelguista, en realidad, no pertenecen a la empresa afectada por la huelga, sino a una tercera empresa interesada en que las labores de ésta no se detengan.

Justificar la validez del reemplazo por el hecho que hay de por medio una tercera empresa, la misma que finalmente está interesada en que las actividades de la empresa involucrada en la negociación colectiva no se detengan, me parece una excusa poco solvente, toda vez que resulta inevitable pensar en que puede darse una relación, directa o indirecta, entre la empresa en huelga y la tercera empresa, pudiendo ésta última bajo un presunto interés particular respecto de sus propias actividades, reemplazar a la totalidad de trabajadores en huelga, de tal forma que la huelga como tal no surtiría ningún efecto en perjuicio de la empresa afectada por la huelga. Por ello considero que resulta discutible esta solución dado que en ningún momento llega siquiera a discutir cuál es la razón de ser de la huelga, no siendo al parecer importante para resolver el fondo del asunto.

#### **SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES (29/07/2009).**

La Inspección del Trabajo de Castro denuncia a la empresa “Holding and Trading S.A.” por práctica desleal en la negociación colectiva realizada por el Sindicato de la empresa.

La denuncia se sustenta en que, en el marco de la negociación colectiva que se venía realizando, la empresa depositó en la Inspección Provincial del Trabajo de Castro su

última oferta, la misma que no contenía el bono de reemplazo que señala el inciso c) del artículo 381º del Código del Trabajo, por lo cual la empresa no estaría habilitada para contratar reemplazantes en período de huelga. No obstante lo cual y lo señalado por el artículo 1º y 4º del Código referido, se detectó que la empresa contrató reemplazantes para los trabajadores en huelga legal, tratándose de una infracción ilegal, multándose por ello a la inspeccionada.

La infracción detectada ha consistido por ello en el reemplazo ilegal de las funciones que venían desempeñando 25 trabajadores que se encontraban en huelga legal, siendo las modalidades empleadas las siguientes: a) destinar trabajadores de la empresa a la función de alimentación de peces; b) destinar trabajadores de la empresa a la función de conducción de embarcaciones; c) subcontratar a la empresa SUBMAR LTDA., para ejecutar el servicio de buceo en la extracción de mortalidad de peces. A ello hay que agregar que en algunos casos se produjo el cambio de jornada de trabajo (de la tarde a la noche para cubrir el puesto), e inclusive se hizo que un trabajador que normalmente cumplía las labores de buzo, condujera una embarcación sin tener documentos ni autorización de la autoridad competente para ello.

Con estos antecedentes, lo que evalúa la Corte es si los hechos denunciados como constitutivos de prácticas o acciones desleales o antisindicales así como el reemplazo de trabajadores en huelga legal, tipifican las acciones consagradas en el inciso c) del artículo 387º<sup>60</sup> del Código antes señalado.

Se verificó que continuaron efectuando labores los trabajadores ajenos al proceso de huelga legal; no fue reemplazada la función de la totalidad de trabajadores en huelga, tampoco se acreditó la contratación de nuevos trabajadores para realizar las labores de los trabajadores en huelga; respecto del cambio de horario de un trabajador de la jornada de la tarde a la mañana o el hecho que dos trabajadores conduzcan una embarcación sin tener documentos para ello, no constituyen estrictamente un reemplazo ilegal de funciones, porque no se incurrió en una acción de contratar trabajadores (personal ajeno a la empresa), pues estas personas eran empleados de la empresa incluso desde antes del inicio de la negociación colectiva, lo cual para los juzgadores no implica una

---

<sup>60</sup> Artículo 387º “Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Especialmente incurrir en esta infracción:  
...c) El que ejecute durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma...”

vulneración al artículo 381° del Código Laboral, ni implica por ello una práctica antisindical de las contenidas en el artículo 387° del mismo texto legal.

Respecto de la subcontratación de la empresa SUBMAR LTDA., para los servicios de buceo en la faena de extracción de peces, se ha acreditado que dicha vinculación contractual se ha venido dando inclusive con anterioridad al inicio de la huelga, no siendo calificable por ello dicha conducta como una práctica desleal.

La sustitución de funciones por parte de los trabajadores propios de la empresa puede explicarse incluso como un ejercicio del derecho contemplado en el artículo 12°<sup>61</sup> del Código del Trabajo que se concede al empleador, el cual puede ejercer para readecuar al personal en una situación extrema o excepcional (como es la huelga). Además, la sustitución de funciones no significó el reemplazo total de la fuerza productiva (25 de un total de 44 trabajadores dependientes).

La continuación de labores contratadas por el personal no inmerso en el proceso de negociación colectiva y huelga legal, es manifestación constitucional del derecho al trabajo con que cuenta todo trabajador.

Por estas consideraciones, se revoca la sentencia apelada y se declara que se rechaza la denuncia formulada.

En este caso podemos ver claramente cuál es la posición del Juzgador respecto de la importancia que considera debe dársele a la huelga, a efectos que pueda obtenerse con su ejercicio los resultados que prevé.

---

<sup>61</sup> Artículo 12° “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes”.

En primer lugar, se dice que la sustitución no ha sido total sino parcial, (sólo 25 trabajadores y no 44), con lo cual cabe la pregunta, ¿resulta la cantidad de trabajadores reemplazados un dato importante a efectos de determinarse la vulneración del derecho?, evidentemente que no, quizás sea importante a efectos que la inspección laboral pueda determinar con mayor facilidad el reemplazo de trabajadores, lo cual se complicaría si es que se produce sólo en un caso, pero en realidad, para la dilucidación de la vulneración del derecho de huelga o no considero que es un dato casi anecdótico.

Luego, vemos que las modalidades que se manifiestan son las siguientes: ocupación de puestos de trabajo por personal de diferentes puestos, cambios de jornada laboral, subcontratación de una empresa la cual con su propio personal ocupa los puestos vacantes por la huelga, además de justificarse el “reacomodo” del personal bajo la argumentación que se trata de una facultad que tiene el empleador la cual se encuentra incluso regulada en el artículo 12º del Código del Trabajo, no obstante lo cual considero que este supuesto está pensado para situaciones imprevistas y de emergencia, y no para casos anticipadamente planteados como la huelga.

Otro de los argumentos importantes que el juzgador aplica es que en el presente caso, no se ha producido “contratación” de personal nuevo, por lo tanto, tácitamente se reconoce que, el reemplazo con personal de la propia empresa resulta válido.

Nuevamente nos encontramos ante un tratamiento de la institución que deja de lado ese contenido esencial con que cuenta la huelga, es decir, el porqué de su existencia, la razón de su utilidad, todo lo cual se deja de lado y resulta válida la sustitución simplemente porque en el presente caso no se ha producido una contratación de trabajadores.

Considero que el criterio aplicado resulta equívoco, pues le da la espalda a la razón de ser de la cual la huelga existe, esto es, la búsqueda del equilibrio entre las partes negociadoras, la existencia de una forma de presión contra el empleador a efectos de conseguir la reivindicación reclamada por parte de los trabajadores organizados. Es por ello que concluyo respecto de este caso en que, el análisis tiene que partir del perjuicio que se le estaría causando al ejercicio por parte de la organización sindical de la huelga, en la garantía sobre sus efectos, en la prohibición o limitación al empleador de llegar a lograr que la utilidad de la huelga sea mínima o inexistente, situaciones que claramente se han producido en el presente caso.

## CASOS EN ESPAÑA.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) RJ/2000/6289 – ESQUIROLAJE EXTERNO (04/07/2000).**

Esta resolución responde al recurso de casación interpuesto por el Comité de Empresa de “Catalunya Radio, SRG, S.A.” contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1999 del TSJ de Cataluña que desestimó la demanda interpuesta por el recurrente contra la referida empresa.

La demandada es una empresa de radiodifusión que cuenta con cuatro emisoras de radio: Catalunya Radio, Catalunya Informació, Catalunya Música y Catalunya Cultura. Las cuatro emiten desde el mismo edificio en la ciudad de Barcelona, donde se encuentra instalado el control central común.

El 14 de enero de 1999 el comité de empresa de Catalunya Radio, SRG, S.A. acuerda una huelga de ámbito empresarial para los días 24 a 26 de enero de 1999, con dos horas diarias de duración y distribuidas como sigue: el día 24 de 17 a 19 horas; el 25 de 7 a 9 horas de la mañana y, el 26 de 19 a 21 horas.

Los días de huelga, los trabajadores encargados del funcionamiento del control central abandonaron sus puestos de trabajo conforme al horario antes establecido. Durante dicho período, lo que se emitió fue una programación musical, a excepción del día 24 de enero en que por Catalunya Radio se retransmitió un partido de fútbol participando un locutor quien suele realizar esa labor pero que no es trabajador por cuenta ajena de la empresa, sin intervenir ningún personal de planilla.

Los medios técnicos con los que cuenta la empresa le permitieron organizar la programación con anticipación a la huelga, esto es, la música que se emitió durante esos días, sin necesidad de contar con la participación de trabajador alguno, realizándose así una programación totalmente automatizada.

En los días de huelga, el trabajador Antoni R. que no secundó la convocatoria de paro fue el encargado del mantenimiento técnico, cuyas funciones regulares consisten en cambiar, mejorar y arreglar aquellos elementos o servicios que por su funcionamiento diario sufren algún desgaste y necesitan reparación. Normalmente se desplaza de una dependencia a otra donde se requiera su intervención. Recibió instrucciones claras de la empresa en

respetar el derecho de huelga de los demás trabajadores y mantener activa la emisora para propalar música y la retransmisión del partido de fútbol.

En el período de huelga se mantuvo de manera permanente en el control central manipulando algunas de las instalaciones técnicas del lugar, sin embargo se debe aclarar que el funcionamiento diario del control central depende únicamente de los técnicos de control.

De igual forma, el trabajador Salvador M., que no secunda la huelga, permanece períodos de tiempo cortos en el control central junto con Antonio R., verificando que en los estudios todo estuviera en orden para el momento de reinició de la transmisión normal terminada la huelga. En el caso de ambos trabajadores señalados, no consta que hayan influido en la emisión producida durante la huelga.

La sentencia recurrida señala que según la doctrina del Tribunal Constitucional así como del Superior de Justicia, los trabajadores en huelga no pueden ser sustituidos por otros de igual o nivel profesional superior que no se suman a la huelga. En el caso materia de pronunciamiento, por el contrario, son los medios técnicos de la empresa los que le han permitido mantener la emisión de programas o música grabada sin que sea necesaria la intervención de personas, por lo cual no se produjo sustitución de trabajadores, concluyendo por ello en que dicha conducta no resulta contraria al derecho de huelga.

La parte recurrente reconoce que en el período de huelga no hubo trabajadores en la empresa, sin embargo señala que los medios de producción de Cataluña Radio se utilizaron para reemplazar trabajadores en huelga. Por ello sostiene que se produjo un esquirolaje previo o diferido el cual debe considerarse dentro de la prohibición establecida legalmente, toda vez que se ha afectado la efectividad de la huelga.

El Tribunal Supremo no comparte esta interpretación, pues según considera, la huelga es un derecho fundamental con amparo constitucional (artículo 28.2 Constitución Española), y significa una presión legal que se dirige al empresario para soportar las consecuencias de la abstención de los trabajadores a trabajar. No hay deber por parte del empresario en colaborar con los huelguistas a efectos que logren los efectos proyectados. La Ley prohíbe expresamente la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores externos y, asimismo, por interpretación se restringe en el empleador la facultad de organización con que cuenta, en especial respecto de la movilidad funcional. Sin

embargo, no hay mandato legal expreso que prohíba al empleador soportar los efectos de la huelga mediante los medios técnicos con que cuenta. Por ello, si a pesar de haberse efectuado la huelga, las emisiones no se detuvieron sin producirse sustitución de trabajadores, ni externos ni de la propia planilla, el derecho fundamental no ha sido vulnerado.

Por esta consideración, finalmente el Tribunal Supremo resuelve desestimar el recurso de casación.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO SOCIAL) Sentencia N° 3121/2002 – ESQUIROLAJE INTERNO Y EXTERNO (16/04/2002).**

La sentencia de primera instancia admite la demanda de la tutela y derechos fundamentales, frente a lo cual las codemandadas interponen recurso de suplicación. Este recurso es de carácter extraordinario donde la modificación del relato histórico sólo puede lograrse a través de documentos o pericias que demuestren claramente el error del Juzgador. Resulta también importante que las alteraciones que se alegan sean relevantes para la resolución del recurso.

De acuerdo a la demanda interpuesta, se argumenta que se ha vulnerado el artículo 6.5 del RD 17/1977 así como las sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo relacionadas al caso, al señalarse que, lo que prohíbe la norma legal es la contratación de personal ajeno a la empresa para sustituir a los huelguistas, pero en el caso en cuestión las huelguistas fueron reemplazadas por trabajadoras que ya tenían relación con la empresa, por lo cual no se debe considerar una actitud abusiva por parte de la empresa, más aún cuando lo único que se buscó fue que la actividad en los centros en que se ejecutó la huelga mantuvieran su actividad.

Para el Tribunal Constitucional ya ha quedado claro la prohibición del esquirolaje externo (Sentencia 11/1981 del 8 de abril de 1981), a ello hay que agregar el pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional respecto del caso de trabajadores fijos discontinuos, vinculados directamente a las labores de producción, que convocan a huelga sin que se adhieran a ella el personal fijo de la planilla (directivos y administrativos), quienes de manera voluntaria y según coordinación con el empleador sustituyen a los trabajadores huelguistas en sus puestos de trabajo, cuya categoría inclusive era inferior a la propia. La sentencia (123/1992) de fecha 28 de setiembre de 1992, finalmente resuelve dando la

razón al Comité de Empresa, señalando que no puede considerarse lícita la sustitución de trabajadores en huelga por otros de categoría profesional superior, sin poder entenderse a esta conducta como una de aquellas de conflicto colectivo permitidas por el artículo 37° de la Constitución.

Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 08 de mayo de 1995 (RJ 1995,3752) falla un caso de esquirolaje interno, en el cual se materializa una huelga en la empresa RENFE en todo el territorio de España, los días 18, 20, 22, 25, 27 y 29 de enero de 1993, siendo paros parciales y por turnos, frente a lo cual la empresa realizó en todo el territorio nacional diversas sustituciones de trabajadores en huelga por otros que no participaron en el paro convocado, de categoría similar o superior, y que eran trabajadores de la empresa con cierta antigüedad, determinándose por ello que se trataba de un ejercicio abusivo de la facultad de dirección de la empresa.

Según se indica en la sentencia de fecha 08 de mayo de 1995, respecto del cuestionamiento si la sustitución interna es contraria o no al derecho fundamental de huelga, la doctrina ha venido señalando que esta práctica resulta siendo un ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario, el *ius variandi*, toda vez que esta facultad se ejerce de manera distinta a la que el ordenamiento señala para una situación conflictiva, es decir, como conducta que busca disminuir la presión que produce el paro en el trabajo, atentándose por ello con el principio de lealtad y buena fe que debe reinar en un período de huelga.

De los hechos que contiene la demanda se advierte que tres de las demandantes se plegaron a la huelga, no obstante lo cual fueron sustituidas por dos trabajadores de otro centro de trabajo y otra a quien se cambió de turno, situación que produjo en otros dos centro de trabajo de la misma empresa.

Conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional se puede señalar que, el derecho de huelga goza de preeminencia frente a otros derechos, por lo cual se impone inclusive al derecho contenido en el artículo 20° del Estatuto de Trabajadores (poder de dirección del empleador), de lo cual se debe concluir que no resulta lícita la sustitución de trabajadores producida, ya sean trabajadores contratados por la empresa con anterioridad y sean del mismo nivel y calificación que aquellos sustituidos, trasladados o no de otro centro de trabajo, ni cuando se trate de trabajadores del mismo centro de trabajo, cambiándoseles de turno o no, toda vez que en este caso estaríamos frente a

una conducta abusiva y desproporcionada, vulnerándose de esa manera el ejercicio del derecho de huelga.

Por estas consideraciones, el fallo del Tribunal concluye en desestimar el recurso de suplicación y confirmar en su totalidad la resolución recurrida.

#### **1.2.1.2. Esquirolaje interno.**

Si bien es cierto, el artículo 70º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ya descrito, describe una conducta inicialmente vinculada a la “sustitución externa” de trabajadores huelguistas, no se puede desconocer que la “sustitución interna” de trabajadores huelguistas, es decir, aquella que se realiza mediante trabajadores que mantienen un vínculo laboral con la empresa al momento de la ejecución de la huelga, también podría constituirse en un ejercicio abusivo de las facultad directriz del empleador. Esto se verá claramente reflejado cuando dicha conducta produzca una clara disminución de los efectos de la huelga, vaciándose su contenido.

Sin embargo, la posición tradicional que la jurisprudencia en general ha manejado es aquella que sólo prohíbe de manera expresa que se sustituya a personal en huelga a través de la contratación de trabajadores (esquirolaje externo), es decir, por aquellos que no estuviesen vinculados a la empresa al momento de ejecutarse la huelga. Pero frente a ello, hay que decir que la preeminencia del derecho de huelga produce una reducción o paralización de los otros derechos, y ello para evitar que se vacíe de contenido al derecho fundamental, con lo cual se concluirá en que, no sólo se prohibirá el esquirolaje externo, sino también el interno, toda vez que el empresario debe estar sujeto al principio de buena fe en la relación laboral, con lo cual se descarta toda aquella conducta que busque como fin mantener la actividad productiva, sin importar los efectos que la huelga pudiera causar.

Este criterio se ve reflejado en resoluciones judiciales extranjeras (entre ellas las españolas, sobretudo), las cuales hacen mención al “uso desviado del poder organizativo empresarial”, agregando a ello que, en realidad, “nada le impide al empresario hacer uso durante la huelga de sus poderes de dirección sobre aquellos trabajadores que voluntariamente decidan no secundar la huelga, aunque tendría que acreditarse la finalidad exclusivamente laboral de la medida”<sup>62</sup>. Frente a ello, otras resoluciones

---

<sup>62</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2004.

contradican dicho criterio, señalando que “el derecho de huelga anestesia, reduce y paraliza el poder de dirección del empresario”<sup>63</sup>

Por esto se dice que la sustitución interna de huelguistas durante un período de huelga es un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que corresponde al empresario pero en situaciones distintas. Y esto porque en una situación de huelga, dicho ius variandi no puede validar la sustitución del trabajo, que debía ser ejecutado por los huelguistas, por aquellos que en situaciones de normalidad no realizan tales funciones. Por tanto, no resulta válido que el empresario pueda imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de labores que corresponden a los trabajadores huelguistas, ni que los trabajadores que voluntariamente decidieron no secundar la huelga puedan sustituir el trabajo de los huelguistas.

Por ello, el ejercicio del ius variandi se considerará abusivo cuando en el *“contexto de una huelga legítima alcance a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”*<sup>64</sup>.

Sin embargo, también encontramos opiniones contrarias a esta ilicitud del esquirolaje interno. Gonzalo Diéguez considera que *“se trata de una solución correcta y además de sentido común, ya que no puede concluirse que ante una huelga el empresario debe permanecer indiferente y ocioso como si aquella no existiese; sin poder reajustar la*

---

<sup>63</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2009, “La preeminencia del derecho fundamental de huelga incide en el derecho del empresario a la dirección y control de la actividad laboral regulado en el artículo 20º del Estatuto de los Trabajadores, sin que el ejercicio por el empresario de estas facultades pueda vaciar de contenido el ejercicio de este derecho fundamental, lo que prohíbe la sustitución interna de trabajadores huelguistas por otros que no secundaron la huelga del mismo o distinto centro de trabajo”. STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2010; “La vulneración del derecho fundamental de huelga puede derivarse no sólo de la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros que a la fecha del inicio de la misma no pertenecían a la plantilla de la empresa (sustitución externa), sino también cuando, en determinadas circunstancias, la sustitución de los huelguistas se produce por trabajadores de la propia plantilla (sustitución interna). Sin que pueda autorizarse en contra que el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo, autoriza la sustitución interna, es decir, la posibilidad que el empresario pueda sustituir a los trabajadores en huelga por otros empleados que hayan decidido libremente no participar en la misma, en cuanto esa facultad no es ilimitada sino que debe ajustarse escrupulosamente a lo dispuesto, ya que la extralimitación o uso abusivo de la misma contraviene el derecho fundamental de los trabajadores al ejercicio de la huelga”, indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2002.

<sup>64</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga”. En: Temas Laborales, núm. 116/2012, pgs. 205-214.

*organización del trabajo en la empresa para paliar el desorden y perjuicios que de ese modo le sobrevienen”.*<sup>65</sup>

Frente a esto podemos decir que, si lo que se busca es, finalmente, garantizar el derecho de huelga, resulta válido admitir la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores huelguistas. Por ello, siempre que se acredite que las labores de los huelguistas son desarrolladas por personal que venía teniendo asignadas otras funciones distintas, concluiremos en que se está lesionando el referido derecho.

En el Derecho Comparado el tratamiento que se da a la sustitución de trabajadores en huelga es diverso, existiendo inclusive en algunos de ellos mucha tolerancia. Al respecto, a continuación abordaremos tres casos: en el caso italiano no existe expresamente una norma que prohíba la sustitución de trabajadores huelguistas, los cuales son denominados “crumiraggio”. Las normas no se pronuncian al respecto, pero sí lo hace la Corte Suprema di Cassazione, que en la Sentencia N° 12.822 del 29 de noviembre de 1991 expresa la ilicitud del crumiraggio interno, es decir, la sustitución de trabajadores huelguistas con otros trabajadores de la propia empresa que no se hubieran plegado a la huelga; respecto del crumiraggio externo, es decir, la sustitución de huelguistas con personal que no pertenecen a la planilla de la empresa, los tribunales no han sido contundentes, pues en algunos casos han admitido esta posibilidad señalando que el empleador tiene el derecho a defender las consecuencias negativas que genera el ejercicio de la huelga, no obstante ello, en otros casos lo ha declarado ilícito al considerar que lesiona el derecho de huelga.

En el caso de Francia, el Code de Travail en sus artículos L 122-3 y L 124-3 no admite la utilización de trabajadores temporales así como la contratación de trabajadores bajo contratos temporales para sustituir a los huelguistas. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado la sustitución de trabajadores contratados a plazo indefinido a través de la movilización interna de los no huelguistas. También se considera como lícita la realización de horas extras por los trabajadores no huelguistas durante la ejecución de la huelga o la transferencia de actividades a otros centros de trabajo. En conclusión, se le otorga al empresario una amplia gama de posibilidades para lograr la reducción de los

---

<sup>65</sup> DIÉGUEZ, Gonzalo. “Esquirolaje interno y otras cuestiones. Comentario a la sentencia de Cassazione italiana n. 20164 de 26 setiembre 2007” (pro manuscrito, 2008), p. 3.

perjuicios que la huelga produce. Aunque también se reconoce que aplicar algunas de estas medidas resulta complicado.<sup>66</sup>

Un tratamiento distinto es el que encontramos en el sistema portugués, donde el artículo 596º del Código do Trabalho, Ley Nº 99/2003 prohíbe claramente la sustitución de los huelguistas por trabajadores contratados con posterioridad al pre aviso, de igual forma a través de la contratación de empresas externas, salvo que se trate de la huelga en servicios mínimos.

En el caso peruano, podremos decir que la inspección del trabajo fue sancionando y condenando los casos de esquirolaje interno desde la segunda mitad del año 2011 y este criterio fue confirmado en las instancias administrativas. Un hecho que respaldó las primeras inspecciones sobre esquirolaje interno se encuentra en la acción de la Dirección General de Inspección del Trabajo, la cual se pronuncia respecto de este hecho, señalando que, si bien es cierto el artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, faculta al empleador para modificar la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad, en razón del criterio establecido por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente Nº 1417-2005-AA/TC, las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden vulnerar el contenido esencial de los mismos<sup>67</sup>, por lo tanto considera que el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspecciones que contempla las infracciones relacionadas con aquellos actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de sus trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Así lo pone de manifiesto Ray, J.E., en Marzal, A. (dir.) (2005:256). Dicho autor señala que normalmente al empleador le resulta complicado realizar sustituciones internas a través de los no huelguistas, dado que tales trabajadores acostumbran a estar poco motivados y no quieren entrar en conflicto con los huelguistas, siendo habitual que el número de bajas por enfermedad se dispare durante los períodos de huelga. También apunta que “en la práctica la transferencia de la producción o la subcontratación chocan con numerosas dificultades técnicas (capacidad de producción, transferencia del know how, calidad de los productos) y tácticas (posibilidad de extensión de lo planteado, legitimidad contestable)”. En: Cambios en las relaciones de trabajo y derecho a la huelga, Solá Monells, Xavier y Martínez Fons, Daniel. Fundación Alternativas, 2007, p.22.

<sup>67</sup> “[...] todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.” (f. 21).

<sup>68</sup> Oficio Circular Nº 059-2011-MTPE/2/16 de fecha 07 de octubre de 2011.

En relación a los criterios judiciales, no tenemos mayor registro sobre los mismos. Sin embargo, en noviembre del año 2013 se debe haber dado el primer pronunciamiento referido directamente a un caso de esquirolaje interno<sup>69</sup>, donde se considera que, *“la sustitución del trabajo que debían desempeñar los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones, anula o aminora la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización”*, declarándose finalmente infundada la demanda interpuesta por la empresa y declarando válido el pronunciamiento de la Autoridad Administrativa referido a sancionar como una infracción laboral el esquirolaje interno producido. Más adelante, en el desarrollo del presente trabajo, ésta sentencia será abordada con mayor profundidad.

Este casi inexistente desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto del esquirolaje podría hacernos suponer que en la práctica empresarial diaria no ha existido necesidad de llegar a dichos extremos, o por otro lado, que la medida de huelga como instrumento de presión de los trabajadores peruanos no ha sido en realidad una alternativa importante que las organizaciones de trabajadores hayan utilizado. Sin embargo, estas presunciones no necesariamente son reales, pues el hecho que no abunden los pronunciamientos judiciales determinando la existencia o no de conductas de esquirolaje no significa que en la práctica las mismas no se vengán produciendo. Es más, de un tiempo a esta parte como veremos más adelante, podría decirse que dichas conductas han ido en crecimiento, y para ello serán de gran ayuda, por ejemplo, los pronunciamientos que en materia administrativa se vienen dando en el área de inspecciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, las mismas que serán materia de análisis en el siguiente capítulo.

De igual forma, a continuación se detallan algunos pronunciamientos de la jurisprudencia chilena y española que tratan sobre el desarrollo de esta materia.

## **CASOS EN CHILE.**

### **SENTENCIA DE LA CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA (30/12/2009).**

La empresa “Isapre Consalud S.A.” reclama en contra de la Inspección Provincial del Trabajo de Iquique, para que se dejen sin efecto las multas impuestas por considerar

---

<sup>69</sup> Sentencia N° 1071-2013. Demanda presentada por la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, Expediente N° 721-2013 seguido ante el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

ilegal la actuación de la entidad fiscalizadora, así como la inexistencia de la falta sancionada.

La empresa recurrente señala que se ha producido la infracción del artículo 381° del Código del Trabajo; asimismo, que conforme a lo dispuesto por los artículos 19°, 20° y 21° del Código Civil<sup>70</sup>, el concepto “reemplazo” no debe entenderse como reemplazo de la función o puesto de trabajo de un trabajador involucrado en una huelga, sino que se trata de la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa, con la finalidad de sustituir a los trabajadores en huelga, lo que estrictamente no se produjo en el caso de autos, toda vez que el reemplazo se ejecutó con personal permanente de la empresa.

Conforme se describe, el 27 de agosto de 2008, los trabajadores del Sindicato Nacional de Trabajadores Administrativos, Ventas y otros de la empresa, hicieron efectiva la huelga legal; las funciones de 07 empleados involucrados fueron asumidos por otros 07 funcionarios de la empresa quienes mantenían contrato desde antes del inicio de la huelga, 05 de los cuales inclusive fueron trasladados desde otras ciudades para ello.

La Inspección del Trabajo notificó a la empresa una multa por cada funcionario reemplazado.

La empresa no ha acreditado haber cumplido con los requisitos necesarios para realizar la sustitución de trabajadores, concluyendo los juzgadores que se había trasgredido la prohibición contenida en el artículo 381° del Código del Trabajo.

La regla general para los casos de sustitución de trabajadores es la imposibilidad del reemplazo, salvo que la última oferta cumpla con los requisitos señalados en el inciso tercero del artículo 372°, en cuyo caso se permitirá el reemplazo.

Sin embargo, es necesario hacer la observación siguiente: si bien la prohibición es de “reemplazar”, la excepción a dicha regla según lo precisa el legislador es de poder

---

<sup>70</sup> Artículo 19° “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

*Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.*

Artículo 20° “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.*

Artículo 22° “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.*

“contratar” trabajadores para efectos de efectuar el reemplazo de trabajadores, por lo cual no es lo mismo reemplazar que contratar, pues la primera expresión significa sustitución, mientras que la segunda expresión implica la celebración de un contrato.

Además, teniendo la huelga un reconocimiento indirecto en la Constitución Política de la República, donde se señala como principio fundamental que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales, se debe entender que el legislador admite la figura como una instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo, siendo por ello que corresponde una interpretación restrictiva de las disposiciones del reglamento.

Las disposiciones que la reglamentan señalan la posibilidad de declarar la huelga sólo ante la concurrencia de determinados requisitos, restringiéndose sus efectos sólo a los dependientes involucrados en la negociación colectiva, se regula la votación para ser declarada, se exige mayoría absoluta de los trabajadores, y otros requisitos de admisibilidad, por lo tanto, es en esta orientación en que ha de entenderse el sentido del reemplazo prohibido, dentro del contexto debido, a propósito de una instancia no deseada, por lo que debe concluirse en que, lo que la ley impide, salvo las excepciones señaladas, es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de los huelguistas, es decir, se debe tratar de personal ajeno a la empresa.

Con ello, la figura descrita en el presente caso, no constituye la figura proscrita en el artículo 381° del Código del Trabajo, habiendo por ello incurrido los sentenciadores en una errónea interpretación y aplicación de la norma aludida.

Por estas consideraciones, se acoge el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, se invalida la sentencia del uno de octubre de dos mil nueve, reemplazándose por la que se dicta a continuación.

Como ya se ha indicado, la regla general es la prohibición de reemplazar trabajadores y la excepción está constituida cuando el empleador da cumplimiento a las exigencias contenidas en la norma, en cuyo caso podrá realizar el reemplazo.

Por ello, la interpretación de la disposición contenida en el artículo 381° del Código no puede orientarse hacia una huelga inoperante, pues los trabajadores que la declaran han debido cumplir con todos los requisitos exigidos. Por lo demás, la palabra “reemplazo”

debe entenderse como “sustituir una cosa o persona por otra, poner en su lugar a otra que haga sus veces”, siendo esto lo que ocurrió en el presente caso, pues el empleador asignó a otros de sus trabajadores a cumplir con las funciones que desarrollaban los huelguistas, produciéndose una “sustitución”.

Las normas referidas dan la posibilidad del reemplazo previo cumplimiento de ciertos requisitos, con lo cual la empresa no puede, a su libre arbitrio, reemplazar a los huelguistas por otros dependientes de la misma empresa o establecimiento.

Además, si la huelga es un desenlace no deseado frente a la negociación colectiva, mal podría admitirse al empleador reemplazar trabajadores y continuar con el funcionamiento regular de la empresa, pues ello atentaría contra la “eficacia” de la huelga, lo que resulta inadmisibles.

Por ello se concluye en que, no se trata de alterar la naturaleza de los servicios o jornada de los trabajadores conforme así lo faculta el artículo 12° del Código del Trabajo, sino que se ha buscado afectar la instancia de huelga legítima que se venía realizando, lo que resulta inadmisibles según la regulación de la materia.

En el caso bajo análisis podemos apreciar que lo que se entiende como admisible en una situación de huelga, previo cumplimiento de requisitos, es el reemplazo de trabajadores a través de la contratación de nuevo personal, siendo ésta la única excepción frente a la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga. Por ello, siendo ésta la forma aceptada por la regulación del Código, al caso de autos no resulta aplicable porque lo que se produjo en los hechos fue la sustitución de personal con trabajadores de la propia empresa, es decir, no hubo necesidad de contratar personal, considerándose por ello inaplicable el artículo 381° del Código. Sin embargo, resolviéndose el fondo del asunto, el Tribunal concluye que no resulta admisible convertir a la huelga en inoperante, de tal forma que una empresa, bajo ninguna forma, puede realizar actos que busquen minimizar los efectos de la huelga, salvo por supuesto el cumplimiento de los requisitos legales establecidos, en cuyo caso resultaría válido el reemplazo, caso contrario, todo reemplazo, ya sea con personal propio o contratado, estaría afectando el fin de la huelga, lo cual resulta sancionable.

### **SENTENCIA DE LA CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA (08/07/2010).**

Mediante recurso de Casación, la empresa “Servisair Chile S.A.”, cuestiona los pronunciamientos tanto de primera como de segunda instancia los cuales deniegan su reclamo respecto de la Resolución N° 00207 de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Poniente de fecha 26 de mayo de 2008 que contiene la multa administrativa N° 1311.4058.08.001 que le fuera impuesta, aduciendo que el fiscalizador incurrió en error de hecho según los antecedentes que describe.

Resolviendo la cuestión de fondo, la empresa Servisair Chile S.A., fue sancionada por infringir el artículo 381° del Código del Trabajo, es decir, reemplazar a los trabajadores involucrados en huelga sin cumplir con los requisitos legales.

La empresa señaló que las personas que atendieron en tierra a las aeronaves de distintas líneas aéreas el 15 de enero de 2008, con excepción del señor Marcelo Lara Báez, no pertenecían a la empresa sino a una tercera (ANDES AIRPORT SERVICES) la misma que desarrollaba las labores para las cuales había sido contratada, por lo cual no se puede considerar que desarrollaban un reemplazo de trabajadores en huelga.

Como ya esta Corte lo ha precisado anteriormente, si bien es cierto el artículo 372° del Código del Trabajo dispone en primer momento la prohibición del reemplazo, también dispone casos de excepción, refiriéndose por ello el legislador a la contratación de trabajadores para los efectos de realizar el reemplazo de trabajadores dependientes en huelga. Y no es lo mismo reemplazar que contratar, pues la primera expresión significa “sustitución”, y la segunda refleja la celebración de una “convención”.

La normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva que contiene, y es que todo el proceso de huelga, sus requisitos y exigencias para cada una de las partes involucradas está pensado justamente para que siempre exista la posibilidad de encontrarse una alternativa de solución entre trabajadores y empleadores. Y es en esta orientación en que debe interpretarse el sentido del reemplazo prohibido, es decir, en un escenario no deseado considerándose las consecuencias perniciosas que trae consigo, por lo tanto debe entenderse que, lo que la ley prohíbe es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga, es decir, debe tratarse de personal ajeno a la empresa, lo que no ocurre en el caso planteado.

De acuerdo a las pruebas presentadas y que obran en autos, no ha habido infracción legal, la empresa comunicó a algunos de sus clientes la huelga de sus trabajadores, la prestación de servicios de atención en tierra que ANDES AIRPORT SERVICES S.A. hizo a SWISS INTERNACIONAL AIRLINES S.A. y a CARGOLOUX AIRLINES INTERNACIONAL S.A. los días 14 y 15 de enero de 2008, respectivamente, con ocasión de la paralización de los empleados de la empresa actora, así como la ejecución de labores realizadas por aquellos trabajadores que no se adhirieron a la huelga, entre ellos el señor Marcelo Lara Báez.

Es decir, la empresa sancionada, producto de la huelga, tuvo que reducir su oferta de servicios para afrontar ello con los funcionarios que se mantuvieron ajenos a la huelga, mientras que la mayoría de sus clientes fueron atendidos por otras empresas del mismo giro, situación que encontró la Inspección de Trabajo sin verificar que los trabajadores encontrados pertenecían a la empresa ANDES AIRPORT SERVICES S.A., empresa distinta de la accionante y que el señor Marcelo Lara Báez era trabajador dependiente desde antes de la huelga. Inclusive, en el caso que el señor Lara Báez hubiese desarrollado las funciones propias de sus compañeros de trabajo *“ello no importaría la comisión de la ilegalidad pues el reemplazo que ella importa conlleva la consecución de mano de obra externa a la empresa”* que no sería el caso.

Por estas consideraciones, se decide acoger la reclamación deducida por SERVISAIR CHILE S.A. dejándose sin efecto la multa impuesta.

Este es un caso donde efectivamente pareciera que la inspección no llevó a cabo una verificación efectiva de los hechos sucedidos, pues deducir que los trabajadores reemplazantes pertenecían a la planilla de la actora resultó ser un error manifiesto, sin embargo, lo que hay que resaltar en este pronunciamiento es la interpretación que se le da al reemplazo de trabajadores, reiterándose la posición esgrimida en casos anteriores, que frente a una huelga, inicialmente se encuentra prohibido el reemplazo de trabajadores, salvo que la empresa afectada cumpla con todas las exigencias impuestas por ley, en cuyo caso podrá llevar a cabo el reemplazo pero a través de “personal contratado”, reiterando este pronunciamiento que no es lo mismo efectuar el reemplazo con personal contratado que con personal de la propia empresa (sustitución de personal), siendo el primer caso únicamente el que se encuentra regulado por la norma comentada, en cambio el segundo una posibilidad admitida y no prohibida por ley, es decir, una posición que va en contra del contenido mismo de la huelga.

### **SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES (03/02/2011).**

La empresa “Molino Caupolicán LTDA.”, a través de su representante, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Letras de Rengo, la cual rechaza la demanda o reclamación de su parte.

Solicita se invalide la sentencia observada por considerar que no ha existido infracción a la legislación laboral y en especial al artículo 381° del Código del Trabajo, toda vez que dicha norma exige el pago del bono de reemplazo sólo cuando el empleador contrata trabajadores de reemplazo y no cuando reasigna funciones a sus propios trabajadores.

La empresa reclamante señala que ante el desarrollo de una huelga hizo uso del *ius variandi*, modificando las funciones de los trabajadores no huelguistas, lo cual de acuerdo a la jurisprudencia no puede considerarse reemplazo de trabajadores en huelga ya que sólo se produjo una reasignación de funciones.

De acuerdo a lo resuelto por el a quo, la interpretación del artículo 381° en el sentido que sólo se referiría a los casos de contratación de nuevo personal, convertiría a la huelga en una figura sin ningún efecto práctico, pues el empleador a través de la facultad del *ius variandi* lograría anular los efectos de la huelga.

La empresa accionante ha deducido recurso de nulidad por considerar que se ha infringido el artículo 381° del Código del Trabajo, así como otros artículos del Código Civil, al señalar que la norma laboral menciona por lo menos tres veces la palabra “contratar” y no reemplazar, lo que significa que si se produce el reemplazo a través de la contratación de otros trabajadores en huelga, el empleador debe hacer el pago de las sumas que la norma señala a favor de los huelguistas, sin que ello sea aplicable en el caso que el reemplazo se realiza con personal no huelguista.

Respecto a la institución de la huelga, es la más atípica de las instituciones jurídicas, por ser una expresión de autotutela de naturaleza colectiva. La doctrina *ius laboralista* la ha definido como la perturbación o suspensión colectiva del proceso productivo por parte de los trabajadores con el fin de obtener mejoras en las condiciones de trabajo, siendo por ello uno de los ejes de la libertad sindical. El derecho de huelga es el que produce un

contrapeso de poderes en busca de soluciones entre partes desiguales (empleador y trabajadores)<sup>71</sup>.

La regla general del artículo 381º es la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, y es que se busca proteger justamente el derecho a huelga; asimismo, se desprende que lo que la norma proscribe es el reemplazo en las funciones de los huelguistas, ya sea con trabajadores propios o contratados. De lo contrario se ignoraría la finalidad de la norma.

Por ello, la interpretación de la empresa accionante convierte a la huelga en un acto “sin efecto alguno”, pues bastaría que la empresa contrate a trabajadores días previos al inicio de la negociación colectiva para poder reemplazar a los huelguistas y hacer del derecho de huelga un acto inocuo.

Por estas consideraciones, debe concluirse que no ha existido infracción a la ley.

## CASOS EN ESPAÑA.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 123/1992 – ESQUIROLAJE INTERNO (28/09/1992).**

La sentencia bajo análisis responde a los hechos producidos en la “Compañía Envasadora Loreto, S.A.”, en la cual se materializó una huelga legal secundada por los trabajadores fijos discontinuos quienes realizaban las labores productivas de la empresa, sin adherirse a dicha medida el personal fijo de planilla, esto es, los directivos y administrativos. Frente a la huelga la empresa sustituyó en los puestos de trabajo de los huelguistas a los trabajadores fijos de la misma empresa, quienes desarrollaron las labores de manera voluntaria, con la particularidad que los puestos ocupados eran de inferior categoría profesional que la suya, cuyo resultado arrojó que la huelga no causara los efectos pretendidos por los trabajadores que la habían organizado.

La Magistratura de Trabajo declaró lícita la sustitución de los trabajadores huelguistas por aquellos que no habían secundado la huelga, interponiéndose contra dicho pronunciamiento el recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo, el mismo que fue desestimado por sentencia de fecha 13 de diciembre de 1988.

---

<sup>71</sup> Toledo, César. Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, N° 01. 2007.

El Magistrado de Trabajo sustentó su decisión señalando que, lo que viene prohibido por el Real Decreto Ley N° 17/1977 es la “sustitución de trabajadores con personal no vinculado a la empresa”, por lo tanto, “nadie podía prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe lo permite”. Seguidamente detallaremos la normativa citada y la comentaremos.

#### **“Artículo 6°**

*... 5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”.*

Los accionantes señalaron por el contrario que la interpretación de la Magistratura era restrictiva respecto de un precepto constitucional, pues se estaban dejando de lado los antecedentes históricos, su finalidad y su adecuación a la realidad social, todo lo cual producía una limitación al contenido esencial del derecho de huelga. Debiendo entenderse que la huelga, sobre todo, es un medio de presión para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo cual quedaría sin ningún sustento si es que se permite que el empleador pueda sustituir a los huelguistas por otros, sin interesar su vinculación con la empresa o no.

#### **Constitución Española.**

#### **“Artículo 28°**

*...2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.*

Además de los argumentos descritos plasmados en la sentencia impugnada, los Magistrados señalaron que, finalmente, la conducta de los huelguistas implica una ausencia al trabajo, frente a lo cual no se puede impedir de trabajar a aquellos que no se suman a la huelga, ya sea en un puesto o en otro que sea asignado por el empleador, más aún cuando los que sustituyeron adoptaron voluntariamente el cambio de puesto y la actividad asignada.

Los accionantes añadieron a su defensa que, resultaba cuestionable también el poder de dirección del empresario, toda vez que el ejercicio de dicha facultad en un caso de huelga resultaba un fenómeno de represalia sindical y además, si ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha señalado de abusivo cuando el derecho de huelga persiga un efecto multiplicador, debe considerarse de igual forma como abusivo el ejercicio del boicot cuando se busque una afectación en perjuicio de quienes ejercitan su derecho a la huelga.

**“Artículo 20.-** *Dirección y control de la actividad laboral.*

1. *El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.*

**Artículo 39.-** *Movilidad funcional.*

... 2. *La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores”.*

Para el Ministerio Fiscal, la conducta desarrollada por la empresa constituyó una actividad claramente vulneradora del derecho de huelga conforme lo señalado en el artículo 28.2 de la Constitución Española. Asimismo, indica que, si bien es cierto el empleador puede ejercer su poder de dirección conforme lo establecido en el artículo 20º del Estatuto de los Trabajadores, ésta facultad no puede ejercitarse ni interpretarse erga omnes y en contra de un derecho fundamental como es el derecho de huelga. Agrega a ello que, conforme se ha planteado el caso es posible apreciar que el empleador reorganizó el trabajo en reacción a la huelga declarada.

Respecto del artículo 6.5 del Real Decreto Nº 17/1977, señala el Ministerio Fiscal que debe interpretarse como una forma de impedir que el poder económico del empleador pueda convertir en imposible el ejercicio del derecho de huelga, por lo cual debe interpretarse en el contexto de dicho derecho, debiendo proscribirse cualquier acción que busque desnaturalizar los propósitos que persigue una huelga.

Los accionantes argumentaron, entre otras cosas, que la conducta del empleador supuso un ejercicio contra legem del ius variandi otorgado por la ley, porque si bien es cierto se permite la ocupación del trabajador en tareas de categoría inferior a las que normalmente realiza, esto es permitido sólo en casos de imprevisibilidad, por ello, si estamos frente a una huelga cuyo aviso fue efectuado con la debida anticipación, mal haríamos en hablar de algún supuesto de imprevisibilidad en el presente caso. Inclusive, entre las partes involucradas existía un Convenio Colectivo suscrito, el cual en su artículo 26º admitía la posibilidad de destinar a los trabajadores fijos a cualquiera de las actividades de la empresa, pudiendo ser de menor categoría, sin embargo este hecho se condicionaba a que la actividad productiva se encontrase saturada, situación completamente distinta a la de una huelga.

La defensa de la Compañía Envasadora de Loreto S.A. señaló que en todo momento habían respetado el derecho de huelga de sus trabajadores y que lo único que hicieron fue poner en ejercicio la facultad de movilidad funcional contenida en el Convenio Colectivo.

De los hechos descritos, lo que se busca determinar es si la conducta de la parte empresarial ha quebrantado el derecho fundamental configurado en el artículo 28º de la Constitución Española. Y es que frente a esta norma existen dos tipos de interpretación: una literal y otra finalista, o estamos igualmente frente a dos derechos que se contraponen, el derecho a la libertad de empresa y la protección o defensa del trabajador. Es importante reiterar en este momento que el derecho de huelga, que implica la paralización parcial o total del proceso productivo, no es más que un instrumento de presión frente a la empresa que busca finalmente equilibrar las fuerzas en oposición y dispares existentes, siendo por ello un arma en manos de los trabajadores.

Las normas españolas aplicables ya sancionaban esta conducta en contra de los trabajadores, pues tal como lo precisaba el Real Decreto mencionado no se admite la figura del esquirol, con lo cual se prohíbe al empresario mientras dure la huelga, la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no se encuentren vinculados a la empresa al momento que la huelga fuera convocada. Sin embargo, contrario a ello, se podría concluir que, en cambio, sí se permitiría la sustitución de huelguistas por personal que pertenezca a la empresa, lo cual se ve reforzado si se considera el principio de libertad, por el cual, todo lo que no se encuentre expresamente prohibido por la ley

resulta permitido. Es justamente esta interpretación la que ha hecho valer el Tribunal Central de Trabajo y cuya sentencia ha generado el proceso en cuestión.

Como ya se ha hecho mención anteriormente, el ordenamiento jurídico contempla la facultad del empleador de realizar la movilidad interna del personal, la misma que pudiera ser de manera vertical u horizontal. El Estatuto de los Trabajadores admite la movilidad de trabajadores para realizar tareas de categoría inferior a la suya, condicionado a necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva y sólo por el tiempo que sea necesario. De igual manera se encuentra regulada la movilidad funcional hacia arriba y la geográfica, que incluye el cambio de residencia temporal.

Estas situaciones referidas a la facultad directiva del empleador se establecen ya sea para casos de normalidad laboral o para casos de emergencia, es decir, no se plantean para situaciones de anormalidad laboral, como pudiera significar una situación de huelga. Sin embargo, para la valoración de cada situación se hace necesario ponderar los intereses que se encuentran enfrentados a efectos de establecer válidamente si la medida adoptada es legal o no.

Frente a ello, tenemos la medida de huelga, que resulta ser un derecho subjetivo de los trabajadores además de ser un derecho fundamental con base constitucional. Pero que de igual forma debe practicarse dentro de un ámbito que lo opone a otros derechos con base igualmente constitucional. No obstante ello, se debe reconocer que este derecho goza de una protección muy singular respecto de otros derechos, pues expresamente un articulado constitucionalmente lo admite y lo desarrolla. Esta preeminencia del derecho de huelga reduce a otros derechos cuando se encuentran frente a frente, y este es el caso de la potestad directiva del empleador que le permite la movilidad del personal en casos excepcionales o de necesidad. Y justamente el ejercicio de esta facultad que lleva a un empleador a utilizarla para disminuir los efectos de la huelga, colocando por ejemplo a personal calificado en puestos de trabajo con calificación mínima significa vaciar de contenido esencial el derecho de huelga.

En conclusión, la sustitución interna resulta ser un ejercicio abusivo de un derecho, el mismo que corresponde al empleador, es decir, el *ius variandi*, que se pone en ejecución en una situación que no necesariamente resulta de una necesidad o de algo imprevisto, todo lo contrario se pone en marcha dentro de una situación conflictiva como la de

huelga, buscando disminuir sus efectos y atentando por ello contra el principio de lealtad y buena fe que debe existir durante la huelga.

Por todo lo señalado, el Tribunal Constitucional resuelve otorgar el amparo y calificar como ilícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no se habían plegado a la medida, sin poder considerarse dicha conducta como una medida empresarial de conflicto colectivo, conforme lo prevé el artículo 37° de la Constitución Española:

**Artículo 37°**

*“... 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA (SALA DE LO SOCIAL, Sección 1°) Sentencia N° AS/2004/1497 – (31/03/2004).**

La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda y declara como hechos probados los siguientes.

La empresa demandada tiene como actividad el servicio de gestión de la documentación clínica del CH. Juan Canalejo de la Coruña (archivo de historias clínicas operativo las 24 horas del día durante todo el año), laborando en dicha actividad 27 trabajadores.

Habiendo fracasado las negociaciones respecto de las condiciones económicas y de trabajo entre la empresa y los trabajadores, el sindicato comunica a la empresa con fecha 18 de octubre de 2002 la convocatoria a huelga a partir del 06 de noviembre de 2002 desde las 00:00 horas, finalizando a las 24 horas del mismo día, continuándose la misma en caso no se llegase a ningún acuerdo los días 13, 14, 19, 20, 26, 27 y 28 de noviembre y, 4, 5, 10, 11, 12 y 18 de diciembre, en los mismos horarios. La comunicación se presenta el 17 de octubre de 2002 y se propone como servicios esenciales mantener los servicios brindados los sábados, domingos y feriados de todo el año, con un trabajador en cada turno de mañana, tarde y noche.

Ambas partes se someten a un procedimiento arbitral, emitiéndose un Laudo Arbitral con fecha 05 de noviembre de 2002 en el cual se determinan como servicios mínimos a 5 trabajadores el primer día y dos más de refuerzo en los siguientes días.

El día 11 de diciembre de 2002, el sindicato comunica a la empresa el nuevo calendario de huelga para los días 8, 9, 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de enero de 2003 y, 5, 6, 12, 13, 19, 20, 26 y 27 de febrero de 2003.

El 27 de diciembre de 2002 se estableció una nueva orden que fijó para los servicios mínimos hasta 13 efectivos diarios, uno por cada centro y turno de mañana, tarde y noche, debiendo ser esta designación de forma rotativa.

De los 27 trabajadores que prestan el servicio, unos realizan la función de preparación del préstamo y archivado de historias, y otros que se encargan del reparto de las historias clínicas en los hospitales y centros de especialidades. De dichos 27 trabajadores, son 18 los que secundan la huelga.

Con fecha 06 de noviembre de 2002, la Inspección de Trabajo realizó visita en el centro de trabajo detectando que, a pesar de los servicios mínimos establecidos, se había contratado a dos personas (contrato de obra o servicio), quienes no se encontraban en el cuadro de turnos de la empresa. Este hecho provocó que la inspección laboral sancione a la inspeccionada por la comisión de infracción muy grave.

Los hechos detectados de acuerdo a la descripción efectuada, denotan la existencia de un esquirolaje interno, toda vez que, a pesar que no se contratan trabajadores externos para sustituir a los huelguistas, se utiliza a un trabajador de categoría directiva y de otro centro de trabajo y a otro trabajador en un día no programado en el cuadro de turnos.

No existe limitación en cuanto a los poderes directivos del empleador sobre los trabajadores que deciden no secundar la huelga, no obstante lo cual debe acreditar la finalidad exclusivamente laboral de la decisión empresarial; en el presente caso, los hechos detectados demuestran una indicio de finalidad anti huelguista.

Por estas consideraciones, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa en contra de la Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2003 del Juzgado de lo Social, confirmándola en su integridad.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO SOCIAL, Sección 1º) Sentencia N° 2643/2004 (31/03/2004) AS/2004/2268.**

Se presenta recurso de suplicación contra la sentencia de primera instancia que desestima la demanda formulada por los representantes del Sindicato Único de Correos y Telégrafos de la Confederación General de Trabajo Estatal y del Sindicato Único de Correos y Telégrafos de la Confederación General de Trabajo de Barcelona, en contra de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., sobre tutela de derechos fundamentales de libertad sindical y derecho de huelga, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones en su contra formuladas.

Con fecha 14 de enero de 2003 la Confederación General del Trabajo Sindicato Único de Correos y Telégrafos y, el 15 de enero de 2003 la Unión Sindical Obrera en Correos y Telégrafos de Cataluña, respectivamente, comunicaron a la Dirección Territorial Zona Quinta su decisión de declararse en huelga en Barcelona y provincia de manera indefinida a partir del 23 de enero de 2003, durante las tres últimas horas de la jornada laboral en todos los turnos de trabajo, a la vez que se promovía la negociación de las condiciones de traslado al nuevo centro de correos; con fecha 26 de julio de 2002 suscribieron en Madrid la empresa y los Sindicatos un acuerdo sobre los principios y criterios de aplicación en los traslados de los empleados de centros de trabajo a raíz de planes de ordenación y automatización; desde octubre de 2002 se fue llevando a cabo en Barcelona el proceso negociador para la implantación en Cataluña del Plan de Automatización Postal para garantizar las condiciones en los traslados de los trabajadores a los nuevos centros de trabajo; mientras duró la huelga se renovaron contratos temporales a 79 trabajadores huelguistas; en la Quinta Zona de la empresa, entre el 1º y 22 de enero de 2003 se suscribieron 141 contratos de modalidad eventual y, del 23 de enero al 07 de marzo se suscribieron 178 contratos de igual modalidad; entre enero y marzo de 2003 se acumularon en Barcelona gran cantidad de envíos pendientes de reparto; para evitar que esta acumulación entorpezca las vías y salidas de evacuación, con riesgo ello para la seguridad y salud de los trabajadores, la empresa decidió trasladar esa correspondencia desde el CCP Colón hasta el CTA de San Cugat; parte de la correspondencia que se clasificaba en Barcelona, mientras duró la huelga, se clasificó fuera de la ciudad. Frente a los hechos descritos, los

recurrentes señalan que mediante la sustitución interna se ha quebrantado el derecho de huelga. La sentencia recurrida argumenta entre sus considerandos que, en casos como éste, corresponde a la empresa la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, con lo cual, habiéndose clasificado parte de la correspondencia de Barcelona en otra ciudad, se debe analizar si existe una justificación objetiva y razonable que justifique la vulneración del derecho fundamental de huelga, concluyendo que este derecho no ha sido vulnerado.

Este derecho de huelga, reconocido constitucionalmente, como cualquier otro derecho fundamental cuenta con determinados límites que permitan la continuidad de la actividad empresarial y la satisfacción de los intereses de aquellas personas que no están afectadas por la huelga. Y esta limitación adquiere mayor importancia cuando, como en el presente caso, el derecho de huelga se enfrenta a otro derecho fundamental cual es el de comunicar o recibir libremente información veraz, el mismo que se encuentra igualmente reconocido en el Texto Constitucional.

Al respecto, resulta importante hacer mención a la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad N° 192/80, en el cual señaló que: *“constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo...”* y que, *“se puede... hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses judicialmente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*.<sup>72</sup>

La sentencia mencionada sigue indicando que, es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una etapa de suspensión, limitándose así la libertad del empresario, a quien se le prohíbe contratar otros trabajadores así como llevar a cabo el cierre de la empresa.

No obstante lo señalado hasta aquí, la propia sentencia bajo comentario agrega que: *“ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado. Como todos, el derecho de huelga ha de tener sus propias limitaciones, que derivan, no solo de su posible conexión*

---

<sup>72</sup> Pleno del Tribunal Constitucional 11/1981 del 08 de abril (RTC 1981, 11).

*con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos...”.<sup>73</sup>*

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 2331/1998<sup>74</sup>, al referirse a la lesión de los derechos fundamentales, y más específicamente el de huelga, se refiere a la carga de la prueba y habla de la necesidad del trabajador de aportar un indicio razonable que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, correspondiendo al empresario justificar objetiva, razonable y proporcionalmente las causas de su actuación pretendidamente atribuibles a la intención de lesionar el derecho fundamental de huelga.

### **1.3. DERECHOS DEL EMPLEADOR EN PERÍODO DE HUELGA Y DE LOS NO HUELGUISTAS.**

La situación de huelga establece una coyuntura especial y diferente para todos los actores: los trabajadores huelguistas, quienes por un lado optan de manera legal abstenerse de prestar sus servicios; los empleadores, quienes frente a la ejecución de la huelga, debieran soportar el daño sufrido provocado por la adopción de la medida y, los trabajadores no huelguistas, quienes debieran continuar con normalidad sus labores a pesar de los efectos que la huelga puede causar en sus actividades. Frente a estas tres posibilidades de actuación, abordaremos la situación, en primer lugar, de los empleadores y, en segundo lugar de los trabajadores no huelguistas.

#### **1.3.1. El Empleador frente a la Huelga.**

Encontrándose prohibido de contratar a trabajadores para realizar la sustitución de trabajadores en huelga o de acudir a empresas intermediarias para el destaque de personal, encontramos que adicionalmente el empleador encuentra su poder de dirección limitado a efectos de lograr disminuir el impacto o anular los efectos negativos de la huelga, inclusive la influencia sobre aquellos que decidieran no secundar la medida de huelga. Frente a estas limitaciones, existen algunas voces que señalan que el poder del empleador no puede limitarse por la protección que se quiere dar al derecho de huelga, porque las facultades del empleador de vincularse con otras empresas dentro del mercado se encuentra estrechamente ligado a lo que se conoce como “libertad de

<sup>73</sup> Pleno del Tribunal Constitucional 11/1981 del 08 de abril (RTC 1981, 11).

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002 de 21 de marzo (RTC 2002,66).

empresa” reconocida en la Constitución, la misma que no puede sufrir limitación alguna más que la legal. Es decir, esta posición señala que únicamente se puede justificar la limitación al poder empresarial cuando las decisiones que afectan a la empresa se dan en un ámbito superior al de la simple relación empleador-trabajador, estamos hablando de decisiones que afectan en su conjunto a la organización empresarial.

Sobre este tema resulta interesante hacer mención a la jurisprudencia de España – STS (4ª) del 27 de setiembre de 2009, por el cual se desarrolla una huelga en una emisora televisiva autonómica que coincide con la retransmisión de un partido de fútbol, donde la empresa afectada, conjuntamente con las demás empresas autonómicas, deciden contratar a otra empresa para que realice la retransmisión del encuentro, enviando ésta la señal a la unidad móvil de esta empresa que la reenvía a las empresas autonómicas y de allí al resto de canales de televisión. En este caso el Tribunal resolvió indicando que no había vulneración al derecho de huelga, porque entendió razonable la participación de las demás televisoras autonómicas que buscaron contratar a una empresa que logre retransmitir el partido, además porque consideró que la empresa afectada por la huelga no lesionó el derecho de los huelguistas, en tanto que la retransmisión que generó fue en virtud de los avances técnicos preexistentes a la huelga, lo que se logró sin la intervención o participación de trabajadores en sustitución de los huelguistas. Hay que anotar a ello que, el que la empresa haya pre programado la emisión de la señal con anterioridad al día de la huelga para emitirse la imagen automáticamente y que la contrata se encargue del trabajo de los huelguistas con la infraestructura de la empresa, no resultaron razones suficientes para que el Tribunal determine la existencia de vulneración al derecho de huelga.

Este resultado pudiera ser cuestionable, dejar que el empleador ejerza su libertad de organizar la empresa como mejor le parezca, y esto porque de repente debería ponerse un mayor empeño en analizar el caso con vista al resultado que el ejercicio del poder empresarial provoca y si ello significa de alguna forma la lesión al derecho de huelga. Por ello, es que el análisis debería hacerse desde el resultado material que estas acciones empresariales provocan en relación con las limitaciones provocadas al derecho de huelga y que pudieran haberla hecho impracticable.

El caso planteado demuestra que existen algunos sectores de gran nivel de tecnificación donde se llega a reducir al mínimo la mano de obra en el propio proceso productivo, hasta el punto de hacerse innecesaria la participación de los trabajadores. Es decir, la

actividad humana para, pero no las máquinas, lo que trae como consecuencia que el servicio no se vea interrumpido. Esto se puede apreciar en casos de empresas de telefonía, radio, televisión, sector bancario, etc.

Estos nuevos sistemas de trabajo traen como consecuencia la pérdida de eficacia de la huelga, toda vez que el empleador tiene completa libertad para utilizar la tecnicidad sin poderse cuestionar sus decisiones sobre el proceso productivo respecto de los efectos que ésta causa sobre el conflicto planteado.

Sin embargo, hay que considerar que no pueden existir poderes absolutos, con lo cual toda facultad empresarial debiera someterse al límite que imponen los derechos fundamentales de los trabajadores. Y más aún cuando consideramos que lo que finalmente se afecta es el contenido esencial de los derechos, tal como lo señala Baylos: *“Es más que probable por el contrario que este dominio sobre la técnica de la producción esté limitado por el respeto al contenido esencial del derecho de huelga, definido a los términos a los que se ha hecho alusión, sin perjuicio de que el empresario procure alegar que ha ejercitado estas facultades en el marco de la neutralidad, adecuada y proporcionalmente a un fin neutro, no contaminado por la finalidad de hacer inviable la eficacia de la huelga convocada”*.<sup>75</sup>

Respecto de la medida de huelga, uno de sus efectos podemos decir que es la limitación de la libertad del empresario (que, inclusive, es un derecho fundamental), ello porque definitivamente existe una relación entre el poder del empresario y el trabajo productivo, de tal forma que si éste último se encuentra afectado por algún motivo, producirá igualmente repercusiones sobre el poder del empresario. Ante esto, la jurisprudencia ha llegado a señalar que durante la huelga deben existir tanto proporcionalidad como sacrificios mutuos entre las partes involucradas, es decir, no sólo limitar el poder del empresario sino también imponer a los trabajadores la necesidad de actuar de determinada forma a efectos que la huelga no sea considerada abusiva.

Frente a ello, cabe preguntarnos, ¿hasta dónde podemos limitar el poder de dirección del empresario?, Muchas opiniones exigen una mínima actuación del empresario, de tal forma que durante una huelga el empresario debe permanecer en una situación pasiva. Para Sala Franco, cuando la ley ha querido contemplar mecanismos de defensa para el

---

<sup>75</sup> Baylos Grau Antonio. Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga. En: Estudios sobre la Huelga. Edit. Bomarzo. 1ª Edición, 2005, pp. 106.

empresario contra la huelga, los ha señalado expresamente, por lo cual debe entenderse que lo no reconocido expresamente atenta contra el contenido esencial del derecho de huelga.<sup>76</sup> Frente a ello, aparece la crítica que, la norma no puede ponerse en todos los casos posibles de tal forma que no podrían regularse todas las posibilidades frente a un caso de huelga. Pudieran existir situaciones no contempladas en la ley que sí permitieran determinadas conductas, caso contrario, al empresario sólo le quedaría la opción de cerrar el centro de trabajo al no poder continuar la actividad productiva.

Por ello, ante la realización de una huelga, lo normal es que el empresario no permanezca inactivo sino que realice actividades que busquen mantener la actividad en el nivel habitual o en determinado nivel de anormalidad. Con lo cual, podría entenderse que ni el ejercicio del *ius variandi* ni la movilidad funcional causarían perjuicio a los efectos de la huelga toda vez que la afectación al empleador se debe producir únicamente respecto de los trabajadores huelguistas y no respecto de los otros, pues ello podría entenderse como un doble perjuicio. Y con esto, la reasignación de funciones para los no huelguistas se termina convirtiendo en una necesidad natural para lograr el funcionamiento parcial de la empresa, frente a lo cual aparecen aquellos que señalan que ello será permitido sólo cuando la *“reorganización sea imprescindible para que el empresario pueda utilizar las prestaciones laborales de los no huelguistas”*.<sup>77</sup>

Respecto de todas estas posibilidades de actuación del empresario frente a una situación de huelga, la jurisprudencia española emitió una resolución en la que establecía que: *“los aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Así se produce el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”*<sup>78</sup>, como sucede con la potestad directiva del empresario.

---

<sup>76</sup> Sala Franco, T. Problemas jurídicos del trabajador “no huelguista”. Actualidad Laboral, Tomo I, 1984, pp. 108.

<sup>77</sup> Gonzales Biedma, T. Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa, Madrid (Civitas), 1994, pp. 83.

<sup>78</sup> STC 123/1992, de 28 de setiembre de 1992, 123, Sala Primera (fundamento jurídico quinto).

En conclusión, si bien estamos ante un derecho reconocido en la Constitución, este no puede desvirtuar el ejercicio de la huelga en tanto que, en una ponderación de derechos fundamentales, corresponde la aplicación de este último derecho en tanto que importa el ejercicio de un derecho colectivo y excepcional de un colectivo de trabajadores amparados en un derecho tutelar. En suma, podemos decir que está prohibida cualquier actuación por parte del empresario que busque privar de efectividad a la huelga, o adoptar medidas que directa o indirectamente busquen neutralizar o disminuir los efectos naturales que una huelga puede producir.

### 1.3.2. Los no huelguistas frente a la huelga.

Los no huelguistas resultan ser aquellos trabajadores que, a pesar de tomar conocimiento de una paralización, deciden continuar laborando, manteniendo la normalidad en la ejecución de sus labores. Y es que este concepto resulta ser diferente al de “esquirol”, el cual, sin tener una relación laboral con el empresario, es convocado para sustituir al trabajador huelguista que decidiera adherirse a la paralización. Es decir, ambos personajes realizan las actividades de la empresa, sin embargo, la motivación de cada uno los diferencia.

Frente a estas definiciones, hay que considerar que en el caso del no huelguista, si bien es cierto decide finalmente no plegarse a la huelga y continuar con sus labores, ello implica a la vez que de alguna manera sufrirá las consecuencias de la paralización. Esto resulta importante considerar para el caso en que la paralización provoque una desorganización tal que afecte el normal desenvolvimiento de determinadas áreas en las que se encuentran involucrados trabajadores no huelguistas, producto de lo cual éstos no podrían realizar sus labores con normalidad, para este caso, ¿se verían afectados en sus remuneraciones a pesar que las razones que impiden su labor no les resulta imputable?

Aquí aparecen varios temas que merecen ser abordados, como el derecho al trabajo o la libertad sindical negativa existente.

Respecto del derecho al trabajo, la Constitución de 1993 señala que “*El trabajo es un deber y un derecho...*”<sup>79</sup>, con lo cual podríamos inicialmente equiparar la conducta del no huelguista a esta protección constitucional. Sin embargo, este derecho podría encontrarse frente a otros derechos igualmente constitucionales con los que pudieran

---

<sup>79</sup> Artículo 22° de la Constitución Política del Perú 1993.

darse algunos enfrentamientos, teniendo como ejemplo el derecho a la libre empresa, “*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria*”<sup>80</sup>. Es decir, el inicial deber de otorgar trabajo a las personas que se impone a las empresas se encontraría limitado a este segundo derecho mencionado, propio justamente de los empresarios. Y esta posibilidad de garantizar el derecho al trabajo depende en realidad de muchos otros factores que resultan primordiales a efectos de cumplirse con este precepto constitucional, como por ejemplo la existencia de una oferta de trabajo suficiente, las condiciones para que esta oferta de trabajo se manifieste, etc. Por lo tanto, parecería que la conclusión es que este derecho al trabajo constitucionalmente acogido no sería capaz de sostener el derecho del no huelguista, dado que su protección dependerá finalmente de factores totalmente ajenos a éste. Sin embargo hay que considerar también que, si bien es cierto el derecho al trabajo es planteado de manera general en el plano constitucional, de forma tal que su aplicación como ya se ha mencionado pudiera colisionar igualmente con otros derechos (libertad de empresa) hay que concluir entonces que lo que se debe buscar finalmente es un equilibrio entre estos derechos en conflicto, dependiendo la solución de cada caso concreto y de la importancia que cada uno de éstos traiga consigo.

Y respecto de la valoración que se le puede dar, tanto al derecho al trabajo como al derecho de huelga, Waldeck-Rousseau ha señalado lo siguiente: “*El derecho de trabajar de un obrero es tan sagrado como el derecho de noventa y nueve a hacer huelga*”<sup>81</sup>, con lo cual lo que se debe buscar es la equiparación constitucional de ambos derechos, debiendo gozar ambos de un mismo valor jurídico.

Bajo esta premisa, no podría argumentarse un mayor valor jurídico de la huelga frente al derecho al trabajo, sólo por el hecho que el primero involucra a un colectivo de personas y el segundo resulta ser un derecho individual.

Por lo tanto, entrando a lo que significa el conflicto colectivo, encontramos aquí tres partes que se entrelazan entre sí: los huelguistas, los no huelguistas y el empleador. En el caso de una huelga, los huelguistas no tendrían derecho a exigir que todos hagan huelga, mientras que los no huelguistas no tendrían derecho a exigir que las actividades continúen normalmente.

---

<sup>80</sup> Artículo 59° de la Constitución Política del Perú 1993.

<sup>81</sup> Palabras de Waldeck-Rousseau recogidas en Bouere, *Le droit de grève*, pp. 83.

Pero, respecto de ambos conceptos, el derecho de huelga y el de no huelga, se puede decir que constitucionalmente es el primero al que se protege inicialmente, siendo el de no huelga sólo una consecuencia del primero. Además, se resalta el carácter positivo de la huelga frente al de no huelga, ello porque frente a una huelga, los trabajadores tienen la posibilidad de suspender la relación laboral con su empleador, utilizando ello como medio de presión, frente a lo cual la no huelga es sólo una derivación del primero. Con ello, se resalta entonces el aspecto positivo de la huelga, mientras que el aspecto negativo sólo es la otra cara de la huelga, siendo un límite para la declaración de huelga.

La paralización produce efectos directos sobre el centro de trabajo, por lo cual lo lógico es que estos efectos se extiendan inclusive a aquellos que decidieron continuar con sus labores, esto es lo que Antonio Santana denomina *“el efecto amplificante del conflicto”*<sup>82</sup>; este efecto trae consigo algunas interrogantes: ¿qué pasará con aquellos trabajadores no huelguistas que por alguna circunstancia no podrán ejercer con normalidad sus actividades, más aún cuando cuentan con el derecho al salario?, ¿En el caso que se afecte el libre trabajo del no huelguista estaríamos frente a un acto ilegal?

Frente a los efectos inevitables que trae consigo la huelga, la doctrina ha traído como concepto de escape, el de la “proporcionalidad”, por el cual debe darse una adecuación entre los sacrificios que cada parte involucrada atraviere. Esto ayudará a evitarse aquellos casos de huelga abusiva que producen daños desproporcionados entre las partes. Con lo cual, los efectos “normalmente” producidos por una huelga ya no serán calificados como actos ilegales, toda vez que entran en lo que se llama la naturaleza de la huelga, que trae consigo perturbar el funcionamiento de la empresa.

Respecto de las reacciones frente a la huelga, encontramos que entre otras cosas produce una división de sus actores, es decir, entre aquellos que deciden plegarse a la huelga y quienes están en contra. Frente a ello, el empleador, en principio, cuenta con la facultad de modificar la labor pactada previamente con el trabajador, sin embargo esta posibilidad se empieza a cuestionar cuando se trata de la modificación de funciones de un trabajador no huelguista ante la inminencia de una huelga. Y es que en estos casos, lo más probable es que el empleador con esta acción busque, sobre todo, aminorar la

---

<sup>82</sup> “... consistente en que la voluntad de paro de una parte (incluso una minoría) puede traer consigo la efectiva inactividad del resto. Con ello, se consigue agrandar el elemento de presión que pesa sobre el empleador, ya que al mayor ámbito de inactividad conseguido se ha de sumar el coste económico que supone afrontar las remuneraciones de unos trabajadores que se declaran ajenos al conflicto y que, pese a ello, no pueden realizar la prestación ordinaria”. Santana Gómez, Antonio. El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas. Editorial Civitas S.A., primera edición, 1993, pp.137.

huelga y que la actividad productiva no resulte mermada. Por lo tanto, la facultad con que cuenta el empleador ya no sería únicamente el de ejercer dicha facultad, sino una conducta reactiva frente a la huelga.

En realidad, esta posibilidad de reorganizar las funciones de los trabajadores no huelguistas encierra diversos intereses, dependiendo a qué actor nos referimos, por ejemplo, para el empleador resulta un instrumento ideal para mantener la actividad productiva, además de ser una reacción frente a la huelga; para los huelguistas, resultará evidente concluir en que la medida adoptada lo único que busca es aminorar los efectos de la huelga, es decir, la sustitución de huelguistas por no huelguistas busca ocupar los puestos vacíos y evitar los efectos negativos de la ausencia laboral; por último están los no huelguistas, quienes no mantienen los mismos intereses de los huelguistas, todo lo contrario, pretenden ejercer sus labores de manera normal, sin embargo ello depende a su vez de los efectos que la propia huelga cause.

¿Cómo se puede expresar la libertad de trabajo en el trabajador no huelguista a quien se solicita sustituir a un huelguista?

Habría que decir en principio que la manifestación de este derecho en casos como el planteado se origina en la decisión del empleador de encargar al trabajador no huelguista las labores por la ausencia producida. Aquí aparecería una primera limitación para el empleador, y sería el caso que el no huelguista se opusiera a dicho requerimiento, toda vez que, finalmente, se le estaría imponiendo realizar actividades para las cuales no ha sido contratado, en cuyo caso ya no estaríamos frente a la manifestación de la libertad de trabajo.

Por ello se dice que, el trabajador no huelguista no debería tener ninguna oposición o influencia para desarrollar libremente sus actividades, es más, ni siquiera los huelguistas y menos el empleador podrían obligarlo a actuar de manera diferente. Sin embargo, si ahondamos en el fundamento con el que cuenta el no huelguista para que se respete el derecho a continuar con sus actividades, pudiera resultar más conveniente sustentarlo en el mismo reconocimiento que sobre la huelga hacen las normas como la Constitución<sup>83</sup>,

---

<sup>83</sup> Artículo 28°. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

toda vez que, si se regula un derecho a la huelga, también debe entenderse la parte negativa del derecho, esto es, el derecho a no ejercer dicho derecho, el cual corresponde a los no huelguistas. Por supuesto que es en este momento en que también serán importantes los efectos que la huelga en sí produzca sobre las actividades de la empresa, pues en el caso que se manifiesten aquellos “efectos amplificantes” que llegarán a paralizar de manera significativa las actividades de la empresa, a pesar del derecho con el que cuenta el no huelguista de continuar con sus labores de manera normal, no podría ejercerlo. Adicionalmente habría que decir que, el trabajador cuenta con el derecho de no apoyar la medida de huelga, sin embargo esto no extiende su derecho hasta pretender oponerse a la huelga o actuar en contra de ella. Al respecto, Antonio Santana señala: *“Quiere decir ello que los no huelguistas están tutelados en su decisión no conflictiva, pero no en su eventual deseo de aminorar la eficacia de la medida de presión laboral. En consecuencia, la libertad de trabajo del no huelguista no puede ir más allá de ahí o, lo que es lo mismo, habilita al no adherido para llevar a cabo sólo aquellas tareas que no supongan una confrontación directa con el ejercicio del derecho de huelga de sus compañeros o una participación en la estrategia anti huelga diseñada por el empleador”*<sup>84</sup>.

Respecto de la aplicación del *ius variandi* por parte del empleador, Plá Rodríguez ha señalado que *“es la potestad de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación en las tareas del trabajador”*. Es el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>85</sup> que establece la facultad del empleador en hacer modificaciones o cambios en turnos, horarios, forma y modalidad en la prestación de las labores, con el límite que tales cambios sean razonables y respondan a una necesidad de la empresa. El abuso en el ejercicio de esta facultad puede traer como consecuencia la aparición de actos de hostilidad, los cuales se encuentran regulados en el artículo 30º de la misma norma.

---

<sup>84</sup> SANTANA GÓMEZ, Antonio. El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas. Editorial Civitas S.A., primera edición, 1993, pp.175.

<sup>85</sup> Artículo 9º del T.U.O.L.P.C.L. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Frente a ello, ¿qué causas son justificantes para la aplicación del *ius variandi* por parte del empleador?, ¿la situación provocada por una huelga resultaría una causa justificante para la modificación de turnos o rotación del personal?

Si nos quedamos sólo en el análisis de los efectos de una huelga, seguramente concluiríamos en decir que sería justificada la movilización de personal, los cambios de turnos y jornadas, etc., toda vez que la huelga de por sí produce afectaciones en el devenir natural y normal de una empresa, sin embargo, no debería bastar con ver sólo los efectos, sino también resulta importante tener en cuenta la razón de ser de la huelga, la cual viene de la manifestación de un derecho colectivo. Y esto podría ayudarnos a ir diferenciando aquellos hechos que provocan una afectación en el desarrollo productivo de cualquier empresa, como un terremoto o una epidemia, frente a situaciones previstas en la propia ley y que por tanto resultan hasta cierto punto previsibles, como la huelga.

Entonces no podemos equipar a la huelga con cualquier otro hecho imprevisto que podría afectar la actividad regular de una empresa, más aún cuando la huelga es un instituto jurídico reconocido como derecho en la propia Constitución Política del Estado. Por ello, la huelga no podría ser calificada como una situación de “necesidad” como lo establece el artículo 9º mencionado, o de “imprevisibilidad”, pues se encuentra debidamente regulada en la Ley, con lo cual podríamos decir que los cambios y modificaciones que trae consigo el *ius variandi* del empleador pudieran no corresponder para este caso.

El exceso en el ejercicio de estas facultades por parte del empleador, también se reflejan en lo señalado en el artículo 30º del TUOLPCT, donde como actos de hostilidad se señala el hecho de trasladar al trabajador a un lugar distinto al habitual con el ánimo de perjudicarlo<sup>86</sup>. Considerándose en principio que la huelga es un hecho que relaciona directamente al empleador y al huelguista, mas no al no huelguista, debe entenderse que el poder de dirección del empleador puede ejercerse libremente sobre este último sin ninguna opción por parte del trabajador de oponerse a ello, sin embargo, la limitación a este ejercicio se dará en el hecho que pueda probarse que las medidas adoptadas perjudican de alguna forma al trabajador, además que los criterios utilizados fueran irrazonables o no exista una necesidad real para dichos cambios.

---

<sup>86</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 30º Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:... inciso c).- El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

Al respecto, la jurisprudencia española expone las limitaciones del *ius variandi* de la siguiente forma: *“el ejercicio de tal facultad (ius variandi cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo “social” que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el que la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9º de la Constitución y, con ella, la justicia”*.<sup>87</sup>

A continuación presentaremos una jurisprudencia española que desarrolla justamente los efectos del *ius variandi* del empresario, la sustitución interna de trabajadores huelguistas por personal directivo ejerciendo el abuso en las facultades directivas que producen, finalmente, el vaciamiento del contenido del derecho de huelga.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SALA PRIMERA) Sentencia N° 33/2011 de 28 de marzo de 2011 – RTC\2011\33.**

Los sindicatos CC OO y UGT convocan una huelga general para el 20 de junio de 2002 contra las reformas en materia de empleo anunciadas por el Gobierno.

Ante esto, el Comité de Empresa del Diario ABC decide apoyar la medida y con el ánimo de impedir que ese día salga a la venta el diario en los quioscos, fija su celebración desde las 19:00 horas del 19 de junio hasta las 7:00 horas del 20 de junio.

En los talleres del periódico y en sus diversas secciones de pre-impresión, almacén de papel, rotativas, cierre y distribución, hicieron huelga todos los trabajadores, con excepción de los jefes de sección de todos los turnos, además de otros directivos y jefes de áreas como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguiendo editar una tirada del periódico de 29,800 ejemplares, los mismos que fueron distribuidos en tiendas y en las cadenas de televisión. Los espacios informativos de los distintos canales de televisión informaron que el diario ABC había salido a la venta en edición reducida.

---

<sup>87</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2006, repetitiva de la contenida en la STC 123/1992, de 28 de setiembre.

Con fecha 17 de junio de 2003, cuarentidós trabajadores presentaron demanda sobre tutela de derechos fundamentales contra el Diario ABC, alegando la vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa al haber llevado a cabo prácticas contrarias al ejercicio de ese derecho fundamental consistente en la efectiva emisión de una tirada de periódicos mediante la colaboración de directivos y jefes de áreas que sustituyeron a los trabajadores huelguistas.

La demanda fue estimada en forma parcial por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de fecha 10 de octubre de 2003, que reconoció la vulneración del derecho de huelga, ordenando a la empresa el pago de una indemnización a cada uno de los trabajadores como daño moral ascendente a trescientos euros.

El Juzgado señala que la tirada fue llevada a cabo con la colaboración de los jefes de sección de talleres y otros directivos y jefes de áreas como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., a pesar que la Ordenanza de prensa de 23 de marzo de 1971, vigente por remisión del convenio colectivo aplicable al caso, señala que los jefes de sección y las categorías superiores tienen como función organizar, controlar y distribuir el trabajo, y en su caso, atender incidencias, pero en ningún caso intervenir directamente en el proceso productivo en talleres. La tirada de la edición, en su fase de impresión, correspondía a trabajadores de las categorías en huelga, jefes de equipo, profesionales de oficios y especialistas, por lo que quienes intervinieron en la tirada del ejemplar del 20 de junio de 2002 no llevaron a cabo las tareas propias de su trabajo habitual, sino la de los huelguistas, es decir, sustituyéndolos. Por ello, esta Sentencia considera que la empresa actuó en contra del derecho de huelga, recordando que no sólo es contrario a dicho derecho fundamental el “esquirolaje externo” (contratación de trabajadores ajenos a la empresa para sustituir huelguistas), sino también el interno, es decir, aquel que utiliza la movilidad funcional dentro de la empresa para limitar la eficacia de la huelga. Rechaza la defensa de la empresa que señala que la actuación de los empleados que colaboraron en la emisión de la tirada del periódico respondía a su propia iniciativa. La Sentencia señala que no es creíble el argumento que dichos empleados hayan actuado sin conocimiento de la empresa, más aún cuando se produjo una actuación coordinada y pública que supuso la puesta en marcha de todo el proceso productivo. Por ello considera que la empresa es responsable de las conductas irregulares realizadas por las personas a su servicio.

La empresa interpone recurso de suplicación la misma que recibe favorable acogida en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 27 de abril de 2004 (AS 2004, 2422), que niega la lesión al derecho de huelga, señalando que no consta que la empresa haya empleado medidas contrarias al ejercicio del derecho de huelga al haber sido los jefes de sección de todos los turnos quienes tomaron la decisión de no secundar la huelga. No fue la empresa sino los jefes de sección quienes decidieron en reunión sostenida antes de la huelga general, sacar a luz una edición reducida del periódico. Dicha conducta no vulnera el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 que únicamente prohíbe la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la medida de conflicto, por lo cual la Sala de lo Social concluye que no se dieron las condiciones de imputación de responsabilidad por ejercicio abusivo del ius variandi empresarial.

Contra dicho pronunciamiento, se promovió un incidente de nulidad, en otras cosas, por considerar haberse introducido un hecho nuevo en el recurso de suplicación, que los jefes de sección fueron los que tomaron la decisión de no secundar la huelga y que la empresa no tomó decisiones de movilidad funcional.

Este recurso fue rechazado por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por lo cual se interpone la demanda de amparo bajo comentario. Entre otras cosas, los recurrentes señalan la infracción al artículo 28.2 de la Constitución Española, toda vez que consideran que el “esquirolaje interno” se produjo no sólo por la actuación de los jefes de sección sino también por la de otros directivos y jefes de área de todos los turnos, pues los directivos de mañana, tarde y noche alteraron sus horarios habituales para concentrarse en el horario de tarde para lograr la edición del diario. Además que no se ha probado que las medidas adoptadas durante la huelga hayan sido a iniciativa propia y ajenas a la voluntad de la empresa. Por lo cual, aquellas actuaciones deberían considerarse como realizadas por la empresa, ya que en ningún momento ésta rectificó la actuación o decisiones de sus directivos y jefes, sin haberse opuesto a dicha actuación o que éstos hubieran ocultado la decisión tomada el día anterior a la sustitución de los huelguistas. Además que, cuando los directivos o jefes violan el derecho de huelga de los trabajadores, es la propia empresa la que, actuando por su intermedio o delegación, lo está vulnerando. La aceptación de la Sentencia significaría vaciar de contenido al derecho fundamental, al exonerarse de responsabilidad de la empresa que permita la iniciativa de los esquiroles de realizar trabajos de categorías inferiores, de distinto grupo de trabajadores, con cambios de turnos incluidos o inclusive de lugar de trabajo.

El presente pronunciamiento busca resolver, respecto de la cuestión de fondo, si se vulneró el artículo 28.2 de la Constitución Española al haberse sustituido, como denuncian los recurrentes, a los trabajadores huelguistas por los directivos y jefes de área de su empresa, quienes lograron que se editase el Diario ABC el día de la huelga. En cuanto al derecho de huelga, la STC 123/1992 de 28 de setiembre (RTC 1992,123), señala que, *“el derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su artículo 37º el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el artículo 28º, confiriéndole una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros”*<sup>88</sup>

La misma resolución antes referida señala que la huelga produce *“el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Esto se ve reflejado en la potestad directiva del empresario regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con calificación mínima, perjudica a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.”*

Adicionalmente hay que mencionar que esta sentencia no admite un carácter autónomo respecto de las decisiones que los jefes puedan adoptar en determinadas circunstancias, para el caso materia de análisis, las decisiones que tienen que ver con el supuesto desconocimiento de la medida adoptada así como el desconocimiento por parte de la empresa en la edición y distribución del periódico. Ante ello, la conclusión es que resulta muy difícil llegar a entender que la empresa no haya aprobado la edición del tiraje que salió a la venta. Más aún cuando la empresa no pudo justificar válidamente la existencia de circunstancias o hechos que expliquen la decisión adoptada.

---

<sup>88</sup> Fundamento 5 de la STC 123/1992 del 28 de setiembre (RTC 1992,123).

Sobre la validez o no que puedan tener las decisiones adoptadas por los no huelguistas a raíz del pronunciamiento bajo cuestión, Francisca Ferrando García señala lo siguiente: “... aún cuando la sustitución de los huelguistas hubiera sido fruto de una petición de los trabajadores no huelguistas, su voluntad de trabajar nunca justificaría la sustitución de los huelguistas, pues el mayor rango hace prevalecer el derecho fundamental de huelga frente a la libertad de trabajo de los no huelguistas...”<sup>89</sup>; y, respecto de los nuevos criterios que establece este pronunciamiento, la misma autora menciona lo siguiente: “Así pues, la STC 33/2011 va más allá del efecto del derecho de huelga de “anestesiarse, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente [...] la potestad directiva del empresario”, aludido por la STC 123/1992 (Fs. 5). Impone al empresario un efectivo deber de control de quienes están a su cargo, para impedir que realicen conductas que resten eficacia a su ejercicio, como es el caso de la sustitución de los huelguistas. En suma, no le basta con tolerar la huelga, sino que deberá garantizar su eficacia evitando actos de los no huelguistas cuyo resultado sea minimizar su impacto”<sup>90</sup>.

Por ello, debe concluirse que la sustitución de trabajadores en huelga por otros de nivel profesional superior (sustitución interna de huelguistas) constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial. Frente a una huelga legítima, el ius variandi no puede validar la sustitución del trabajo de los huelguistas por otros que en situaciones ordinarias no tienen asignadas tales funciones, pues de esa forma se afectaría la presión ejercida por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por lo cual, ni los empresarios pueden imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de tareas que corresponden a los huelguistas ni los trabajadores no huelguistas pueden sustituir el trabajo de sus compañeros, ello por supuesto con las excepciones impuestas en casos de servicios mínimos esenciales y servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa.

La prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, mientras sea probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras tareas dentro de la empresa, debe concluirse que se ha lesionado el derecho de huelga.

---

<sup>89</sup> FERRANDO GARCÍA, Francisca, “Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga”, en: Revista de Derecho Social N° 54 (2011), pp. 185.

<sup>90</sup> FERRANDO GARCÍA, Francisca, “Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga”, en: Revista de Derecho Social N° 54 (2011), pp. 186.

Los hechos producidos revelarían que durante la huelga general se siguieron en la empresa prácticas contrarias al ejercicio del derecho de huelga, puesto que los trabajadores que editaron el periódico (jefes de sección y otros directivos y jefes de área de distintos departamentos) efectuaron tareas que no les correspondían, toda vez que por sus categorías profesionales superiores, no estaba dentro de su ámbito la intervención de manera directa en el proceso productivo, sino únicamente el desempeño en funciones de organización, control y distribución del trabajo.

El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (el cual ejerce igualmente sobre directivos y mandos intermedios), es además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder se delegue no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales.

Además, la responsabilidad empresarial en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores, no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. El empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones anti huelga realizadas en dicho marco.

La empresa ABC tenía derecho en adoptar una posición contraria a la huelga general del 20 de junio de 2002, así como los jefes y directivos del periódico, de acuerdo a su libertad de trabajo, podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaba para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar o vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto del derecho fundamental de huelga.

En base a estos argumentos, el Tribunal Constitucional acoge la demanda de amparo y reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores demandantes.



## CAPITULO 2

### PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO EN MATERIA INSPECTIVA SOBRE CASOS DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN HUELGA

Como ya se ha venido afirmando en los capítulos anteriores, podría decirse que los pronunciamientos judiciales sobre la materia del esquirolaje son inexistentes, con lo cual resulta difícil establecer categóricamente cuál es la posición adoptada por los Tribunales Peruanos al respecto, incluyendo en esta incertidumbre al propio Tribunal Constitucional, el cual tampoco cuenta con pronunciamientos respecto del tema en cuestión; sin embargo, en el caso del propio Tribunal, podríamos decir que la posición adoptada se pudiera obtener de los pronunciamientos emitidos en los cuales desarrolla el concepto de huelga y su contenido esencial. Al respecto podríamos mencionar lo que el Tribunal en uno de sus pronunciamientos señala:

*“Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.*

*En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores<sup>91</sup>.*

De esta descripción podríamos advertir la importancia que le asigna a este derecho el Tribunal Constitucional, y de acuerdo a ello, podríamos deducir que, siendo *“un medio para la realización de fines vinculados a los intereses de los trabajadores”*, la importancia de su protección resulta fundamental, presumiéndose de allí que cualquier conducta que busque afectar la defensa de los intereses de los trabajadores deberá ser rechazada y observada. A partir de allí, podríamos decir que el esquirolaje, en la medida que busca suplantar trabajadores a efectos de lograr que la empresa no vea perjudicado su proceso

---

<sup>91</sup> Considerando 40 de la STC N° 008-2005-PI/TC.

productivo, tendría que calificarse necesariamente como una conducta antisindical, contraria al derecho de huelga.

Con estos antecedentes, a continuación entraremos a analizar algunos pronunciamientos que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha emitido en algunos casos presentados en el procedimiento de inspección, ya sean actas de infracción propuestas por los inspectores comisionados de conformidad con las facultades que les otorga la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo y su reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2006-TR y modificatorias, o Resoluciones Sub Directorales emitidas por la primera instancia en el procedimiento sancionador, inclusive Resoluciones Directorales, a efectos de ver cuál viene siendo la posición del Ministerio de Trabajo, ya sea a través de los inspectores laborales como de los propios funcionarios que finalmente emiten pronunciamiento resolviendo estos casos; asimismo, la casuística que se viene dando en el ámbito empresarial como reacción frente a situaciones de huelga, las modalidades de ésta e inclusive qué vienen argumentando al respecto las propias empresas frente a estas situaciones.

Cabe hacer mención al Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16 de fecha 07 de octubre de 2011 emitido por la Dirección General de Inspección del Trabajo, donde se trata el tema de “Sustitución de trabajadores en huelga mediante movilización interna de personal” y mediante la cual esta Dirección busca aclarar o llenar el vacío que el artículo 25° numeral 25.9 del Reglamento de la LGIT contiene, al no incluir expresamente como afectación al derecho de huelga la “movilización interna de trabajadores”.

Al respecto debe señalarse que, si bien es cierto la Dirección General de Inspección del Trabajo considera que: *“... se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle actividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones y el daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga...”*<sup>92</sup>, sin embargo, debe mencionarse que, conforme podremos ir viendo de los pronunciamientos de la AAT a continuación, con anterioridad a la dación del presente Oficio Circular ya existía la posición adoptada respecto a la vulneración del

---

<sup>92</sup> Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16, considerando 6.

derecho de huelga a través de lo que conocemos como “esquirolaje interno”, (Casos Nestlé Perú – noviembre de 2008, Derivados del Maíz – setiembre de 2009 y, Alicorp – junio de 2010), por lo tanto, este documento simplemente precisa por escrito una posición que ya se venía aplicando, tanto a nivel del procedimiento sancionador de inspecciones (Sub Direcciones y Dirección de Inspección Laboral) como a nivel del procedimiento de actuaciones inspectivas (investigación).

El tratamiento que se le dará a los casos administrativos que a continuación se presentan será, en primer lugar, plantear el caso concreto a través de un resumen, ya sea del Acta de Infracción, Resolución Sub Directoral, Resolución Directoral o más de una de ellas, para posteriormente remarcar las posiciones adoptadas y el comentario pertinente sobre el caso.

## **2.1. CASO NESTLÉ PERÚ.**

Orden de Inspección N° 18136-2008-MTPE/2/12.3.

Acta de Infracción N° 2752-2008.

Resolución Sub Directoral N° 171-2009-MTPE/2/12.320 (31/03/09).

Resolución Directoral N° 344-2009-MTPE/2/12.3 (17/04/09).

### **SUMILLA.**

Con fecha 31 de marzo de 2009, la Segunda Sub Dirección de Inspección Laboral emite pronunciamiento a raíz del Acta de Infracción N° 2752-2008, respecto de las actuaciones de inspección desarrolladas en la empresa Nestlé Perú S.A., investigación que concluyó con la propuesta de sanción por parte de los inspectores de trabajo actuantes al encontrar en la conducta del empleador afectaciones a la libertad sindical, resultando importante para nuestro caso, resaltar la infracción referida a: la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, mediante la sustitución de trabajadores en huelga bajo contratación directa a través de contratos sujetos a modalidad, resultando afectados los 109 trabajadores afiliados al Sindicato Único Nacional de Trabajadores de la inspeccionada.

### **POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.**

- En primer lugar, destaca en la Resolución Sub Directoral bajo comentario la distinción que se efectúa, toda vez que, lo que se busca es determinar si la contratación de personal realizada tuvo como finalidad el reemplazo de trabajadores

que se encontraban en huelga, afectándose así el libre ejercicio del derecho fundamental, o si se trató de una contratación de personal bajo el derecho de libertad de empresa con que cuenta la inspeccionada.

- De acuerdo a los hechos descritos por los inspectores actuantes, la huelga fue convocada con fecha 17 de octubre de 2008 mediante recurso en el cual se indicaba que la misma se materializaría a partir de las 7:00 horas del día 28 de octubre de 2008.
- Con fecha 20 de octubre de 2008, mediante Auto Sub Directoral s/n, la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo emite pronunciamiento acreditando el cumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 73º del TUOLRCT, así como del artículo 65º de su reglamento, produciéndose por ello los efectos señalados por el artículo 77º de la Ley referida, es decir, la abstención total de las actividades de los trabajadores, la suspensión, tanto de los efectos de los contratos individuales de trabajo, como de la obligación de abonar la remuneración sin que se vea afectada la subsistencia del vínculo laboral, el impedimento de retirar del centro de trabajo maquinarias, materias primas o bienes y, la no afectación en la acumulación de antigüedad para efectos de la compensación por tiempo de servicios, declarándose por ello que la huelga convocada cumplía con todos los requisitos exigidos por el artículo 73º de TUOLRCT.
- Con fecha 28 de octubre de 2008, la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos del Ministerio de Trabajo, emite el Auto Directoral N° 157-2008-MTPE/2/12.2 por el cual confirma el Auto Sub Directoral s/n de fecha 20 de octubre de 2008 que declara el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 73º del TUOLRCT.
- Conforme señala la doctrina, *“la huelga es una medida de conflicto concedida a los trabajadores que consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación laboral”*<sup>93</sup>, además que *“consiste en la facultad de poder suspender el trabajo colectivamente sin que para ello sea necesaria la resolución del contrato de trabajo”*<sup>94</sup> y, conforme a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la

<sup>93</sup> NEVES MUJICA, Javier. “Derecho Colectivo del Trabajo”, material de trabajo inédito. Lima, pp.33-34.

<sup>94</sup> DAUBLER, Wolfgang. “Derecho del Trabajo”. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 231.

defensa de sus intereses económicos y sociales. La huelga surge como la intención de los trabajadores de contraponer sus intereses al poder que ostenta el empleador como dueño de los bienes y del capital de trabajo en la fábrica, toda vez que la relación de trabajo se caracteriza por ser “... *una relación entre un detentador de poder (sobre personas y cosas) y quien no detenta poder alguno...*”<sup>95</sup>.

- El derecho de huelga se encuentra contemplado por el artículo 28º numeral 3 de la Constitución Política de 1993 la misma que no define el modelo adoptado, sin embargo son las normas reglamentarias las que desarrollan el derecho. No obstante esta falta de desarrollo del derecho, no podríamos concluir en que el ejercicio de este derecho está condicionado a la regulación reglamentaria mencionada, toda vez que “*el derecho de huelga es uno de exigibilidad inmediata*”<sup>96</sup>.
- De acuerdo a los fundamentos esgrimidos por la inspeccionada en su recurso de descargo, ésta considera no haber vulnerado el derecho de huelga de sus trabajadores, toda vez que el artículo 70º del Reglamento del TUOLRCT abarca únicamente a la contratación de personal para reemplazar a los trabajadores huelguistas una vez iniciada la medida de fuerza, sin impedirse la continuación de las actividades a través del personal que no se encuentra dentro del ámbito de la huelga o la contratación previa a la huelga de personal temporal sólo por razones productivas.
- De acuerdo a los hechos verificados en la inspección, la empresa contrató personal al que se encontró realizando las labores del personal que se encontraba en huelga, siendo importante por ello efectuar un análisis de la temporalidad existente en la contratación de este personal, siendo el caso que aquellos trabajadores contratados a quienes se entrevistó fueron contratados con fecha 20 de octubre de 2008.
- Habiéndose comunicado a la empresa con fecha 17 de octubre de 2008 la medida de fuerza que se iniciaría el 28 de octubre del mismo año, resulta fácil deducir que la empresa contrata personal teniendo pleno conocimiento de los puestos que

---

<sup>95</sup> RAMOS QUINTANA, Margarita. “El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio Colectivo)”. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pp.15-16.

<sup>96</sup> BOZA PRO, Guillermo. “La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 05 de enero de 2006)”. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Publicación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Editorial Jurídica Grijley, 2008, pp. 347.

quedarían vacantes en el período de huelga, siendo en ellos en donde decide efectuar contrataciones de nuevo personal.

- No obstante ello, la empresa aduce en su recurso de descargo que dichas contrataciones realizadas bajo la modalidad de incremento de actividad se debieron a razones productivas, sin llegar a probar con documento fehaciente dicho supuesto, más aún, no llegan a probar que el personal contratado realizaría labores distintas a las que venían realizando los trabajadores plegados a la medida de fuerza, con lo cual no se llega a desvirtuar lo constatado en la inspección.
- Siendo la finalidad de la huelga ser una medida de presión hacia el empleador, ésta no puede ser violada bajo la contratación de personal a efectos de cubrir los puestos de trabajo del personal huelguista, pues con ello se vulneraría el objeto de la huelga descrito.
- No obstante lo ya señalado, la empresa en su recurso de descargo indicó que realizó la rotación interna de personal, lo cual forma parte de la facultad con que cuenta.
- De igual forma a lo ya indicado, la Sub Dirección señala que, si el empleador realiza acciones a fin de neutralizar o limitar la finalidad de la huelga se perturba este derecho. Estas medidas pudieran realizarse antes o durante la medida de huelga, siendo importantes sobre todo las medidas del empleador para anticiparse a cualquier afectación de la huelga.
- Las normas internacionales reconocen el derecho de huelga; el Comité de Libertad Sindical sólo admite la sustitución de huelguistas: en casos de huelga en servicios esenciales donde se prohíba la huelga y cuando se está frente a una situación de crisis nacional aguda (OIT, 1996, párrafos 570 y 574)<sup>97</sup>.
- De acuerdo al pronunciamiento de la propia empresa en su escrito de descargo, ésta realizó rotación de su propio personal a fin de sustituir las actividades de los

---

<sup>97</sup> La Comisión de Expertos consideró que se plantea un problema particular cuando la legislación o la práctica permiten que las empresas contraten a otros trabajadores para sustituir a sus propios empleados mientras hacen una huelga legal. Este problema es particularmente grave, si en virtud de disposiciones legislativas o de jurisprudencia los huelguistas no tienen garantizada, de derecho, su reincorporación al empleo una vez finalizado el conflicto. La Comisión considera que este tipo de disposiciones o prácticas menoscaban gravemente el derecho de huelga y repercuten en el libre ejercicio de los derechos sindicales (OIT, 1994, párrafo 175).

trabajadores huelguistas, habiendo los inspectores, inclusive, constatado las reprogramaciones efectuadas que consistieron en jornadas de trabajo que sobrepasaban el límite legal, realizándose turnos de 12 horas; de igual forma, uno de los Jefes de Planta reconoce que las máquinas de su área no habían dejado de operar, hecho verificado por los propios inspectores, a pesar que parte de los trabajadores huelguistas venían laborando en dicha área.

- Asimismo, la inspeccionada señala en su recurso de descargo que realiza servicios esenciales, razón por la cual no podía afectarse directamente su actividad, lo cual no resulta exacto, toda vez que siendo sus actividades de fabricación y comercialización de productos alimenticios, éstas no se encuentran contempladas en el artículo 83º del Reglamento del TUOLRCT, por lo cual debe entenderse que la consecuencia de la medida de fuerza era la paralización de las actividades, sin que existiera posibilidad de efectuarse contrataciones de nuevo personal para realizar el reemplazo.
- Por estas consideraciones, la Sub Dirección resuelve aplicar en parte la multa propuesta por los inspectores que contiene además otras infracciones distintas a la sustitución de trabajadores en huelga.

La presente Resolución es apelada por la empresa inspeccionada, siendo resuelto dicho recurso mediante la Resolución Directoral N° 344-2009-MTPE/2/12.3, en los siguientes términos.

- La empresa alega en su recurso impugnatorio que: la Autoridad Administrativa de Trabajo se equivoca al considerar como infracción el hecho que la empresa continúe con el desarrollo de su actividad productiva, pues de acuerdo a lo señalado por el inciso a) del artículo 77º del TUOLRCT, no existe obligación de paralizar las actividades, las mismas que podrían continuarse con aquellos trabajadores no sindicalizados o de otros sindicatos; que el artículo 70º del Reglamento del TUOLRCT sólo prohíbe la contratación de personal para reemplazar a los trabajadores en huelga, mas no la disponibilidad de aquel personal no huelguistas ni la contratación de personal con anterioridad al inicio de la medida de fuerza; que el personal contratado fue bajo la modalidad de incremento de actividad.
- Los hechos alegados por la empresa no desvirtúan las constataciones efectuadas, toda vez que la infracción se ha configurado no por el hecho que las actividades

productivas hayan continuado desarrollándose, sino porque las labores asignadas a los trabajadores en huelga fueron encargadas a otro personal no comprendido en el ámbito de la medida de fuerza, lo cual produce afectación en los efectos de la medida, esto es, a ejercer un medio de presión al empleador en defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores.

- Respecto de lo señalado por el artículo 70º del Reglamento, que prohíbe la contratación de personal para reemplazar trabajadores en huelga, debe indicarse que la inspección logró determinar que se produjo contratación de 11 trabajadores bajo la modalidad de incremento de actividad y necesidad de mercado, los mismos que desarrollaron labores en las zonas de conflicto, sustituyendo a los trabajadores en huelga, configurándose por ello la infracción contemplada en el artículo referido.
- Sobre el derecho de huelga, establece que tiene base constitucional, por lo cual el destaque de trabajadores de distintas áreas a las zonas de conflicto, la variación y asignación de turnos de trabajo de tres a dos (de 12 horas cada uno) lo que implica el incremento de la jornada laboral de los trabajadores no huelguistas, constituyen también acciones que impiden el ejercicio del derecho de huelga, pues estas acciones se realizan con el ánimo de disminuir sus efectos.
- Bajo estos argumentos, la Dirección de Inspección Laboral resuelve CONFIRMAR la resolución apelada.

Sobre el caso en cuestión planteamos las siguientes reflexiones:

La empresa desarrolla la sustitución de personal de dos formas: a través de la reubicación de personal no huelguista en puestos distintos a los que normalmente ocupan, para realizar las actividades dejadas de hacer por los trabajadores huelguistas (esquirolaje interno), y además la contratación de nuevo personal para igualmente ocupar los lugares de los huelguistas (esquirolaje externo).

Uno de los cuestionamientos que se plantea es si en el presente caso, lo que se produce por parte de la empresa es la contratación de personal para la sustitución de trabajadores o el simple ejercicio del derecho de empresa con que cuenta. Al respecto se debe tener presente lo siguiente: como entendemos, la huelga es un derecho que ejercitan los trabajadores para lograr con ello “suspender” el contrato de trabajo temporalmente; ello por supuesto tiene una serie de consecuencias, entre las cuales está limitar la libertad del

empleador, quien obviamente no podría actuar libremente en el desarrollo del trabajo efectivo. Por lo tanto, vemos cómo se produce un enfrentamiento entre el derecho de huelga y el derecho del empresario.

Ante el ejercicio de una medida de huelga, no resultaría extraño que la empresa afectada no detenga sus actividades y que el empleador desarrolle sus facultades empresariales justamente para evitar que la empresa detenga sus operaciones, pero esta habilitación con que cuenta debe suponer que las actividades se mantengan en un nivel razonable dentro de la anormalidad ocurrida. Y justamente es aquí donde también entra en juego el interés de aquellos trabajadores no huelguistas que cuentan con un derecho al trabajo, inclusive en situaciones como las de huelga. No es posible que se impida a los trabajadores no huelguistas ejercer su actividad, pues cuentan con el derecho individual que les permita adherirse a la huelga o no. Por lo tanto, en caso que no lo hagan, puedan ser reasignados a cualquier actividad inclusive distinta a la que venían realizando considerándose la situación anormal de la empresa.

La afectación que el empleador sufre a raíz de la medida de huelga debería manifestarse únicamente respecto de la actividad que dejan de prestar aquellos trabajadores huelguistas, por lo tanto, el *ius variandi* y la movilidad funcional no deberían verse afectados respecto de los trabajadores no huelguistas. La dificultad viene en la forma en que este poder de *ius variandi* y movilidad funcional se ejercitan.

Si estas facultades se van a desplegar para ocupar las actividades dejadas de realizar por los trabajadores huelguistas, considero que se estaría produciendo una vulneración del derecho a la huelga. Y aquí es bueno citar lo que estableció el Tribunal Constitucional Español: “... *la potestad directiva del empresario está imaginada para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto... la preeminencia de este derecho (de huelga) produce durante su ejercicio el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial...*”<sup>98</sup>. Por lo tanto, si las facultades directivas, o inclusive disciplinarias del empresario se utilizan de forma abusiva, podrán considerarse como actos que lesionan el derecho de huelga.

---

<sup>98</sup> STC 123/1992, del 28 de setiembre (RTC 1992, 123).

Finalmente, sobre este extremo, habría que decir que, la razón principal de esta limitación es evitar que el poder económico del empleador vuelva en intrascendente el derecho de huelga, por lo cual el desarrollo de las facultades con que cuenta el empleador deben interpretarse teniendo en cuenta los alcances del derecho constitucional de huelga. Como bien lo señala Cruz Villalón, *“el ius variando no sería legítimo cuando con su ejercicio se pretenda bloquear por vías indirectas la efectividad de un derecho constitucionalmente reconocido y la finalidad de este reconocimiento”*<sup>99</sup>

Por ello, en el presente caso, las medidas adoptadas y alegadas por la empresa podrían estar dentro del ámbito de desarrollo del ius variandi con que cuenta, sin embargo hay que analizar cada caso concreto para ver si su ejercicio ha buscado realmente minimizar el derecho de huelga o no; respecto de la labores asignadas a los trabajadores no huelguistas, con quienes se realizó una rotación interna, se puede apreciar que se produjo el destaque de trabajadores hacia áreas distintas de las que normalmente ocupan, lo cual inicialmente no tendría ninguna particularidad, sin embargo, estas reasignaciones trajeron consigo además la variación de la jornada de trabajo, la cual se modificó de 8 a 12 horas diarias, por lo tanto se produjo un incremento en la jornada de trabajo; la empresa contrató personal con anterioridad al inicio de la huelga, es decir, el 20 de octubre de 2008, y la huelga inició el 28 de octubre de 2008; de acuerdo a las verificaciones efectuadas en la inspección, la empresa tomó conocimiento de la medida de fuerza que acatarían los trabajadores el 17 de octubre del mismo año, y se entiende además por el contenido de las resoluciones administrativas que la contratación de personal se realizó para ocupar los puestos dejados por los huelguistas; la contratación de personal que realizó la empresa fue bajo la modalidad de incremento de actividad y necesidad de mercado, según las verificaciones realizadas por los inspectores de trabajo, la empresa no pudo acreditar la causa objetiva de dichas contrataciones; finalmente la empresa alega que las actividades que realizan pertenecen a servicios esenciales (fabricación y comercialización de productos alimenticios), sin embargo esta actividad no se encuentra dentro de los servicios públicos esenciales contenidos en el artículo 83º del TUOLRCT<sup>100</sup>; por lo tanto, de acuerdo al detalle de conductas realizadas por el

---

<sup>99</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, Madrid (MTSS), 1983, págs. 169-172.

<sup>100</sup> Artículo 83º TUOLRCT. Son servicios públicos esenciales:

- a) Los sanitarios y de salubridad.
- b) Los de limpieza y saneamiento.
- c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
- d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
- e) Los de establecimientos penales.

empleador, resulta válido afirmar que en el presente caso se ha producido la afectación del derecho de huelga y que las conductas descritas buscaron finalmente disminuir los efectos de la huelga de los trabajadores.

## 2.2. CASO DERIVADOS DEL MAÍZ.

Orden de Inspección N° 18027-2009-MTPE/2/12.3 (17/09/09).

Acta de Infracción N° 2035-2009 (25/09/09).

Resolución Sub Directoral N° 741-2009-MTPE/2/12.320 (16/11/09).

Resolución Directoral N° 165-2010-MTPE/2/12.3 (11/02/10).

### SUMILLA.

Con fecha 25 de setiembre de 2009, los inspectores de trabajo comisionados emiten el Acta de Infracción N° 2035-2009 mediante la cual proponen multa en contra de la empresa inspeccionada por infracción al libre ejercicio del derecho de huelga en perjuicio del Sindicato de Trabajadores. Los argumentos que sostienen las partes involucradas son los siguientes.

### POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

- Con fecha 15 de setiembre de 2009, se realizó una visita de inspección en el centro de trabajo de la inspeccionada, verificándose en el Primer Turno que venían realizando labores un grupo de trabajadores (07 trabajadores entrevistados) quienes habían sido reasignados en puestos distintos a los que usualmente ocupaban para reemplazar a los titulares del puesto (trabajadores sindicalizado en huelga), siendo inclusive uno de estos reemplazantes un Practicante de SENATI.
- El mismo día, los inspectores cubrieron el Segundo Turno, entrevistando de igual forma a un grupo de trabajadores (05 trabajadores) quienes de igual forma manifestaron estar reemplazando a trabajadores en huelga. Se debe indicar que los inspectores encontraron en este caso a dos Practicantes de SENATI realizando labores de reemplazo.

- 
- f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
  - g) Los de transporte.
  - h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.
  - i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.
  - j) Otros que sean determinados por Ley.

- La misma situación descrita anteriormente se encontró en las diligencias de inspección llevadas a cabo los días 16, 17, 18 y 22 de setiembre de 2009, es decir, trabajadores que venían realizando sus labores en distintos puestos a los que normalmente venían ocupando, y ello porque venían efectuando el reemplazo de aquellos trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores que se encontraban ejerciendo su derecho de huelga, asimismo, se verificó que dichos trabajadores venían realizando una jornada de 12 horas diarias.
- Con fecha 24 de setiembre de 2009, los inspectores comisionados adoptaron la medida de Requerimiento a efectos que la empresa inspeccionada proceda en adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con el ejercicio del derecho de huelga, debiendo abstenerse de realizar actos que impidan u obstaculicen el libre ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores.
- Finalmente, con fecha 25 de setiembre de 2009, los inspectores comisionados efectuaron la verificación de cumplimiento del Requerimiento, encontrando la misma situación de los días anteriores, es decir, trabajadores que venían laborando en puestos distintos a los que habitualmente ocupaban, a efectos de cubrir los puestos que habían dejado los trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores que venían ejerciendo su derecho de huelga, reiterándose que venían realizando una jornada de trabajo de 12 horas diarias.
- De las verificaciones descritas se constató que la empresa venía sustituyendo en sus puestos de trabajo a los trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores que venían ejerciendo su derecho de huelga, por otros trabajadores no huelguistas, deviniendo ello en una disminución de los efectos de la medida de fuerza, la cual se ejerce como un medio de presión al empleador en defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores afiliados al Sindicato.
- Asimismo, se verificó que el empleador realizó una variación en las funciones de los trabajadores, reasignando funciones a partir de la materialización de la huelga, inclusive haciendo ello con personal Practicante; de igual forma se produjo una variación en la jornada laboral habitual, la misma que normalmente se desarrollaba en tres turnos, pero ahora a raíz de la medida de fuerza se redujo sólo a dos turnos, los mismos que debían ser cumplidos por el personal de reemplazo.

- La sustitución descrita atenta contra la naturaleza de la huelga, la misma que consiste en la abstención total de actividades de los trabajadores involucrados, produciéndose así un daño con la finalidad de presionar al empleador para la satisfacción de sus propios intereses. Frente a ello, la empresa no puede ejercer su poder de dirección respecto de los trabajadores no huelguistas con el objetivo de quitarle efectividad a la huelga, pues ello constituye una grave violación a la libertad sindical.
- Finalmente, los inspectores comisionados proponen una sanción a la inspeccionada por considerar que se han producido actos que impiden u obstaculizan el libre ejercicio del derecho de huelga a través de la sustitución de trabajadores en huelga.

La empresa cumple con presentar sus descargos frente al Acta de Infracción referida y, posteriormente, la Sub Dirección encargada emite la Resolución Sub Directoral N° 741-2009-MTPE/2/12.320, confirmando en parte la multa propuesta por los inspectores de trabajo.

Contra esta resolución, la empresa inspeccionada interpone recurso de apelación, resolviéndose el mismo a través de la Resolución Directoral N° 165-2010-MTPE/2/12.3, en los términos siguientes:

- La empresa señala en su recurso de apelación que el Reglamento de la Ley de Inspecciones sólo contempla como infracción la sustitución de trabajadores en huelga con personal externo, por lo cual no debería ser objeto de sanción.
- El numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspecciones configura como infracción muy grave: *“la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta ...”*, sin embargo, considera que las formas de afectación señaladas no constituyen las únicas formas de transgredir el derecho de huelga, es decir, no son un listado cerrado, siendo la conducta principal sancionada *“la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga”*, por ser éste un derecho constitucional del cual se pueden derivar otras conductas como la sustitución de trabajadores, el retiro de bienes de la empresa, etc.

- Por ello, el hecho que las labores de los trabajadores en huelga fuera cubierta por trabajadores no huelguistas de la empresa, transgrede este derecho fundamental, toda vez que el derecho de huelga tiende a ser un medio de presión frente al empleador, siendo su efecto la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos.
- La sustitución de trabajadores en huelga que ha realizado la empresa vulnera en forma manifiesta este extremo, pues impide la abstención total de las actividades de los trabajadores en huelga, de acuerdo a las constataciones efectuadas por los inspectores de trabajo.
- La empresa alega en su defensa que no se ha producido una sustitución de actividades, toda vez que los trabajadores que llevaron a cabo la supuesta sustitución de labores, en realidad realizaban labores afines a las desempeñadas, por lo tanto resultaba natural que fueran ellos quienes realicen esas labores, sin embargo esta afirmación no fue probada fehacientemente por el empleador, a lo que se debe añadir la extensión en la jornada laboral, que llevó a la generación de labores en sobretiempo, impidiéndose de esa forma el cese de actividades de los trabajadores comprendidos en la paralización de acuerdo a lo señalado por el inciso a) del artículo 77° del TUOLRCT.
- Por estas consideraciones, la Dirección de Inspección Laboral resuelve CONFIRMANDO la venida en alzada.

En el caso planteado se advierte la realización por parte de la empresa involucrada de conductas vinculadas al esquirolaje interno.

La particularidad del esquirolaje desarrollado, en este caso, tiene que ver no sólo con la participación de trabajadores de la empresa en los puestos que corresponden a los huelguistas, sino también con la intervención inclusive de Practicantes en dichos puestos. La defensa de la empresa plantea el argumento referido a que el artículo 70° del Reglamento del TUOLRCT, establece como prohibición únicamente la contratación de personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. Al respecto se debe indicar que estamos frente a un derecho cuyo reconocimiento ya el Tribunal Constitucional ha fijado, a través de la Sentencia N° 008-2005-AI, en la que establece que “ ... *Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho*

derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contratuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores. En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores”.<sup>101</sup> Si esto es así, ¿cómo podríamos garantizar el derecho de huelga de los trabajadores como defensa de sus legítimos intereses si se permite que el empleador haga uso de sus facultades de disposición, de organización, de manera ilimitada?, evidentemente el artículo 70º referido no contempla esta posibilidad, sin embargo, si consideramos a la huelga como una medida de presión de la cual disponen los trabajadores, que trae consigo un daño económico al empleador, siendo además este derecho reconocido como un derecho fundamental, por lo tanto, no debe permitirse la realización de conductas o actos que busquen evitar o disminuir la finalidad lícita de causar daño que plantea el ejercicio de este derecho. Y es en este sentido que debe ser interpretada la norma comentada, a efectos de garantizarse plenamente el derecho a la huelga de los trabajadores.

A ello hay que agregar que la huelga, de acuerdo con lo que la doctrina determina, cuenta con un contenido esencial “... que es la cesación del trabajo, y tal cesación produce una perturbación, mayor o menor, a la actividad empresarial a la que afecta... Su contenido esencial no puede ser del todo ajeno a la finalidad que se busca con la cesación concertada del trabajo; en otros términos, el derecho que los trabajadores en huelga dejen de prestar sus servicios, no constituye otra cosa que el instrumento para la consecución del objeto pretendido con el ejercicio del derecho: la interrupción de la producción o el servicio como principal factor de presión frente a al empresario; y ello es así hasta el punto que de tal vacío de contenido resultaría el derecho de huelga cuando se impide a los trabajadores dejar de prestar sus servicios; como cuando aun permitiendo el repudio al trabajo se impone por medios diversos la normalidad productiva...”<sup>102</sup>.

Mencionamos la necesidad de evitar la realización de conductas o actos que buscan disminuir los efectos de la huelga, y en el presente caso encontramos por parte del

<sup>101</sup> STC 008-2005-PI/TC, Fundamento 40.

<sup>102</sup> PÉREZ REY, Joaquín. “El enfrentamiento entre Huelga y Derecho”. En: Comentario de Jurisprudencia, pp. 465 y 466.

empleador la movilización de personal no huelguista a los puestos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas, en clara señal de buscar sustituir las labores de estos últimos; asimismo, encontramos que no sólo se busca la sustitución de trabajadores huelguistas, sino que además a estos trabajadores no huelguistas se les impone la realización de jornadas de 12 horas por día, cuando la jornada normal de la empresa era de tres turnos, es decir, de 8 horas diarias, por lo cual se torna evidente la razón de la medida adoptada por la empresa, de lograr sustituir las labores de los huelguistas a través de la extensión de la jornada laboral; éstas modificaciones al desarrollo de las labores fue detectada por la inspección laboral, la cual realizó verificaciones en el centro de trabajo tanto en el primer turno como en el segundo, no quedando dudas por ello de la conducta seguida por la parte empleadora.

Por lo tanto, resulta válido el razonamiento de la AAT al determinar que en el presente caso se han producido conductas que afectan el libre ejercicio del derecho de huelga.

### **2.3. CASO ALICORP**

Orden de Inspección N° 940-2010-SDILSST.

Acta de Infracción s/n (06/07/10).

Resolución Sub Directoral N° 038-2011-GRA/GRTPE-DPSC-SDILSST (31/03/11).

#### **SUMILLA.**

Con fecha 06 de julio de 2010, los inspectores de trabajo comisionados emiten el Acta de Infracción s/n mediante el cual proponen multa en contra de la empresa inspeccionada por la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, en perjuicio del Sindicato de Trabajadores. Los argumentos que sostienen las partes involucradas son los siguientes.

#### **POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.**

- El día 21 de junio de 2010, los inspectores comisionados se constituyeron al centro de trabajo ubicado en la ciudad de Arequipa, lugar donde fueron atendidos por el Gestor de Relaciones Laborales, quienes con participación de los representantes sindicales se constituyeron al área denominada Molino Victoria, lugar donde se desarrollaba la limpieza del Molino, la misma que se encontraba detenida por la paralización de labores llevada a cabo por los trabajadores. Los inspectores interrogaron al Jefe de

Servicios Industriales, quien manifestó que la limpieza del Molino la realizaba el personal del área, pero que en ese momento los trabajadores de la empresa LIMTEK eran los que venían realizando esa labor debido a la huelga de los trabajadores. De igual manera esta información fue ratificada por el Jefe de Producción del Molino, quien manifestó que las labores que se llevan a cabo en esta área habían sido reorganizadas y reasignadas a los trabajadores de la empresa LIMTEK.

- Posteriormente, con fecha 24 de junio de 2010, los inspectores comisionados nuevamente se hicieron presente en el centro de trabajo, lugar donde fueron atendidos por el Gestor de Relaciones Laborales, el Jefe de Mantenimiento y el Asesor Legal, con quienes se realizó un recorrido por el Molino Victoria el cual se encontraba en funcionamiento; los representantes de la empresa inspeccionada manifestaron que los turnos del Molino venían siendo cubiertos por el personal del área de embolsado, es decir, personal de la propia empresa pero de áreas distintas al área inspeccionada.
- Con fecha 25 de junio de 2010, los inspectores comisionados adoptan la medida de requerimiento, notificando a la empresa dicha decisión y otorgándoles un plazo para la subsanación pertinente.
- El 01 de julio de 2010 se llevó a cabo el cumplimiento de la medida de requerimiento en las oficinas del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa, diligencia en la que la empresa hizo entrega de documentación referida al rol de personal de los últimos meses.
- A pesar de haberse llevado a cabo la visita de inspección sobre cumplimiento de medida de requerimiento, los inspectores comisionados practicaron una visita adicional al centro de trabajo, realizando un recorrido por las instalaciones del lugar denominado “Molino Victoria”, el cual conforme pudieron apreciar y reconoció el propio Gestor de Relaciones Laborales de la inspeccionada, se encontraba en pleno funcionamiento, en un turno de 8 horas. Inclusive se efectuó la entrevista del personal que venía realizando dichas labores, encontrándose a personal con cargo de “Pulsador”, “Embolsador”, “Cilindrero”, “Ayudante de Planta”, es decir, personal de áreas distintas a la del Molino, y hasta dos (02) Estibadores de la empresa “Pablo Núñez Carbajal”, quienes habían iniciado sus labores con fecha 01 y 02 de julio del 2010. Luego de lo cual los inspectores comisionados requieren la presencia de la

empresa a una diligencia de comparecencia, la cual se lleva a cabo el 06 de julio de 2010 y en la cual la empresa exhibe documentos relacionados con contratos de trabajo del personal y guías de remisión de la empresa “Pablo Núñez Carbajal”, confirmando que los dos Estibadores a quienes se encontró laborando lo hacen para esta empresa. Siendo esta diligencia la que puso fin a las investigaciones realizadas.

- De acuerdo a los Hechos Verificados por los inspectores comisionados, se determina en el Acta de Infracción emitida que, el día 21 de junio de 2010 encontraron laborando a 10 trabajadores, de los cuales 06 pertenecían a la empresa LIMTEK SERVICIOS INTEGRALES S.A., quienes venían realizando labores propias de los trabajadores que se encontraban acatando la medida de huelga, información que inclusive fue ratificada por los propios representantes de la empresa inspeccionada. Respecto de los otros 04 trabajadores a quienes se encontró laborando, éstos venían haciendo el mantenimiento de la Planta, actividad que no era asignada al personal en huelga.
- De igual forma, de las verificaciones efectuadas el día 24 de junio de 2010, se encontró a 02 trabajadores que pertenecían a la empresa “Pablo Núñez Carbajal”, quienes venían realizando las labores de “Estibadores” en el área de Embolsado, la cual era realizada normalmente por el personal en huelga, así como a 12 trabajadores de la empresa pero de áreas distintas a la del Molino.
- Con estas verificaciones, los inspectores comisionados concluyen que la empresa inspeccionada ha realizado la sustitución de trabajadores en huelga, toda vez que se logró constatar el normal funcionamiento del Molino, siendo ésta el área donde venía laborando el personal plegado a la medida de huelga, habiéndose producido el reemplazo de trabajadores, tanto por personal de la misma empresa inspeccionada como por personal contratado de terceros (“Pablo Núñez Carbajal”).
- Destacan los inspectores comisionados que la infracción se configura cuando la medida empresarial se hace con el objeto de privar de efectividad a la huelga o desactivar la presión por el paro en el trabajo, en este caso, afectándose a cincuenticinco (55) trabajadores afiliados al sindicato de la empresa.
- En base a estas observaciones, los inspectores sustentan su propuesta de multa en la siguiente normatividad:

- Artículo 28º de la Constitución Política del Perú.
  - Artículo 72º del TUOLRCT – Decreto Supremo N° 010-2003-TR.<sup>103</sup>
  - Artículo 25º numeral 25.9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR.
- Al darse inicio al procedimiento sancionador, la empresa inspeccionada presenta los descargos pertinentes sustentando no haber trasgredido las normas citadas.

Con este descargo, la Autoridad Administrativa de Trabajo de primera instancia del Gobierno Regional de Arequipa, emite la Resolución Sub Directoral N° 038-2011-GRA/GRTPE-DPSC-SDILSST de fecha 31 de marzo de 2011, mediante la cual resuelve de la siguiente manera:

- Considera que las investigaciones realizadas han llevado a concluir que la empresa inspeccionada realizó actos que han impedido el libre ejercicio del derecho de huelga, al sustituir a los trabajadores en huelga del Sindicato de Trabajadores.
- La empresa ha sostenido que el personal perteneciente a la empresa LIMTEK SERVICIOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A., que fue encontrado en las diligencias de inspección, únicamente venía desarrollando la limpieza del Molino, siendo realizada dicha actividad de forma periódica con los trabajadores del área descrita.
- Respecto de los dos (02) trabajadores que venían laborando y que pertenecían a la empresa “Pablo Núñez Carbajal”, la empresa ha señalado que esta persona natural era uno de los transportistas que venían desarrollando labores dentro de las instalaciones, de recojo de desperdicios para un cliente, realizando la estiba de dichos productos con el personal a su cargo. Agregan además que no han realizado la sustitución de trabajadores en huelga, sino la adecuación de su producción a la medida de fuerza adoptada por el sindicato, trabajando la Planta con su propio personal, en un solo turno de los tres que normalmente operan, y que las actividades que han desarrollado no han sido con el objeto de quitar efectividad a la huelga o disminuir la presión ejercida por el paro, sino que han tratado de continuar con sus actividades para poder cumplir con los programas de producción y ventas para el mercado. Asimismo, la empresa alega que la Ley de Relaciones Colectivas no

---

<sup>103</sup> “La huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas”.

contiene normativa referida a la sustitución de trabajadores y que en ningún momento se ha acreditado que hayan contratado personal de reemplazo.

- Conforme a las verificaciones efectuadas el 21 de junio de 2010 y, al propio reconocimiento, tanto del Jefe de Servicios Industriales y el Jefe de Producción Molinos, las labores de mantenimiento y limpieza del Molino programadas para ese día, fueron efectuadas por trabajadores de la empresa de intermediación laboral LIMTEK SERVICIOS INTEGRALES S.A., situación que respondió a la reorganización y redistribución de las labores de los trabajadores de la empresa que venían laborando en dicha área y que se encontraban en huelga.
- Que, respecto de los dos (02) trabajadores de la empresa “Pablo Núñez Carbajal” a quienes se encontró realizando labores de estiba de afrecho, se debe indicar que, de acuerdo al rol de turnos del personal que los inspectores comisionados tuvieron a la vista, dicha actividad estaba programada para que la realizaran tres (03) trabajadores de la empresa inspeccionada que se encontraban en huelga.
- Que, los hechos descritos constituyen para el Sub Director de Inspección actos de sustitución en las actividades realizadas por los trabajadores en huelga, los cuales no han sido debidamente sustentados por la empresa inspeccionada, más aún cuando ha quedado demostrado por el dicho de los propios representantes de la empresa, que el Molino venía operando en un turno de 8 horas, precisándose en el escrito de descargo que el cambio de tres turnos a uno solo fue para lograr cumplir con los programas de producción y ventas para la atención del mercado, quedando en evidencia que con dichas acciones lo que buscó la empresa fue neutralizar el efecto principal de la huelga que es la interrupción de las labores, con lo cual se puede concluir en afirmar que el plan de contingencia adoptado buscó impedir la afectación que produciría la abstención total de las actividades que la empresa realizaba a través de los trabajadores en huelga.
- Por ello, las conductas descritas han infringido el inciso a) del artículo 77º del TUOLRCT.
- Por lo tanto, resuelve acoger la sanción propuesta por los inspectores de trabajo y MULTAR a la empresa inspeccionada.

Este caso genera las siguientes reflexiones:

Las conductas descritas en la inspección por parte de la empresa inspeccionada tienen que ver con actos, tanto de esquirolaje interno (reorganización de labores, redistribución de tareas, cambios de jornada de trabajo, traslado de personal de un área a otra) como de esquirolaje externo (contratación de personal de services en plena etapa de huelga).

De acuerdo a lo argumentado por la empresa inspeccionada, ésta acepta abiertamente la situación de sustitución de trabajadores desarrollada, sin embargo, su defensa busca justificar únicamente que la contratación de services no había sido una medida a raíz de la huelga sino que ya se venía dando con anterioridad a la huelga; respecto de la sustitución de trabajadores por personal de la propia empresa, justifica dicha medida señalando que buscaron tratar de cumplir con los programas de producción y ventas ya asumidos.

Los inspectores en el acta de infracción elaborada califican la sustitución de trabajadores como una conducta dirigida a privar la efectividad de la huelga o disminuir la presión por el paro, es decir, justifican la calificación de la infracción por la afectación al objeto de la huelga.

Por su parte, la Sub Dirección de Inspección que interviene, aplica de igual forma el razonamiento respecto de la calificación de la infracción, considerando que se ha producido la afectación del derecho de huelga con el objeto de neutralizar sus efectos, debiendo ser esta conducta sancionable de acuerdo a la normatividad de inspecciones aplicable.

Se debe considerar que resulta muy importante la posición adoptada por la empresa al momento, tanto de la realización de la inspección como en la elaboración de sus descargos, pues en el presente caso la empresa reconoce las conductas realizadas tratando de justificarlas de manera indebida, en opinión nuestra, esto es, que la sustitución de trabajadores resulta válida para cumplir con los compromisos comerciales ya pactados, es decir, justamente en contra de lo que la huelga busca, el perjuicio económico al empleador a través de su ejercicio.

A ello hay que agregar que la inspección pudo determinar que la contratación de trabajadores no sólo se había producido con anterioridad a la medida de huelga, sino también en plena ejecución de la huelga conforme se advierte de la entrevista realizada a los trabajadores en la inspección realizada con fecha 02 de julio de 2012.

El área del Molino, que era la que se vería más afectada con la medida de huelga, fue justamente donde se produjo la recomposición de turnos y labores, lo que provocó que trabajadores de áreas distintas realizaran las labores en esa zona y que también trabajadores contratados ocuparan los lugares vacantes dejados por los huelguistas, es decir, ello denota que la huelga como medida de presión no surtiría sus efectos en dicha área que fue preparada para soportar la medida.

La empresa, de acuerdo a sus alegatos, persiste en sostener que la sustitución de trabajadores no existe, sino simplemente la necesidad de la propia empresa en asegurar sus compromisos comerciales. De acuerdo a ello, podríamos ver que no se llega a comprender que las medidas adoptadas para ello se entrecruzan con los efectos que la medida de huelga debe provocar, aparentemente la empresa cree que la afectación a los efectos de la huelga se encuentra justificada con la necesidad de cumplir con los compromisos comerciales ya señalados, pero esto no es así, en realidad son dos conductas sobre el mismo plano que no pueden contraponerse, pues una de ellas es la que debe prevalecer, o es la afectación provocada por la medida de huelga sobre la empresa o la protección de los compromisos comerciales de la empresa a través de la sustitución de trabajadores, finalmente concluiremos que lo que se debe garantizar es el derecho de huelga y ello impide a la empresa tomar medidas que vayan contra ello, es decir, recomponer al personal en sus labores, en sus turnos, contratar nuevo personal, etc.

Por ello, resultan válidas las conclusiones, tanto de la inspección como de la Autoridad Administrativa, para quienes la vulneración al derecho de huelga queda clara.

#### **2.4. CASO SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE**

Orden de Inspección N° 0211-2011-MTPE/2/16 (09/10/11).

Acta de Infracción N° 033-2011-MTPE/2/16 (12/10/11).

Sentencia N° 01 emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en la acción seguida por la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. contra el Gobierno Regional y la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa (21/11/2013).

## SUMILLA.

El presente caso trata del Acta de Infracción N° 033-2011-MTPE/2/16<sup>104</sup>, elaborado por dos inspectores de trabajo (quienes fueron agregados temporalmente desde la ciudad de Lima a la ciudad de Arequipa) en la Orden de Inspección N° 0211-2011-MTPE/2/16, el mismo que tiene relación con el Auto Sub Directoral N° 026-2011-GRA-GRTPE-DPSC-SDNC, que emitiera la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa con fecha 23 de setiembre de 2011, y con el Auto Directoral N° 032-2011-GRA-GRTPE-DPSC, de fecha 30 de setiembre del mismo año, que confirma el auto sub directoral antes señalado, declarándose procedente la huelga convocada por el Sindicato de Trabajadores en el centro de trabajo denominado Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. La particularidad del presente caso es que la multa administrativa impuesta a la empresa inspeccionada fue llevada posteriormente a la vía judicial, habiéndose emitido con fecha 21 de noviembre de 2013 la sentencia de primera instancia, la misma que también es comentada posteriormente. Las actuaciones inspectivas y resoluciones mencionadas se describen a continuación:

## POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

- Las investigaciones se desarrollaron en el centro de trabajo de la empresa inspeccionada, Asiento Minero Cerro Verde, distrito de Uchumayo en la ciudad de Arequipa.
- Conforme describen los inspectores en sus actuaciones inspectivas, el día 09 de octubre de 2011 realizaron un recorrido por las instalaciones del centro de labores, en el área de explotación de minas de tajo abierto, planta de producción de mineral y talleres de mantenimiento a efectos de verificar la materialización de la huelga, en compañía tanto de un representante de la empresa (responsable del centro de trabajo) como del Secretario General Adjunto del Sindicato de Trabajadores. En este recorrido los inspectores entrevistaron aproximadamente a 18 trabajadores, entre conductores y personal encargado. Además se obtiene una Declaración Jurada suscrita por el Superintendente de Operaciones de la Mina, en la cual declara que las operaciones se han venido desarrollando de manera normal y esto por contar con apoyo de los empleados (en etapa de entrenamiento) y funcionarios quienes vienen reemplazando a los empleados huelguistas desde el 29 de setiembre de 2011.

---

<sup>104</sup> Ley N° 28806. Artículo 16°.- Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico socio laboral... se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador.

- Al día siguiente, el 10 de octubre de 2011, los inspectores actuantes nuevamente se apersonan al centro de trabajo a efectos de verificar las incidencias de la medida de huelga correspondientes a dicho día, siendo atendidos, igualmente que el día anterior, por el responsable del centro de trabajo y participando además el Secretario de Economía del Sindicato de Trabajadores, realizando con ellos un recorrido por las instalaciones del lugar, específicamente por el área de operaciones – concentradora lixiviación, entrevistándose a 21 trabajadores. Dejan constancia que en el recorrido encontraron a trabajadores de dos empresas contratistas realizando labores especializadas.
- Al igual que el día anterior, los inspectores obtienen del propio Superintendente de Operaciones de la Mina, una Declaración Jurada suscrita en la cual reconoce que las operaciones se han venido desarrollando de manera normal y esto por contar con apoyo de los empleados (en etapa de entrenamiento) y funcionarios quienes vienen reemplazando a los empleados huelguistas desde el 29 de setiembre de 2011.
- Posteriormente a ello, los inspectores requieren a la empresa la entrega del registro de control de asistencia de los días 9 y 10 de octubre de 2011, a efectos de evaluar con dicho documento la incidencia en la asistencia del personal a raíz de la huelga declarada, documento necesario para corroborar si, a raíz de la medida de paralización, la actividad de la empresa habría sufrido algún desmedro por la inasistencia de los trabajadores participantes en la huelga, a cuyo requerimiento la empresa se negó señalando que únicamente se haría entrega de dicha documentación cuando se requiera formalmente para una diligencia de comparecencia, conducta que los inspectores consideraron como una falta de colaboración a las labores inspectivas, pudiendo ser calificada inclusive como un acto de obstrucción.
- Ante dicha conducta, los inspectores optaron por adoptar una medida de Requerimiento<sup>105</sup>, la misma que refiere la siguiente medida:  
*“Primero.- Se requiere a la empresa identificada en el encabezamiento para que proceda a adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de: RELACIONES COLECTIVAS: LIBERTAD*

---

<sup>105</sup> Ley N° 28806. Artículo 5°.- Facultades inspectivas... 5. Adoptar en su caso, una vez finalizadas las diligencias inspectivas, cualesquiera de las siguientes medidas:... 5.3. Requerir al sujeto responsable para que en un plazo determinado adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden socio laboral, incluso con su justificación ante el inspector que ha realizado el requerimiento.

*SINDICAL – HUELGA, lo que se entiende sin perjuicio de la extensión del acta de infracción **debiendo abstenerse a realizar actos que impidan u obstaculicen el libre ejercicio del derecho de huelga de los 1099 trabajadores afiliados a la organización sindical “Sindicato Cerro Verde”, dejando de reemplazar las diferentes labores habituales de los trabajadores que se encuentran en huelga en las áreas de operaciones de mina, planta y chancadora híbrido, la misma que está siendo ejecutada por los trabajadores en calidad de funcionarios y empleados de entrenamiento que no cuentan con licencia que los autoriza a manipular o conducir los equipos y maquinarias en general en el centro de labores mientras dure la medida de huelga; además que dichos trabajadores (funcionarios y empleados en entrenamiento) deberán ingresar a laborar en sus áreas habituales; en consecuencia se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprende también el caso que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones y daños económicos para las partes en conflicto en el curso de una huelga, y la libertad sindical con que debe contar toda organización sindical en el ejercicio de dicho derecho constitucional, que en tal caso, no se estarían cumpliendo, puesto que siguen realizando sus actividades habituales en la empresa”.***

- Transcurrido el plazo otorgado por los inspectores de trabajo de un (01) día hábil, continuó la verificación del cumplimiento del requerimiento en el mismo centro de trabajo, lugar a donde se desplazaron una vez más los inspectores actuantes, siendo atendidos por la Gerente Legal (funcionaria) de la empresa, quien *“ratifica que la operaciones vienen desarrollándose en forma normal desde el 29 de setiembre de 2011, con el apoyo de personal empleado y funcionarios, quienes vienen realizando el reemplazo de los trabajadores huelguistas; asimismo, manifiesta la funcionaria que la huelga es acatada por los trabajadores sindicalizados que así lo decidan, no significando esto la paralización de las actividades de la empresa, si cuenta con personal suficiente y una organización estructural capaz de contrarrestar los efectos de la huelga”*, manifestación que se consigna en un acta suscrita por los intervinientes, por la empresa, la Gerente Legal y, por el Sindicato de Trabajadores, el

Secretario de Defensa. Es decir que la empresa no cumplió con la medida de requerimiento adoptada.

- Respecto de los trabajadores en conflicto podemos indicar lo siguiente:

RESUMEN	09.10.2011	10.10.2011
Total de trabajadores	2208	2208
Afiliados al Sindicato	1099	1099
Trabajadores en conflicto	1099	1099

- De los “Hechos Verificados” descritos por los inspectores actuantes en el acta de infracción, se destaca a los trabajadores a quienes se encontró laborando los días 09 y 10 de octubre de 2011, así como la manifestación que dieron al ser entrevistados, señalando éstos que: *“se encontraban reemplazando a los trabajadores en huelga desde el 29 de setiembre de 2011”*, siendo su categoría de empleados o funcionarios. Asimismo, agregaron a ello que el reemplazo se produjo *“por orden de sus jefes, cumpliendo con dicha medida para contrarrestar la huelga y seguir operando con regularidad en la producción y despacho de minerales a favor de los clientes”*.
- Los inspectores señalan que, al haber detectado que la empresa no cumplió con las normas socio laborales referentes al derecho de huelga, requirieron a la empresa para que garantice el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de Huelga; además de esto, señalan que los trabajadores que vienen realizando el reemplazo, es decir, los funcionarios y empleados en entrenamiento, deberán regresar a sus labores habituales.
- Este requerimiento, como ya se indicó, no fue cumplido, todo lo contrario, como señalan los inspectores, *“ante las declaraciones de la Gerente Legal, en la medida que se continúa dando el reemplazo de trabajadores en huelga para contrarrestar los efectos de la huelga, el sujeto inspeccionado no cumplió con el requerimiento dado, toda vez que están reemplazando a los 1099 afiliados de la organización sindical por trabajadores funcionarios y empleados en entrenamiento, siendo ésta una medida de contingencia para contrarrestar la huelga indefinida desde el 29 de setiembre de 2011”*.
- Al determinarse formalmente la afectación al ejercicio del derecho de huelga, los inspectores hacen mención expresa al artículo 28º de la Constitución Política del

Perú<sup>106</sup>, como norma directamente afectada. Sin embargo, señalan que, siendo que dicho texto constitucional no define el modelo permitido, su configuración, titularidad, restricciones, son las normas complementarias las que desarrollan el derecho. A pesar de lo cual, consideran que el derecho de huelga es uno de “exigibilidad inmediata”.

- Paralelamente, los inspectores hacen mención al artículo 70º del Decreto Supremo N° 011-93-TR – Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, al señalar que: *“Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78º de la Ley”*<sup>107</sup>, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el Decreto Legislativo N° 728, así como el personal de servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio”.
- Posteriormente señalan que resulta necesario analizar la finalidad de la huelga, para lo cual se sostienen en el artículo 73º numeral a) del TUOLRCT, donde se admite la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos. Con lo cual se podría concluir que se aceptan las huelgas que persiguen intereses puramente socioeconómicos o profesionales, rechazándose aquellos fines puramente políticos o solidarios o, la combinación de ambos grupos donde éstos últimos sean más relevantes. Por lo tanto, la huelga resulta ser una medida de presión que los trabajadores adoptan contra su empleador para defender sus derechos socioeconómicos.
- Y, siendo por ello la huelga un instrumento de presión, no resulta posible su afectación mediante la contratación de personal para cubrir los puestos de las

---

<sup>106</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 28º.- “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1.- Garantiza la libertad sindical.

2.- Fomenta la negociación colectiva y promueve las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito concertado.

3.- Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

<sup>107</sup> Artículo 78º del TUOLRCT.- “Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga”

personas que apoyan la medida de fuerza, pues de esa manera se estaría quebrantando el objeto de la huelga que es un derecho constitucionalmente reconocido.

- De igual forma, como ya se ha hecho mención anteriormente, los inspectores refieren la STC N° 008-2005-AI/C, resaltando el concepto que el Tribunal Constitucional elabora de la Huelga<sup>108</sup>, reiterando lo ya señalado por este Tribunal: *“Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores”*.
- Posteriormente a ello, hacen mención a sendas jurisprudencias españolas, las mismas que desarrollan el concepto de esquirolaje interno, no obstante lo cual, habría que mencionar previamente que un sector de la doctrina (entre los cuales podemos mencionar a Alonso Olea, Ojeda y Rodríguez Sañudo) ha llegado a argumentar que: *“lo que no está prohibido está permitido”* y que *“si la ley hubiera querido prohibirlo lo habría hecho”*, siendo que lo único prohibido por la Ley (artículo 6.5 del RDLRT) es el esquirolaje externo, admitiéndose por ello la sustitución de los huelguistas por no huelguistas en el caso que desarrollen labores de inferior categoría.
- No obstante ello, se impone el criterio que, estando en un período de huelga, lo que debe predominar entre las partes involucradas, tanto el empresario como el grupo huelguista, es el recíproco deber de lealtad y la buena fe, tanto por parte del grupo sindical, de realizar su acción de manera pacífica, sin afectar innecesariamente a la empresa ni causarle daños a la misma y, por parte de la empresa, en no hacer un mal uso del poder de dirección, es decir, utilizar esta facultad para desactivar la presión que produce la medida de huelga.
- Finalmente, en base a los argumentos anteriores, los inspectores actuantes concluyen en sancionar a la empresa inspeccionada por *“realizar actos que afectan el libre ejercicio del derecho de huelga”*, afectándose a 1099 trabajadores, de conformidad con lo señalado en el artículo 25° numeral 25.9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup>STC N° 008-2005-AI/C.- Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores ... por ende, huelguista será aquel que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

<sup>109</sup> Artículo 25° Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Se debe indicar que en el presente caso, la multa propuesta por los Inspectores de Trabajo fue acogida por la Autoridad Administrativa de Trabajo, esto a través de la Resolución Sub Directoral N° 106-2012-GRA/GRTPE-DPSC-SDILSST y la Resolución Directoral N° 145-2012-GRA-GRTPE-DPSC, por las cuales se sanciona a la empresa inspeccionada por la comisión de infracción prevista en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, imponiéndole la multa correspondiente.

Ante ello, la empresa interpone Acción Contencioso Administrativa ante el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la cual se dirige contra la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones mencionadas.

Entre los argumentos que expone la empresa accionante está el hecho que los Inspectores de Trabajo al elaborar el Acta de Infracción N° 033-2011-MTPE/2/16 de fecha 12 de octubre de 2011, citan jurisprudencia y doctrina española referidos al esquirolaje externo e interno *“asumiendo una jurisdicción que en todo caso compete al Poder Judicial interpretando la norma (se refiere a la infracción contenida en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspección) concluyendo que todo cambio funcional – aún cuando no implique la contratación de trabajadores, constituye una sustitución de trabajadores sancionable”*, por el artículo en mención, *aplicándose una interpretación extensiva del artículo 25.9 y la prohibición de contratar trabajadores durante la huelga*. Agrega a su defensa que, *“sancionar a la empresa por haber efectuado “movilizaciones internas de su propio personal constituiría una violación al principio de tipicidad que rige el procedimiento sancionador”*.

La Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa contesta la demanda y entre sus argumentos señala que *“el legislador al redactar el artículo 25.9 ha empleado una fórmula de tipificación de la infracción conteniendo un supuesto ejemplificativo, que autoriza a la Autoridad Administrativa de Trabajo a sancionar la sustitución de trabajadores en huelga”*. Respecto del principio de tipicidad señala que *“éste se orienta al legislador y al operador jurídico, a efecto que los supuestos que definen sanciones estén*

---

Son infracciones muy graves las siguientes:

( ... )

25.9 La realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la AAT.

redactados con un nivel de precisión suficiente para que cualquier ciudadano comprenda sin dificultad lo que se está proscribiendo... pero no puede exigírsele una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales”. Frente a ello agrega que “el empleador, sin reparos, modificó la programación desarrollando un plan de contingencia adoptado para impedir o afectar la abstención total de actividades que normalmente realizaban los trabajadores en huelga”, por lo cual, “la empresa debió abstenerse de realizar todo acto orientado a restar efectividad a la medida de huelga, si los trabajadores se privan durante la huelga de su remuneración, es también correcto que el empleador se vea privado de las ventajas de la prestación de servicios”, concluyendo que “el sentido de la ley es que los trabajadores abandonen los puestos de trabajo y que el empleador no los cubra o reemplace”.

El Juzgador, respecto del cuestionamiento al principio de tipicidad que se plantea señala lo siguiente refiriéndose a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional: “La referida sentencia emitida en el expediente N° 0010-2002-AI/TC en relación a los principales alcances del mandato de tipicidad señala: “46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre/Esta exigencia de “Lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se pueden imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad”, y citando a Cury Urzúa señala que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje”.<sup>110</sup> Y continúa, “En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional”. Más adelante señala que, “En síntesis, se puede afirmar que se consideran contrarias al principio de tipicidad todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables, sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor, al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización conlleva la apertura de un enorme margen

---

<sup>110</sup> CURY URZUA, Enrique. “La ley penal en blanco”. Temis, Bogotá, 1988, p. 69.

*de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas*.<sup>111</sup> Y finalmente, refiriéndose a lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre las cláusulas de interpretación analógicas señala que éstas “no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos; éste es el caso de la norma en comento, puesto que en el referido artículo se señala “La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga (...)”, considerando que el uso del término “como” implica que hay otras formas de afectar el derecho de huelga, como en el caso materia de análisis con la sustitución a través de trabajadores de la propia empresa. Concluyendo por ello en que, “de acuerdo a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, la protección de la eficacia del derecho de huelga, se debe considerar que la sustitución de trabajadores por parte de quienes en situaciones ordinarias no tienen asignadas dichas funciones, anula o aminora la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización de sus labores, agregando a ello que, con las medidas adoptadas por la parte empleadora se vulnera el derecho a la huelga, porque se restringe el derecho con el objeto que la actividad productiva de la empresa no se vea mermada, afectándose la proporcionalidad y el carácter recíproco de las privaciones y daños económicos que debe existir entre las partes en conflicto”. Por estas razones, el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio declara infundada la demanda.

El caso bajo comentario nos genera las siguientes reflexiones:

Se presenta la figura del esquirolaje en sus dos manifestaciones: en primer lugar el interno, al haberse producido el reemplazo de trabajadores en huelga a través de la reasignación de funciones del personal no huelguista, conforme el propio reconocimiento de los representantes de la empresa; en segundo lugar el esquirolaje externo, al haberse contratado a personal de empresas contratistas a efectos de realizar trabajos especializados.

Resalta también de la información contenida en el acta de infracción, el hecho que el personal de reemplazo utilizado por la empresa para combatir la medida de huelga es de categoría empleados y funcionarios, es decir, se trata de personal que viene a realizar

---

<sup>111</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública a través de la jurisprudencia del tribunal Constitucional”. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Año 1. N° 7 (julio de 2006), p. 623.

labores de categoría por debajo de las que normalmente vienen realizando, habiéndoseles capacitado para ello.

La empresa, si bien es cierto dio las facilidades a los inspectores a efectos de realizar sus actuaciones en el centro de trabajo, permitiéndoles efectuar el recorrido por las instalaciones y entrevistar al personal que se encontraba trabajando, mostró negativa en facilitar la exhibición del registro de control de asistencia a pesar de haber sido requerido por los inspectores. Al respecto podríamos decir que ello se pudo deber a dos razones: que la empresa no contara con dicho registro, por lo cual prefirió manifestar su negativa a la exhibición o, que a pesar de tenerlo, se sabía que en dicho registro se podía reflejar claramente cómo venía produciéndose la sustitución de trabajadores. Al respecto debemos tener en cuenta que la empresa, a través de sus representantes reconoció en todo momento que venía realizando la sustitución de trabajadores en huelga, inclusive manifestándose que dicha conducta respondía a la necesidad de garantizar la producción y el despacho de minerales.

Y justamente esta es la posición que, aunque no de una manera expresa, viene sosteniendo la empresa con sus actitudes y afirmaciones, toda vez que se puede presumir que para ellos la sustitución interna de trabajadores resulta válida de realizar, por lo cual inclusive así lo sostienen, agregando a ello que ésta es una medida para “contrarrestar” la medida de huelga.

El análisis de los inspectores a efectos de determinarse si en el presente caso se viene realizando una afectación al derecho de huelga del Sindicato de Trabajadores, se inicia en determinar la finalidad de la huelga, aceptándose que su objeto tiene que ser la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores comprendidos. Es decir, se debe concebir a la huelga como una medida de presión hacia el empleador, en base a ello, no basta con la paralización de las labores, sino que es necesario que se garantice el elemento instrumental de presión, a efectos de garantizar el equilibrio de las partes. Por ello se hace necesario que el empleador no sólo mantenga una actitud de neutralidad frente a la huelga, sino que además acepte el perjuicio económico que ésta pudiera causarle en su negocio, con lo cual diríamos que se encuentra prohibido de utilizar su poder de dirección, de organización, para reducir o eliminar estos efectos. Y en efecto, si no se garantiza el derecho de huelga de la forma señalada, al final su ejercicio dependería de la fuerza de las partes, es decir, que si lo dejamos al libre desenvolvimiento de las partes, lo más lógico es que el empleador que

detenta el poder por encima de los trabajadores, neutralice fácilmente todo efecto de la huelga. Y eso es justamente lo que se quiere evitar para garantizar la validez del derecho. Al respecto, Giugni señala lo siguiente: *“Si la huelga presupone una voluntad de infringir un daño, y tal voluntad ha sido legitimada por la Constitución, y si ello es así, no se puede ciertamente reprochar a quien haga uso de ese medio, el que procure que su acción que es acción de lucha sea la más eficaz posible”*.<sup>112</sup>

Con ello, partiendo de la base del respeto total al derecho de huelga, queda de lado la discusión si el artículo 25º numeral 25.9 contiene o no al esquirolaje interno, pues para los inspectores este concepto está asumido de plano, dándolo a entender así, y señalando claramente que se debe entender como una forma de afectar el derecho de huelga *“cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones”*.

Se debe resaltar lo último que señalan los inspectores, el deber a respetar el *“carácter recíproco”* de las obligaciones que emanan a partir de la huelga; por el lado de los trabajadores de no realizar actos desproporcionados a la medida adoptada y, por parte del empleador, de asumir las afectaciones que la medida de huelga traiga consigo, a partir de allí se calificará como conducta en contra del derecho de huelga toda aquella que busque causar un mayor perjuicio al empleador (artículo 79º TUOLRCT, *“La huelga debe desarrollarse necesariamente en forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes”*) o, aquella que busque evitar los efectos de su ejercicio.

De tal forma que, la posición de la inspección de trabajo pasa por que resulta inaceptable la sustitución de trabajadores, ya sea de manera interna (movilización de sus propios trabajadores no huelguistas) o externa (contratación de personal), pues siendo así, se estaría vulnerando directamente el derecho de huelga de los trabajadores y se estaría atentando contra los fines mismos del derecho.

Y este sustento es avalado, por lo menos en su primera instancia, por el Poder Judicial a través de la resolución emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo. En primer lugar, por considerar que no existe, como lo pretende demostrar la empresa accionante

---

<sup>112</sup> GIUGNI, Gino. “Derecho Sindical”. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983, p. 251.

con sus alegatos, una vulneración al principio de tipicidad, por cuanto que este hecho se daría si la norma administrativa calificara como sancionables conductas sin aportar información suficiente sobre el comportamiento infractor, en el presente caso, el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales a aquellos hechos que trasgreden o vulneran el libre ejercicio del derecho de huelga, concluyendo a su vez que la redacción de dicho artículo termina por proponer casos ejemplificativos de dicha trasgresión, debiendo entenderse que en dichos ejemplos no se agotan todas los casos posibles de vulneración al ejercicio de este derecho, por lo tanto, se trata de parámetros que la norma señala respecto de los cuales se podrán establecer otros supuestos análogos pero no expresos, y en segundo lugar el Juzgador resalta la importancia que se debe dar en este análisis a la finalidad perseguida por el precepto en cuestión, que es nada menos que la protección del derecho de huelga, con lo cual concluiremos que, todo acto que tienda a interferir o disminuir los efectos de la huelga, ya sea a través de personal propio de la empresa o contratado, finalmente estará provocando una afectación al derecho.

De allí que este pronunciamiento judicial guarda una importancia relevante, porque de alguna manera estaría legalizando tanto pronunciamiento de la inspección de trabajo en el sentido de calificar al esquirolaje interno como un caso de vulneración al derecho de huelga, aunque ciertamente dicho procedimiento judicial aún se encuentra en trámite, por lo cual habrá que esperar que esta interpretación sea ratificada por las instancias superiores.

## **2.5. CASO COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ.**

Orden de Inspección N° 14702-2011-MTPE/1/20.4.

Acta de Infracción N° 2519-2011-MTPE/1/20.4 (21/10/11).

### **SUMILLA.**

Con fecha 21 de octubre de 2011, los inspectores de trabajo comisionados emiten el Acta de Infracción N° 2519-2011 mediante el cual proponen multa en contra de la empresa inspeccionada, entre otras cosas, por infracción al libre ejercicio del derecho de huelga del sindicato de trabajadores. Los hechos producidos así como los argumentos empleados por las partes intervinientes se detallan a continuación.

## POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

- Con fecha 13 de octubre de 2011 se realiza la primera visita de inspección en el centro de trabajo de la inspeccionada ubicado en el distrito de Lurigancho, donde los inspectores de trabajo se constituyen conjuntamente con el Secretario General y el Secretario de Defensa del Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores de la empresa inspeccionada, a efectos de verificar la situación de huelga que se venía produciendo por los trabajadores sindicalizados desde las 7:00 horas del día 10 de octubre de 2011, medida previamente comunicada por la organización sindical cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 73º de la TUOLRCT y artículo 65º de su Reglamento, produciéndose por ello los efectos del artículo 77º de la Ley.<sup>113</sup> Asimismo, la inspección busca determinar si se venían produciendo supuestos de sustitución de trabajadores. Los inspectores de trabajo son atendidos por el personal de Seguridad quienes impiden el ingreso de los funcionarios, señalando que por órdenes tanto del Gerente de Fábrica como del Gerente de Gestión de la Planta, su ingreso sólo sería permitido con presencia de éstos, quienes no se encontraban presentes en el momento de la visita, y que además no se permitiría el ingreso de los representantes sindicales. Esta conducta sería calificada posteriormente por los inspectores de trabajo como un acto de obstrucción a la labor inspectiva al no permitirse su ingreso.<sup>114</sup>
- La segunda visita de inspección se practica al día siguiente, el 14 de octubre, fecha en la cual se permite a los inspectores efectuar el recorrido por las instalaciones del centro de trabajo. Luego del recorrido efectuado, los inspectores adoptan la medida de comparecencia mediante la cual citan a los representantes de la inspeccionada a

<sup>113</sup>TUOLRCT, Artículo 77.- La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73, produce los siguientes efectos:

- 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.
- 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.
- 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.
- d) No afecta la acumulación de antigüedad para efectos de la compensación por tiempo de servicios.

<sup>114</sup> Ley N° 28806 Artículo 36º.- Son infracciones a la labor inspectiva... numeral 1. La negativa injustificada o el impedimento a que se realice una inspección en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo, efectuado por el empleador, su representante o dependientes, trabajadores o no de la empresa, por órdenes o directivas de aquél. El impedimento puede ser directo o indirecto, perjudicando o dilatando la labor del Inspector del Trabajo de manera tal que no permita la fiscalización o negándose a prestar el apoyo necesario. Constituye acto de obstrucción, obstaculizar la participación del trabajador o su representante o de los trabajadores o la organización sindical.

las oficinas del Ministerio de Trabajo a efectos que exhiban la documentación referida a las Planillas electrónicas y los registros de asistencia de todo el mes de octubre.

- La tercera visita de inspección fue practicada el 15 de octubre de 2011 en la cual los inspectores igualmente cumplieron con efectuar el recorrido por las instalaciones de la empresa.
- Se debe indicar que la diligencia de comparecencia programada para el día 18 de octubre no se llevó a cabo por la inasistencia de los representantes de la empresa inspeccionada.
- La cuarta visita de inspección se llevó a cabo el 19 de octubre del mismo año, y en ella los inspectores cumplieron con adoptar la medida de Requerimiento, a través de la cual otorgaron a la empresa un (01) día hábil a efectos que garanticen el derecho de libertad sindical de los trabajadores en huelga.
- El día 21 de octubre, vencido el plazo otorgado, los inspectores de trabajo se constituyeron nuevamente al centro de trabajo a efectos de verificar el cumplimiento de la medida de Requerimiento, realizando un recorrido por las instalaciones del lugar y entrevistando al personal. De dichas entrevistas se advirtió, por propia manifestación de los trabajadores entrevistados, que la jornada de trabajo se había extendido desde hace aproximadamente dos semanas anteriores a la fecha de entrevista, de ocho (08) horas a doce (12) horas diarias; asimismo, que en el área de producción de gaseosas y cervezas, normalmente existían tres (03) líneas de producción en gaseosas y una (01) línea en cervezas, y que previo a la huelga, cada una de estas líneas contaba con un mecánico y un electricista, sin embargo a raíz de la huelga, éstos vienen rotando en cada línea de producción para cubrir las labores de los trabajadores en huelga.

Del detalle de los “Hechos Verificados” por los inspectores de trabajo se advierte lo siguiente:

- Que, previamente a la realización de las actuaciones descritas, el 10 de octubre de 2011 mediante otra orden de inspección, los inspectores comisionados que verificaron el inicio de la medida de huelga por la organización sindical, comprobaron por propia manifestación del representante legal de la empresa inspeccionada que, si bien es cierto no se había contratado a nuevo personal para suplantar trabajadores en

huelga, sin embargo se habían redistribuido los turnos de trabajo con el personal no sindicalizado a efectos de cubrir de la mejor manera algunas áreas. Así, aquellas áreas con cuatro (04) turnos de trabajo cambiaron su programación a solo tres (03) turnos y, aquellas que contaban con tres (03) turnos cambiaron su programación a dos (02) turnos, los mismos que eran cubiertos por trabajadores no sindicalizados de cada área. De igual forma, de la entrevista efectuada en esa fecha a los trabajadores se advirtió que un grupo de ellos manifestó pertenecer a la Planta de Operaciones de la ciudad de Sullana, y que se encontraban en Lima al haber sido convocados a una capacitación a partir del 10 de octubre; dicho sea de paso, la empresa en aquella oportunidad no acreditó contar con el “Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia” que sustente válidamente el traslado de dichos trabajadores, de conformidad con lo exigido por el artículo 17º del Decreto Supremo N° 009-2005-TR<sup>115</sup> vigente en esa fecha.

- Que, en las diferentes áreas de la planta de operaciones de la empresa, se había implementado la variación de la jornada de trabajo, de ocho (08) horas a doce (12) horas diarias, desde el inicio de la medida de huelga, esto es, el 10 de octubre de 2011, ello debido a la disminución de personal producida, razón por la cual se venía extendiendo la jornada laboral de aquellos trabajadores no huelguistas, a quienes se les reconocería el pago de horas extras que venían realizando.
- Que, en el área de Almacén, por ejemplo, se advirtió la contratación de personal montacarguista de la empresa “Proyectos y Gestión S.A.”, ello desde el 10 de octubre de 2011, e inclusive algunos desde el 08 de octubre del mismo año, es decir, con anticipación al inicio de la medida de huelga.
- Que, se logró verificar que la empresa venía realizando con normalidad su actividad productiva en la planta de operaciones materia de inspección, al haberse producido movimientos de personal para cubrir los puestos dejados por los huelguistas, lo cual evidenciaba la conducta del empleador para evitar y minimizar los efectos de la huelga.

---

<sup>115</sup> Artículo 17º El empleador debe implementar los registros y documentación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo en función de sus necesidades. Estos registros y documentos deben estar actualizados y a disposición de los trabajadores y de la autoridad competente, respetando el derecho a la confidencialidad, sienta éstos: ... i) Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.

En conclusión, las investigaciones inspectivas determinaron que la empresa inspeccionada no había respetado el derecho de huelga de la organización sindical al realizar prácticas antisindicales tendientes a que la huelga no surta efectos, ello a través de la cobertura de los puestos de trabajo que dejaron abandonados los trabajadores huelguistas.

Lo que evaluaremos a continuación es si efectivamente los actos o conductas realizadas por la parte empleadora denotan una intención en afectar el derecho de huelga de los trabajadores.

De acuerdo al detalle de los hechos producidos, podemos apreciar que se habrían manifestado hechos que denotarían la presencia de esquirolaje interno (al haberse producido la redistribución de turnos de trabajo) y esquirolaje externo (al haberse producido la contratación de personal).

Lo que habría que comentar como un dato importante para poder apreciar cómo ha sido la conducta de la empresa en este contexto, es la falta de colaboración con la inspección que se aprecia en dos hechos iniciales: el impedimento de ingreso de los inspectores en el centro de trabajo en la primera visita de inspección realizada, así como la inasistencia a la diligencia de comparecencia a la que estuvieron previamente citados. Esta falta de interés o colaboración podría estar denotándonos la poca predisposición por parte de la empresa en que se analice su conducta a efectos de determinarse si se venía produciendo una vulneración al derecho de huelga de los trabajadores.

Como bien conocemos, el derecho de huelga tiene un poder instrumental con el cual cuentan los trabajadores a efectos de lograr equilibrar las fuerzas existentes frente al empleador, por lo tanto, toda conducta que tienda a disminuir este derecho resultará perjudicial al mismo. Frente a ello, podemos ir viendo qué tipo de conductas fue desarrollando el empleador ante la inminencia de la medida de huelga.

Se produce una redistribución en los turnos de trabajo con los trabajadores no huelguistas a fin de cubrir algunas áreas dejadas por los huelguistas. Y la redistribución comprende no sólo la movilización de personal no huelguista sino también la modificación de turnos de trabajo, donde las áreas que venían realizando 4 turnos pasan a realizar sólo 3 turnos, y las que venían realizando 3 turnos pasan a realizar 2 turnos, variando asimismo, cada turno de 8 a 12 horas diarias. Además, según se advierte de las

entrevistas realizadas a los trabajadores que venían laborando en el período de huelga, la modificación de jornada de 8 a 12 horas diarias se produce días previos al inicio de la medida de huelga.

De acuerdo a las verificaciones efectuadas por los inspectores de trabajo, las áreas de producción contaban con 3 líneas de producción para gaseosas y 1 para cervezas, contando cada una con un Mecánico y un Electricista, sin embargo, conforme se acreditó de las entrevistas realizadas al personal que se encontró laborando en el período de huelga, el personal Mecánico y Electricista venía rotando en cada línea de producción para ir cubriendo las labores de los huelguistas.

La empresa no sólo movilizó personal no huelguista en el propio centro de trabajo, sino también lo hizo de centro de trabajo a centro de trabajo, así quedó constatado cuando se verificó que había personal laborando procedente de la Planta de Sullana, quienes manifestaron haber venido a Lima para seguir aparentemente una capacitación, sin embargo, la coincidencia fue que la presunta capacitación inició el mismo día en que empezó la huelga y, la empresa no pudo acreditar ante la inspección la capacitación alegada, al no contar siquiera con los Registros de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia requeridos.

A esto hay que sumar que la empresa contrató personal Montacarguista para el área de Almacén, inclusive con anticipación al inicio de la huelga.

Adicionalmente la inspección determina que las actividades de la empresa, en el momento de las investigaciones realizadas, venían desarrollándose de manera normal, de lo cual se presume que justamente las medidas adoptadas por el empleador daban como consecuencia que las actividades no sufrieran mayor percance a pesar de la medida de huelga que se venía desarrollando.

Resulta evidente que la conducta de la empresa refleja la adopción de una serie de medidas tomadas, inclusive algunas de ellas con la debida anticipación al inicio de la huelga, para evitar el perjuicio provocado por esta medida de fuerza. Y es en este sentido en que se debe calificar la actuación del empleador como una forma de impedir los efectos naturales del derecho de huelga que corresponde a los trabajadores, es decir, de buscar que las actividades de la empresa se vean afectadas por esta medida sin que el empleador busque evitar ese daño, caso contrario, estaríamos ante una limitante al

ejercicio efectivo del derecho de huelga, conducta que viene siendo observada y sancionada por la doctrina comparada.

Por ello, de acuerdo a lo señalado, concluimos al igual que la AAT que la conducta de la empresa ha devenido en la afectación al libre ejercicio del derecho de huelga así como en la manifestación del esquirolaje, tanto interno como externo.

## 2.6. CASO LINDLEY

Orden de Inspección N° 16919-2011-MTPE/1/20.4.

Acta de Infracción N° 3146-2011-MTPE/1/20.4 (13/12/11).

Resolución Sub Directoral N° 188-2012-MTPE/1/20.45 (14/03/12).

Resolución Directoral N° 447-2012-MTPE/1/20.4 (04/07/12).

Resolución Sub Directoral N° 606188-2012-MTPE/1/20.45 (09/10/12).

Resolución Directoral N° 32-2013-MTPE/1/20.4 (09/01/13).

### SUMILLA.

Este caso tiene que ver con las actuaciones inspectivas a raíz de la medida de huelga llevada a cabo por el Sindicato de Trabajadores de la empresa a partir del 28 de noviembre de 2011, en la que se detectó la existencia de sustitución de trabajadores en huelga por parte de la empresa inspeccionada. Ello motivó de parte de los inspectores actuantes la propuesta de multa a través del Acta de Infracción N° 3146-2011, la misma que fuera notificada a la empresa dentro del procedimiento sancionador regulado en el artículo 45° de la Ley N° 28806 - Ley General de Inspección del Trabajo.<sup>116</sup>

### POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

La empresa inspeccionada presenta el descargo correspondiente dentro del plazo otorgado por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en su recurso sostiene la nulidad del acta de infracción, alegando los siguientes fundamentos:

- Que, los inspectores actuantes califican como infracciones las siguientes medidas adoptadas por la empresa en contra de la huelga convocada por el Sindicato de Trabajadores: movilizar o rotar al personal no sindicalizado, con vínculo laboral

---

<sup>116</sup> Artículo 45° El procedimiento sancionador se ajusta al siguiente trámite: ... b) dispuesto el inicio del procedimiento sancionador se notificará al sujeto o sujetos responsables el Acta de Inspección del Trabajo, en la que conste los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que se les pudiera imponer.

vigente antes del inicio de la huelga, para que sustituya y/o reemplace a los trabajadores huelguistas; y, el incremento en la jornada laboral de dicho personal y del resto de personal no sindicalizado que no fuera rotado, de ocho (08) a doce (12) horas.

- Al citarse las normas legales infringidas, los inspectores hacen mención al artículo 70° del Reglamento de la LRCT, el cual señala, entre otras cosas, que el empleador “no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga”. De lo cual se puede concluir que, lo central es determinar si la empresa puede ser sancionada por haber sustituido o reemplazado trabajadores huelguistas a través de la movilización o rotación de personal no sindicalizado con vínculo laboral vigente antes del inicio de la huelga. De igual forma se debe determinar si la jornada en sobretiempo realizada por el personal no sindicalizado durante la huelga califica como un supuesto de sustitución o reemplazo de trabajadores en huelga.
- A través de la norma citada como vulnerada, esto es, el artículo 70° del TUOLRCT, los inspectores enfatizan que durante la huelga, el empleador no puede contratar personal externo.
- A partir de ello, lo que se da a entender es que la empresa contrató personal para cubrir los puestos de trabajo de los trabajadores huelguistas y ello no es válido.
- La empresa coincide en señalar que la contratación de personal para sustituir a trabajadores en huelga es una medida prohibida y sancionada, siendo este el supuesto contenido en el artículo 25° numeral 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, sin embargo, la empresa rechaza que dicho artículo incluya el supuesto de “reorganización interna para afrontar la huelga sin que medien nuevas contrataciones”, sustentando esta posición en la exigencia de la tipicidad prevista en el literal d) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú<sup>117</sup> y el artículo 37° de la Ley General de Inspección del Trabajo<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Artículo 2° Toda persona tiene derecho: ... inciso 24 A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: literal d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

<sup>118</sup> Artículo 37° Gravedad de las infracciones... No podrá imponerse sanción económica por infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento.

- Esta interpretación que realizan los inspectores es extensiva y la misma podría ser contraria a los principios que inspiran el procedimiento administrativo sancionador, básicamente los principios de tipicidad y legalidad.
- Por ello, la tipicidad exige que la norma que califica la infracción sea precisa y clara al determinar la conducta sancionable, no siendo válido recurrir en un procedimiento sancionador a interpretaciones extensivas, como en el presente caso, de calificar como sustitución de trabajadores huelguistas (señalado en el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento ya mencionado) a la movilización o rotación de personal no sindicalizado con vínculo laboral vigente antes del inicio de la medida de huelga, y menos aún a la realización de trabajo en sobretiempo por parte de dicho personal.
- Ante esto, en el presente caso estaríamos ante la posibilidad de aplicarse una sanción por una conducta no contemplada en el numeral 25.9 (y menos aún en el 25.10) del artículo 25º del Reglamento de la Ley de Inspección.
- Por lo tanto, resulta cuestionable la aplicación del criterio sobre el “esquirolaje interno”, más aún cuando en el ámbito de la OIT no existen pronunciamientos que reprochen esta figura que la inspección pretende sancionar, tampoco los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú ni los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical.
- Por otro lado, lo que se ha buscado garantizar es el derecho al trabajo del personal no sindicalizado, puesto que los inspectores de trabajo nunca llegaron a advertir que en la práctica, la labor que venían realizando los trabajadores no sindicalizados dependían de la presencia de uno o más trabajadores huelguistas. Frente a ello, si buena parte del personal que ejecuta una labor esencial en el proceso productivo de la empresa deja de prestarla, ¿acaso ello no llevará a detener las operaciones de la empresa y por ende, la imposibilidad que los trabajadores que no quisieran plegarse a la huelga se vean afectados por ello?, por ello, la única forma de garantizar que el personal no sindicalizado pueda continuar realizando sus labores, garantizándose así su derecho al trabajo, es movilizarlo o rotarlo a puestos de trabajo distintos.
- Por ello, resulta válido afirmar que los inspectores han ignorado el derecho al trabajo del personal no sindicalizado al no considerar el perjuicio que sufrirían si no se realizara la movilización o rotación durante la huelga.

- También resulta válido afirmar que el criterio de los inspectores, además de afectar el derecho al trabajo de los no huelguistas afecta el derecho de huelga en su aspecto negativo de decidir no adherirse a la misma.

Emitido el correspondiente descargo por parte de la empresa inspeccionada, la Autoridad Administrativa del Trabajo a través de la Quinta Sub Dirección de Inspección, en el Expediente Sancionador N° 51-2012-MTPE/1/20.45, emite la Resolución Sub Directoral N° 188-2012-MTPE/1/20.45 a través de la cual establece lo siguiente:

- Que, la Constitución Política del Perú en su artículo 28° reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, además de garantizarse la libertad sindical.
- Que, el Decreto Supremo N° 011-92-TR – Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala en su artículo 72° que, cuando la huelga cumpla con los requisitos de fondo y forma que la Ley exige, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga, concluyendo por ello en que el ejercicio del derecho de huelga faculta a los trabajadores para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, en busca de una mejora por parte de sus empleadores respecto de sus condiciones socioeconómicas o laborales.
- Que, existen elementos fácticos y jurídicos suficientes que permiten determinar la existencia de responsabilidad del inspeccionado respecto de la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, y ello porque, si bien es cierto la inspeccionada no contrató personal para realizar las labores de los trabajadores en huelga, también lo es que al haber sustituido a éstos con trabajadores no sindicalizados de su empresa, incurrió en reemplazo del referido personal a fin de continuar operando durante el período en que se materializó la medida de fuerza, lo cual inclusive ha sido reconocido por la propia empresa inspeccionada en las actuaciones inspectivas y el recurso de descargo.
- Que, la conducta descrita constituye un acto que tiende a contrarrestar el ejercicio del derecho de huelga, tal como la propia doctrina nacional y extranjera así lo

reconocen<sup>119</sup>, por estos motivos resulta razonable sostener que la conducta del sujeto inspeccionado que se aprecia en el presente caso, menoscaba la efectividad de la huelga.

- La Constitución Política del Perú reconoce en el numeral 3 del artículo 26° como uno de los Principios Laborales, la “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”, siendo aplicable al caso de autos como una “interpretación favorable al trabajador” y no como “una interpretación extensiva de una norma tipificadora”, como señala la inspeccionada.
- Que, la conducta desarrollada por la empresa de reemplazar a los trabajadores huelguistas a efectos de privar la efectividad de la huelga, demuestra el uso del poder de dirección como empleador sobre el personal no huelguista.
- Que, respecto del numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspecciones, establece como una conducta muy grave en materia de relaciones laborales, *“la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios”*, sin embargo, las formas de afectación enumeradas no constituyen las únicas formas de transgredir el derecho de huelga, es decir, no son una lista cerrada. La norma sanciona como conducta principal la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, por tratarse de un derecho de nivel constitucional y de la cual se pueden derivar otras conductas como la sustitución de trabajadores, el retiro de bienes de la empresa y otros que impidan su ejercicio.
- Que, respecto del argumento referido a que la empresa habría sufrido pérdidas económicas en el año 2011, ello no justifica de ninguna forma ni la exime de responsabilidad por haber vulnerado el derecho de huelga de sus trabajadores.

---

<sup>119</sup>Sobre el particular, el Convenio N° 87 de la OIT sobre Libertad Sindical desarrolla el ejercicio del derecho de huelga; de igual forma, los dos órganos responsables del control de la aplicación de normas (el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones), han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores y delimitaron el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga. En 1952 el Comité de Libertad Sindical formuló los caracteres básicos de este derecho, conceptuándolo como uno de los medios legítimos del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

- Por lo tanto, declara sin lugar la nulidad deducida por la empresa inspeccionada y resuelve acoger la propuesta de sanción elaborada por los inspectores de trabajo, por la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga.

La empresa inspeccionada interpone recurso de apelación, lo cual motiva el pronunciamiento de la Dirección de Inspección del Trabajo de fecha 04 de julio de 2012 a través de la Resolución Directoral N° 447-2012-MTPE/1/20.4, el mismo que resuelve de la siguiente forma:

- De acuerdo a los hechos descritos en el Acta de Infracción N° 3146-2011-MTPE/1/20.4, los inspectores de trabajo determinaron que la empresa incurrió en actos que afectan el libre ejercicio del derecho de huelga del Sindicato de Trabajadores, bajo la modalidad de sustitución de trabajadores en huelga, al haberse producido la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores no comprendidos en la medida de fuerza, ello para cubrir las necesidades de la empresa, tipificándose esta conducta como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales, de acuerdo a lo señalado por el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspecciones.
- Estableciéndose en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento que, se considera como infracción muy grave en materia de relaciones laborales a: *“La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta a través de intermediación laboral o contratación y sub contratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo”*, debe entenderse que las formas de afectación que se enumeran no constituyen un listado cerrado, pues, al ser la conducta que se sanciona la *“realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga”*, ésta se puede manifestar de diversas formas, más aún cuando estamos frente a un derecho constitucional, todo ello a la luz de los Convenios y Tratados suscritos por el Estado y en el marco de la función fiscalizadora otorgada a la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- La medida adoptada por el empleador fue orientada a impedir la abstención total de las actividades de los trabajadores en huelga y evitar así el daño económico que se

podiera generar para la empresa, lo cual va en contra de la proporcionalidad y el carácter recíproco de las privaciones para las partes en conflicto.

- Se observa adicionalmente que, en una de las diligencias de inspección, los inspectores entrevistaron a un trabajador quien manifestó haber sido contratado a raíz de la huelga, con lo cual no sólo se habría configurado por parte de la empresa una sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas, sino también la contratación de trabajadores para cubrir las necesidades de la empresa, conducta que además fue confirmada por el propio Jefe de Relaciones Laborales de la inspeccionada, siendo éste un hecho que no fue materia de pronunciamiento por parte de la Sub Dirección.
- Respecto que la tipificación de la conducta realizada por la inspeccionada corresponde a la descrita en el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento, lo cual no debe considerarse como una interpretación extensiva de la norma señalada en aplicación del principio del Indubio Pro Operario regulado en el artículo 26º numeral 3 de la Constitución Política del Estado, debe considerarse que este principio resulta aplicable cuando existe duda insalvable sobre el sentido de una norma, no siendo éste el caso sucedido y, respecto de la interpretación extensiva de la norma del Reglamento, debe considerarse que la conducta realizada por la empresa se encuentra enmarcada dentro de los supuestos que contempla.
- Por último, observa la Dirección de Inspección que, se requiere al inspeccionado la subsanación de la infracción observada, sin considerar que conforme describen los inspectores en sus actuaciones, el sindicato procedió a levantar la medida de fuerza el día 13 de diciembre de 2011, con lo cual la subsanación deviene en imposible.
- Por estos fundamentos, se declara NULA la resolución apelada, sin efecto la sanción económica impuesta y ordena que la Sub Dirección se vuelva a pronunciar.

Posteriormente, la Quinta Sub Dirección de Inspección, con fecha 09 de octubre de 2012, emite la Resolución Sub Directoral N° 606-2012-MTPE/1/20.45, la misma que busca corregir las observaciones efectuadas en la Resolución Directoral N° 447-2012-MTPE/20.4, y ratificándose en los fundamentos ya esgrimidos, termina con señalar que, respecto del trabajador a quien encontraron los inspectores comisionados en el recorrido efectuado por las instalaciones de la inspeccionada y que manifestara que

había sido contratado a raíz de la huelga, concluye en que la simple manifestación de dicha persona no puede resultar suficiente para que se configure una situación de infracción laboral, razón por la cual no considera a dicho trabajador como uno de reemplazo.

Con este pronunciamiento, la empresa inspeccionada interpone nuevamente recurso de apelación, el cual es resuelto mediante Resolución Directoral N° 32-2013-MTPE/1/20.4 de fecha 09 de enero de 2013, el mismo que ratifica los fundamentos ya desarrollados en la Resolución Directoral N° 3447-2012-MTPE/1/20.4, agregando a ello lo siguiente: *“... se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíproco de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga; por lo que, la inspeccionada al haber sustituido trabajadores en huelga con trabajadores no sindicalizados de la misma empresa, conforme lo constatado por los inspectores ... ha incurrido en infracción administrativa...”*, confirmando así el monto de la multa establecida por el inferior en grado.

El presente caso genera los siguientes comentarios:

En primer lugar hay que decir que, pudiera haberse tratado de un caso referido puramente a esquirolaje interno (movilización interna de trabajadores en la empresa), sin embargo, por un detalle que dejó escapar la Resolución Sub Directoral y que hace notar la Dirección de Inspección, se habría producido inclusive la contratación de personal para cubrir puestos de huelguistas, lo cual provoca la nulidad de la resolución y la necesidad de emitirse un nuevo pronunciamiento. Finalmente como hemos visto, la Sub Dirección consideró que el presunto caso de contratación de trabajadores no fue lo suficientemente investigado razón por la cual no la acoge.

A diferencia de los otros casos propuestos, el presente se torna más debatible por varias razones: en primer lugar porque podemos apreciar no sólo el pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo en primera instancia sino también en segunda instancia; además porque la empresa inspeccionada defiende en su descargo y apelación

la validez de la sustitución interna, a diferencia de los demás casos vistos en los que las empresas básicamente sustentaban su defensa señalando que los compromisos comerciales los obligaba a mantener la actividad productiva, con lo cual enmarcar dicha conducta en el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento de la LGIT resulta indebido; también porque la empresa alega que existe un derecho que se estaría vulnerando, y es el de los “no huelguistas” y sobre los cuales debería decirse algo, más aún cuando de alguna forma, la medida de huelga también los afecta a ellos; porque se cuestiona si la extensión de la jornada de trabajo resulta un supuesto de sustitución de labores; y, porque se alega que hay una falta de tipicidad de la supuesta infracción, no contenida en el Reglamento de la LGIT.

Entre otras cosas, la empresa alega la literalidad de la norma aplicada, en lo que expresamente el Reglamento de la LGIT indica, de lo cual se tiene que se prohibiría únicamente la sustitución de trabajadores a través de la contratación de personal sin vínculo hasta ese momento, es decir, personal nuevo, que recién ingresa a trabajar justamente a raíz de la medida de huelga. Y aquí entramos a la discusión de, si el esquirolaje interno se encuentra comprendido en la Ley o no, inclusive, si se encuentra comprendido en artículo 25º numeral 25.9 del Reglamento de inspecciones.

Y al respecto, debemos regresar a lo que tiene que ver con la efectividad del derecho de huelga, con la protección que las normas le otorgan a este derecho, y con las formas de afectación que pueden darse.

En aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional, remitiéndonos a las normas internacionales, podemos encontrar regulación sobre el derecho de huelga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (artículo 8º 1.d) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8º 1.b), sin encontrarse otra normatividad que sea específica sobre este derecho. Sin embargo, la huelga es asumida como una de las manifestaciones de la libertad sindical. No obstante ello, ante la falta de tratamiento legislativo más específico sobre el derecho de huelga, resulta importante tener en cuenta la aplicación del principio pro persona (pro homine) como método de interpretación de todo derecho humano, tal como lo hace ver Salmón Gárate: *“... si el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos es preservar la dignidad del ser humano, cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a favor de este en desmedro de cualquier*

*medida que pretenda restringir o limitar, sin justificación válida, sus derechos. Esto último no solo vaciaría de contenido estas normas, sino que resultaría claramente incompatible con su objeto y fin*<sup>120</sup>, con lo cual debemos concluir que, aquellas normas que busquen proteger los derechos de la persona, tendrán siempre que recibir la interpretación que más les favorezca.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“... en puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores*<sup>121</sup>, con lo cual podemos concluir que, siendo que el derecho de huelga es *“el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales”*, con base constitucional, y que busca defender los intereses de los trabajadores a través de su ejercicio, que consiste en la paralización de las labores por parte de los trabajadores, para lograr con ello efectos negativos en la empresa que ayuden a “equilibrar” las fuerzas contrapuestas de ambas partes, ¿acaso ello sería posible de lograr si el empleador tuviera la libertad de ejercer todas sus facultades sobre los trabajadores no huelguistas?, evidentemente que no, por ello lo que se debe entender es que la norma, si bien no expresamente, busca limitar este poder del empleador a efectos de garantizar que la medida de fuerza ejercida por los trabajadores huelguistas provoque los efectos deseados, esto es, causar un perjuicio sobre la producción de la empresa. Y justamente la interpretación en favor del trabajador se debe plantear en aplicación del Principio Pro Persona mencionado.

Por ello, si bien es cierto el artículo 70º del Reglamento del TUOLRCT señala que: *“... todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga...”*, la interpretación debe darse a partir de un Principio Pro Persona, con lo cual debemos asumir que este artículo establece como regla general la “abstención de laborar”, marcando a partir como supuesto que puede darse, sin ser el único posible, la “contratación de personal de reemplazo”.

De igual forma, podemos abordar el artículo 25º numeral 25.9 del Reglamento de la LGIT, que establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: *“La*

---

<sup>120</sup> SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”, Idehpucp/CICR, Lima 2004, p.45.

<sup>121</sup> STC 008-2005-PI/TC, Fundamento 40.

*realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga...*”, siendo ésta la conducta general observada, planteando a partir de allí algunos supuestos en los que puede verse reflejada: “... *como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y sub contratación de obras o servicios y el retiro de bienes de la empresa...*”, debiendo ser ésta la lectura de la norma, y siendo esa la aplicación que la AAT realiza al resolver el caso.

Entonces, conociendo que el derecho de huelga busca equilibrar las fuerzas económicamente desiguales, ¿podemos concebir que la movilización de personal no sindicalizado para sustituir al personal en huelga no traiga consigo una afectación al ejercicio de este derecho?; de igual forma, el incremento de la jornada laboral de los trabajadores no huelguistas a efectos que el área que sufre la medida de huelga no se vea afectada por ésta, ¿no busca en el fondo evitar los efectos de la huelga, es decir, evitar el equilibrio de fuerzas que la huelga trae consigo?; si bien es cierto, el sobretiempo no es una forma de “sustitución” de trabajadores, pero sí es posible calificarla como una forma de evitar los efectos de la huelga.

Respecto de los trabajadores no huelguistas y su derecho al trabajo, se debe indicar que efectivamente, éstos trabajadores conservan su derecho a plenitud, la obligación de trabajar subsiste para ellos a raíz de su negativa a incorporarse a la huelga, permaneciendo intacto por ello su derecho al salario. Por lo tanto, si fuera el caso como el que plantea la empresa inspeccionada, que la labor de éstos trabajadores dependía directamente de la que desempeñaban los trabajadores en huelga, justamente en este caso considero que el empleador, con miras a conservar el derecho al trabajo de dichos trabajadores, en el ejercicio de su facultad de dirección, podría incorporarlos a realizar labores ajenas a las suyas, sin embargo, éstas labores no podrían vincularse a las labores dejadas de realizar por los huelguistas, es decir, mientras que los no huelguistas se dediquen a laborar en actividades ajenas a las de los huelguistas, pienso que no habría inconveniente. Por eso, si es que en el presente caso la decisión del empleador fue la reubicación de los no huelguistas en las tareas dejadas de hacer por los trabajadores huelguistas, considero que es una decisión que va en contra del derecho de huelga de los trabajadores que vienen acatando la huelga, y que ante esta situación no es posible sustentar la validez del derecho al trabajo de los no huelguistas, porque su derecho estaría colisionando con el derecho a la huelga.

Respecto de la tipicidad exigida por la empresa al momento de aplicarse la norma legal vulnerada, se debe hacer mención al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que en el Expediente N° 010-2002-AI/TC señaló lo siguiente: “...71. *La analogía como interpretación normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139° inciso 9 Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: A propósito de la interpretación de la ley penal. En Derecho N° 46, PUCP, 1991, p. 89). Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de lexcerta cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos...*”. A partir de ello, podemos decir que el artículo 25° numeral 25.9 contiene supuestos ejemplificativos que permiten al intérprete aplicar dicha norma a supuestos análogos, como el caso de autos, es decir, la existencia de sustitución de trabajadores en huelga por los propios trabajadores no huelguistas de la empresa.

## 2.7. CASO AJEPER

Orden de Inspección N° 2850-2013-MTPE/1/20.4.

Acta de Infracción N° 2235-2013-MTPE/1/20.4.

Resolución Sub Directoral N° 1060-2013-MTPE/1/20.43 (18/10/13).

Resolución Directoral N° 146-2014-MTPE/1/20.43 (26/03/14).

### SUMILLA.

Este caso tiene que ver con las actuaciones inspectivas a raíz de la medida de huelga indefinida llevada a cabo por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Bebidas y Afines – SINTRABVA, a partir del 12 de febrero de 2013, en la que se detectó la existencia de sustitución de trabajadores en huelga por parte de la empresa inspeccionada, a través de la contratación de personal y la participación de personal no huelguista. Ello motivó de parte de las inspectores actuantes la propuesta de multa a través del Acta de Infracción N° 2235-2013, la misma que fuera notificada a la empresa inspeccionada, la cual presenta su descargo respectivo, emitiéndose posteriormente la Resolución Sub Directoral que ratifica la propuesta de multa de la inspección, siendo ella motivo de apelación por parte de la inspeccionada, para que finalmente se emitiera la Resolución Directoral que confirma la multa impuesta en primera instancia.

### **POSICIONES ADOPTADAS POR LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.**

Conforme se hace referencia en la Resolución Sub Directoral N° 1060-2013-MTPE/1/20.43, la empresa inspeccionada presenta el descargo correspondiente dentro del plazo otorgado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, y en su recurso contradice la propuesta de multa por parte de los inspectores intervinientes, alegando respecto de los hechos referidos a la sustitución de trabajadores los siguientes fundamentos:

- Que, no se cometieron actos de carácter antisindical, pues, respecto de la colocación de un comunicado indicando que el personal que acate la huelga sería reemplazado, ello se realizó a fin que los trabajadores no se ausenten de manera injustificada a pesar de existir un pronunciamiento de la Dirección General de Trabajo que declara improcedente la medida de fuerza, considerándose un error el no haber retirado dicho comunicado una vez que fuera declarada improcedente la medida de huelga mediante Resolución Directoral General N° 7-2013-MTPE/2/14 de fecha 22 de febrero de 2013.
- Que, respecto de la contratación de personal con el fin de cubrir puestos de los trabajadores huelguistas, señala que todas las contrataciones realizadas por la empresa obedecen a períodos de alta demanda, las mismas que fueron previstas con bastante antelación, precisando que los doce trabajadores mencionados fueron notificados con anterioridad a la notificación de la Resolución Directoral General referida.
- Que, respecto a que habrían utilizado personal no sindicalizado para cubrir los puestos de los trabajadores huelguistas, los cuales laboraban cuatro horas adicionales con el fin de cubrir los puestos de los huelguistas, ello resulta falso, ya que dichos trabajadores eran operarios cuyas funciones son bastante amplias motivo por el cual cuentan con una gran gama de servicios por prestar, por lo que no se puede afirmar que han cometido un supuesto de esquirolaje interno, siendo falso igualmente que dichos trabajadores hayan realizado cuatro horas adicionales de labor, pues ello ya se venía realizando con anterioridad al 12 de febrero de 2013, fecha en que se inició la huelga, ello de acuerdo a los convenios de sobretiempo y/o compensación suscritos.

Emitido el correspondiente descargo por parte de la empresa inspeccionada, la Autoridad Administrativa del Trabajo a través de la Tercera Sub Dirección de Inspección, en el

Expediente Sancionador N° 2682-2013-MTPE/1/20.43, emite la Resolución Sub Directoral N° 1060-2013-MTPE/1/20.43 en la cual establece lo siguiente:

- Que, los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga son derechos colectivos del trabajador reconocidos constitucionalmente, en particular en el artículo 28° de la Carta magna, el cual garantiza el derecho de huelga... y para que este derecho resulte eficaz, la doctrina especializada concuerda en que paralelamente se encuentra prohibida la sustitución no sólo por trabajadores extraños a la empresa sino también por aquellos que perteneciendo a su planilla desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas, conociéndose a dichos supuestos como esquirolaje externo e interno, respectivamente, los cuales se encuentran proscritos en observancia de la protección garantizada constitucionalmente.
- Que, las inspectoras actuantes constataron que el Sindicato denunciante dio inicio a una huelga indefinida a partir del 12 de febrero de 2013, la misma que fue comunicada a la inspeccionada el 01 de febrero del mismo año, declarándose procedente a través del Director General de Trabajo mediante Resolución Directoral General N° 7-2013-MTPE/2/14 de fecha 22 de febrero de 2013, revocándose el Auto Directoral N° 33-2013-MTPE/2.14 de fecha 06 de febrero del mismo año; no obstante ello, las inspectoras advirtieron que *“los días 25, 26 y 28 de febrero, al efectuar un recorrido por las diferentes áreas y/o líneas de producción de la planta de Huachipa, encontraron a trabajadores nuevos, recién contratados, ocupando los puestos de los trabajadores huelguistas, de igual forma encontraron a trabajadores no sindicalizados ocupando puestos de huelguistas y apoyando cuatro horas adicionales para cubrir los puestos vacantes, lo cual, como señalan, se mantuvo durante los días siguientes, 27 y 28 de febrero”,* agregando a ello que, *“en el mural ubicado por las líneas de producción se encontraba, entre otros comunicados el siguiente mediante el cual el área de recursos humanos de la inspeccionada comunica a sus colaboradores lo que a continuación se transcribe: ‘se les comunica que con relación a la HUELGA programada, la empresa tiene la facultad y autorización para proceder a REEMPLAZAR a todos aquellos trabajadores que no asistan a laborar el día de mañana’”*.
- Que, de ello advierte que, no obstante la Dirección General de Trabajo declaró la procedencia de la huelga, durante la duración de ésta, el sujeto inspeccionado ha contratado trabajadores nuevos, tales como... quienes iniciaron labores durante el

período de huelga iniciado el 12 de febrero o previamente a ésta, con posterioridad a la comunicación de dicha medida por parte del sindicato, lo cual contraviene el derecho de huelga de los trabajadores que lo han ejercido. Asimismo, observa que hubieron trabajadores no sindicalizados ocupando puestos de trabajo de los huelguistas y apoyando cuatro horas adicionales para cubrir a los mismos, tales como..., lo cual de igual modo contraviene el derecho de huelga.

- Que, si bien la empresa inspeccionada señala que los trabajadores habrían sido contratados con una planificación anterior o que no habrían asumido funciones de los huelguistas, ello sólo constituye un dicho de parte, el mismo que no sustentó con documento probatorio; asimismo, resalta que haya sido el propio empleador quien a través de un cartel emplazó a sus trabajadores para que no acaten la huelga, ya que serían reemplazados; considerando por todos estos argumentos que debe acogerse la multa propuesta por la vulneración del artículo 28° de la Constitución, incumplimiento comprendido en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento.

La empresa inspeccionada interpone recurso de apelación, lo cual motiva el pronunciamiento de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos de fecha 26 de marzo de 2014 a través de la Resolución Directoral N° 146-2014-MTPE/1/20.2, el cual resuelve de la siguiente forma:

- La empresa inspeccionada señala que la Tercera Sub Dirección habría incurrido en error al sancionarla por la infracción referida al derecho de huelga, sin embargo, en aplicación del Convenio N° 87 de la OIT y las opiniones emitidas por el Comité de Libertad Sindical así como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, se ha reconocido en múltiples ocasiones que el derecho de huelga es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones, y es entendido como un dejar de hacer, en tanto implica el cese temporal de las labores habituales de los trabajadores, por lo cual en ningún caso las labores desarrolladas por los trabajadores en huelga deben ser encargadas a otro personal no comprendido en el ámbito de dicha medida de fuerza, ya que ello enervaría sus efectos.
- Que, asimismo, con el cartel que colocó la inspeccionada advirtiendo a sus trabajadores que reemplazarían a los trabajadores que se plegaran a la medida de huelga, se contravino la normativa reflejada y recogida en el artículo 28° de la Constitución Política del Perú, por lo cual se concluye en la configuración plena de la

infracción a la normativa sociolaboral, al haber realizado la inspeccionada actos que vulneran el derecho de huelga de los trabajadores afectados, por lo cual se confirma en este extremo la sanción impuesta por el inferior jerárquico.

El presente caso genera los siguientes comentarios:

En primer lugar hay que decir que, estamos frente a un caso de esquirolaje interno y externo, habiéndose producido éste último de manera abierta y clara según se han detallado los hechos por parte de las inspectoras de trabajo comisionadas, ello producto del cartel puesto por la inspeccionada en el cual advertía al personal que, de optar por plegarse a la huelga serían reemplazados por otros trabajadores, teniendo para ello, además, la facultad y autorización.

A diferencia de los casos propuestos anteriormente, el presente incluye algunos detalles que podrían haber influido en la percepción de la inspección laboral y que en su momento no fueron precisados debidamente. Por ejemplo, se hace mención a que en un primer momento, mediante Auto Directoral N° 33-2013-MTPE/2.14 de fecha 06 de febrero de 2013, la medida de huelga fue declarada improcedente y que, ante un recurso de reconsideración presentado por el sindicato recurrente, fue el Director General de Trabajo quien mediante Resolución Directoral General N° 7-2013-MTPE/2.14 de fecha 22 de febrero de 2013, revocó el pronunciamiento anterior declarando la legalidad de la huelga, es decir, luego de 16 días se revocó el pronunciamiento inicial, con lo cual puede advertirse que durante estos 16 días se asumió a la medida de huelga como improcedente, por lo tanto, habiéndose iniciado la medida el 12 de febrero, fueron 06 días dentro de los cuales la empresa inspeccionada pudo haber adoptado la medida de reemplazo de personal de manera válida, hecho que no resulta claramente descrito por las inspectoras en sus investigaciones y menos por las resoluciones referidas, sin embargo, apenas se emitió la declaratoria de improcedencia, la empresa inspeccionada, en el caso de haber adoptado la medida de reemplazo de trabajadores, debió corregir de inmediato ello a efectos de no verse afectada la medida de huelga.

De otra forma, no se explicaría la existencia del cartel de advertencia colocado por la propia empresa en sus instalaciones, instando a los trabajadores a no acogerse a la paralización declarada, pero de igual forma, habiéndose posteriormente declarado la legalidad de la huelga, la empresa de inmediato debió retirar dicho cartel a efectos que no

se vulnerara el derecho de la organización sindical, tal como así lo advirtió la inspección de trabajo

Respecto de las modalidades utilizadas por la empresa, aparte de la contratación de personal (esquirolaje externo), también se presenta la participación de trabajadores no huelguistas, a quienes se utiliza para ocupar los puestos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas (esquirolaje interno), agregándose a ello que éstos prestan labores inclusive en sobretiempos (cuatro horas), tal como así se verificó en las inspecciones realizadas; ambos hechos resultan claramente demostrados y la empresa inspeccionada no logra justificar válidamente estos hechos, por lo cual se acreditan fehacientemente las infracciones a las normas señaladas.

## **2.8. CONDUCTAS DEL EMPLEADOR LESIVAS AL DERECHO DE HUELGA.**

Como hemos podido apreciar de los casos administrativos planteados, la inspección laboral ha venido detectando diferentes conductas por parte del empleador las cuales ha ido calificando como lesivas al derecho de huelga de los trabajadores o al ejercicio de la libertad sindical. Dichas conductas, en muchos casos, se han venido reiterando, lo cual hace presumir que las empresas continúan sosteniendo la validez de las mismas hasta que la inspección llega a emitir pronunciamiento en el caso específico. También habría que agregar que, en la medida que se vayan conociendo los pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los empleadores podrán ir previendo la consecuencia de sus conductas, ello no sólo en el plano administrativo sino también en el plano judicial a la luz del pronunciamiento del Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa materia de comentario.

Es por ello que a continuación se hará una descripción de aquellas conductas que han venido siendo recurrentes por parte de los empleadores y que se han ido detectando a raíz de las inspecciones realizadas, posteriormente se irán describiendo los pronunciamientos administrativos emitidos en los casos que han sido materia de análisis a efectos de determinar si ya podemos ir hablando de una línea de tendencia adoptada por la Autoridad Administrativa de Trabajo en estos casos y, finalmente, describiremos una posición valorativa respecto de dichos pronunciamientos.

### 2.8.1. Conductas frecuentes desarrolladas por el empleador frente a la huelga.

Las conductas desarrolladas por los empleadores en los casos anteriormente planteados y que han sido calificadas como afectaciones al ejercicio del derecho de huelga por parte de las organizaciones sindicales, son las siguientes:

- La contratación de trabajadores, ya sea a través de empresas de intermediación o contratistas, a efectos de sustituir a trabajadores en huelga.
- La contratación de trabajadores, ya sea con anterioridad al inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos), siendo la razón la misma: la sustitución de trabajadores en huelga.
- La rotación interna del personal no huelguista, a efectos de poderse cubrir los puestos vacantes dejados por los trabajadores huelguistas, pudiendo tratarse inclusive de empleados y funcionarios, que puede manifestarse antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- Esta rotación de puestos trae como consecuencia que el personal rotado (no huelguista) deje de lado las labores que normalmente viene ejecutando y que inclusive ocupe puestos o cargos distintos a aquellos para los cuales fue contratado (reasignación de funciones), para realizar las labores de los trabajadores en huelga.
- La reprogramación de turnos de trabajo del personal no huelguista, para lograr cubrir los turnos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas, la misma que se puede ejecutar incluso antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- Esta reprogramación de turnos trae como consecuencia, en muchos casos, el aumento de la jornada laboral, es decir, la jornada laboral que normalmente se desarrolla en 8 horas diarias, ahora se eleva a 12 horas diarias, obligándose al personal no huelguista a realizar horas en sobretiempo.

- La movilización de trabajadores de una misma empresa, de un centro de trabajo a otro distinto, lo que trae como consecuencia que se obliga al trabajador (no huelguista) a dejar el lugar habitual en el que desarrolla sus labores para trasladarse a otro distinto, con el único fin de sustituir a los trabajadores en huelga. Esta movilización puede darse antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- La negativa en exhibir el Registro de Control de Asistencia cuando así lo requiere la inspección laboral, y ello porque en dicho documento pueden reflejarse los cambios de turnos de trabajo producidos con el fin de lograr cubrir los turnos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas.
- La falta de colaboración a efectos que la inspección laboral realice sus constataciones en el centro de trabajo, básicamente el recorrido por las instalaciones del lugar y pueda determinar si se vienen produciendo actos que lesionen el derecho a la huelga de los trabajadores.
- La publicación de carteles u otro medio informativo mediante los cuales se busca amedrentar a los trabajadores para que no lleven a cabo la medida de huelga declarada, dirigiendo la amenaza a la sustitución de los mismos en sus puestos de trabajo.

No obstante la descripción anterior, resulta importante tener en cuenta aquellas conductas ejecutadas, si bien es cierto no en nuestra práctica, sí en la práctica extranjera, específicamente en la española, las cuales han sido materia de pronunciamientos judiciales y de comentarios por parte de Sanguinetti al analizar la “limitación o anulación del impacto de las huelgas”<sup>122</sup>, medidas que sirve tener en cuenta, toda vez que no resultaría extraño que se presenten en algún momento de nuestra práctica.

- Reorganización de la producción y anticipación de los trabajos que se verán afectados por el paro.
- Desvío de la producción o los pedidos hacia otros centros de trabajo, otras empresas del mismo grupo, contratistas o trabajadores autónomos.

---

<sup>122</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los empresarios y el conflicto laboral”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 49 a 63.

- Sustitución de la prestación de los huelguistas por otra de origen externo, interno o de carácter “virtual”.
- Utilización impropia o excesiva de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento de garantía de los servicios esenciales.

### **2.8.2. Criterios adoptados por la Autoridad Administrativa de Trabajo frente a aquellas conductas relacionadas con la sustitución de trabajadores.**

- En el caso que la empresa realice la contratación de personal días previos al inicio de la huelga, se entenderá, inicialmente, que se trata de una conducta que busca disminuir los efectos de la huelga, salvo prueba en contrario.
- En el caso que la empresa suscriba contratos sujetos a modalidad bajo el sustento de existir razones productivas para ello, siendo este personal ubicado en aquellos puestos donde venían laborando los huelguistas, se presumirá que estamos ante una conducta que afecta la medida de huelga, más aún si no se llega a probar que el personal contratado ha venido realizando labores distintas a las de los huelguistas y, si no se llega a probar válidamente la real existencia de la modalidad invocada. Puesto que, siendo la huelga una medida de presión para el empleador, ésta no puede ser violada bajo la contratación de personal a efectos de cubrir los puestos de trabajo del personal huelguista, pues con ello se vulneraría el objeto de la huelga descrito.
- Cuando el empleador realice acciones a fin de neutralizar o limitar la finalidad de la huelga, se perturba este derecho. Estas acciones pudieran realizarse antes o durante la medida de huelga, siendo importantes sobre todo las medidas del empleador con las cuales busca anticiparse a cualquier afectación de la huelga.
- Cuando las labores que corresponden a los trabajadores en huelga sean encargadas a otro personal no comprendido en el ámbito de la medida de fuerza, se entenderá que se produce un perjuicio en los efectos de la medida, esto es, de ejercer un medio de presión al empleador en defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores.

- La empresa no puede ejercer su poder de dirección respecto de los trabajadores no huelguistas con el objetivo de quitarle efectividad a la huelga, pues ello constituye una grave violación a la libertad sindical.
- Si bien es cierto, el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento de la Ley de Inspecciones configura como infracción muy grave: *“la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta ...”*, sin embargo, se debe considerar que las formas de afectación señaladas no constituyen las únicas formas de transgredir el derecho de huelga, es decir, que no se trata de un listado cerrado, siendo la conducta principal sancionada *“la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga”*, por ser éste un derecho constitucional del cual se pueden derivar otras conductas como la sustitución de trabajadores, el retiro de bienes de la empresa, etc.
- Cuando una empresa alegue que no ha realizado acciones que busquen la sustitución de actividades desarrolladas por el personal huelguista, y que más bien se han realizado labores afines a éstas, deberá probarlo, caso contrario se asumirá que toda sustitución de labores busca en realidad reducir el impacto de la medida de huelga.
- Cuando en un período de huelga, la empresa extienda la jornada de trabajo generándose con ello labores en sobretiempo, sin llegar a justificar válidamente dicha medida, se entenderá que lo que se busca realmente es la normalidad en la ejecución de las labores a pesar de la existencia de una medida de huelga.
- El hecho que una empresa cuente con compromisos comerciales adoptados con anterioridad a la medida de huelga, no valida las acciones que el empleador pueda realizar a efectos de lograr mantener sus niveles de producción y venta habituales en la etapa de huelga. Inclusive en este caso, la empresa debe asumir los efectos de la huelga declarada.
- Estando en un período de huelga, lo que debe predominar entre las partes involucradas, tanto el empresario como el grupo huelguista, es el recíproco deber de lealtad y la buena fe, tanto por parte del grupo sindical, de realizar su acción de manera pacífica, sin afectar innecesariamente a la empresa ni causarle daños a la misma y, por parte de la empresa, en no hacer un mal uso del poder de dirección, es

decir, utilizar esta facultad para desactivar la presión que produce la medida de huelga.

- No sólo se produce la afectación al derecho de huelga cuando se decide contratar personal para que cubra las labores dejadas de realizar por los huelguistas, sino también, cuando se decide efectuar una redistribución en los turnos de trabajo con el personal no sindicalizado, a efectos de cubrir de la mejor manera algunas áreas.
- De igual forma, se considera una conducta de afectación a la medida de huelga, trasladar personal de un centro de trabajo a otro, con el ánimo de cubrir los puestos dejados vacantes por los huelguistas.
- No resulta aceptable la contratación de personal de empresas terceras para que cubran los puestos dejados de laborar por los huelguistas, ya sea con anticipación a la huelga o posteriormente a su inicio.
- El reemplazo de trabajadores se puede realizar, ya sea con la contratación de personal, como con la participación de trabajadores no sindicalizados de su empresa; en ambos casos se considera que se produce una afectación al derecho de huelga.
- Las pérdidas económicas que pudiera haber sufrido una empresa en años anteriores o el actual, no pueden justificar de ninguna forma la decisión de minimizar los efectos de la huelga a través de la sustitución de trabajadores; de igual manera dicha conducta será calificada como antisindical.

### **2.8.3. Comentarios a los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo.**

Los casos particulares que hemos podido analizar nos han permitido conocer cuáles vienen siendo las reacciones producidas frente a una medida de huelga, tanto de la parte empleadora como de la parte trabajadora, e inclusive, del Poder Judicial y de la propia Autoridad Administrativa de Trabajo, la cual, producto de los requerimientos de inspección presentados por las organizaciones sindicales, se ve obligada a intervenir en este conflicto a través de la inspección laboral y emitir pronunciamiento que busca dilucidar la validez o no del comportamiento que en general despliega la parte empleadora.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos emitidos por la autoridad inspectiva, tanto en el ámbito de la inspección propiamente (ámbito de investigación), como en el ámbito resolutivo (procedimiento sancionador), se debe indicar que la tendencia que vienen marcando sus pronunciamientos en los casos en que se denuncia la afectación al derecho de huelga de las organizaciones sindicales, principalmente debido a la sustitución de trabajadores huelguistas (esquirolaje), es en primer lugar, de protección de este derecho, anteponiéndolo inclusive a otros derechos con los cuales pudiera colisionar. Esta protección se basa en el hecho de considerarse al derecho de huelga como *“un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores. En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores”*, tal como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 008-2005-AI.

Esta concepción es la que viene siendo recogida por la Autoridad Administrativa en sus pronunciamientos, y ratificada por el Poder Judicial, por lo menos a través del pronunciamiento comentado, dando así una importancia preponderante al derecho de huelga sobre otros, y protegiendo su ejercicio a través de la acción inspectiva.

Y bajo este concepto, toda intervención que busca disminuir los efectos de la huelga o eliminar su presencia en el ámbito del conflicto colectivo, será sancionada ordenándose la suspensión de aquellas conductas infractoras.

Con estas precisiones, consideramos muy importante tener en cuenta los siguientes comentarios a efectos de comprender la posición adoptada por la Autoridad Administrativa de Trabajo al analizarse los casos bajo inspección:

- **Cuando se produzca la contratación de trabajadores en días previos al inicio de la medida de huelga.**

Puesto en conocimiento de la empresa la medida de huelga, se espera que ésta afronte la medida sin que se realicen conductas que busquen “amortiguar” sus efectos, menos aún, proceder a la contratación de personal en días previos al inicio de la huelga, de tal forma que este nuevo grupo de trabajadores “llene” los espacios vacíos que dejarían los huelguistas en el período de huelga. Esta conducta será calificada como antisindical siempre que la empresa no llegue a probar válidamente en el transcurso de las investigaciones inspectivas, la necesidad existente para dicha contratación, de tal modo

que pueda romper el vínculo o relación existente entre dicha contratación y la medida de huelga propiamente. Esto en base a que se presumirá que la contratación observada responde al deseo empresarial de evitar en menor o mayor medida los efectos negativos de la huelga. Por ello, ante circunstancias como la descrita, resultaría inadmisibles una contratación de personal justo en estas condiciones, o en todo caso, diríamos que sería muy difícil justificar su validez.

- **Cuando se incorpora trabajadores bajo contratación sujeta a modalidad, ya sea en días previos al inicio de la huelga o mientras que ésta viene ejecutándose.**

Siempre se presumirá que la contratación de personal en días previos a la medida de huelga o en plena ejecución de la misma, buscará en alguna medida resquebrajar los efectos de la huelga. Por ello es que se cuestionará la contratación siempre que no cuente con una causa objetiva válida que sustente la misma. Siendo esto así, y no pudiendo el empleador justificar válidamente la existencia de una causa objetiva para dichas contrataciones, se presumirá que dicha contratación busca únicamente contrarrestar los efectos de la huelga, ocupándose los puestos vacantes por trabajadores contratados para ello, afectándose así el derecho de los huelguistas. Por lo cual, una contratación de este tipo frente a un escenario de huelga, resultará siendo calificada como una acción antisindical y sancionada como corresponde.

- **El artículo 25° numeral 25.9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR, no establece un listado “cerrado” sobre conductas que afectan el derecho de huelga, por lo tanto, debe entenderse que dentro de dichos supuestos se encuentra incluida la sustitución de trabajadores en huelga con trabajadores de la propia empresa (esquirolaje interno), así como cualquier otra conducta que finalmente busque reducir o eliminar los efectos de la huelga.**

Esta es la interpretación que impone la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de sus pronunciamientos en los procesos de inspección, y es que señala, se debe entender que lo que se busca finalmente es la protección del derecho de huelga, por lo tanto, su afectación se puede producir de muchas maneras y a través de diversas conductas, todas las cuales no necesariamente pueden ir descritas en la norma pertinente, razón por la cual, la lectura que se debe dar al artículo en mención debe ser abierta y no restringida, de otra forma se estaría permitiendo la realización de conductas que, aunque

no están incluidas expresamente en el articulado, vulnerarían de igual forma el derecho de huelga. Además, hay que tener en cuenta que, en la medida en que se vayan produciendo más conductas de este tipo que busquen vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores, recién nos iremos dando cuenta de todas aquellas conductas capaces de provocar esta afectación y que a pesar de lo cual no necesariamente se encuentran incluidas en este articulado de manera expresa. Al final, como suele ocurrir, la práctica desborda a la normatividad que pretende abarcar todos los supuestos posibles, por lo cual, resulta más adecuado adoptar este articulado como un listado abierto y no cerrado.

- **Cuando se extiende la jornada de trabajo o se modifican los turnos, ya sea antes del inicio de la medida de huelga o en plena ejecución de ésta, provocándose la generación de labores en sobretiempo.**

Esta conducta es observada por la Autoridad de Trabajo por considerarse que el hecho de generarse labores en sobretiempo, antes o después del inicio de la medida de huelga, sólo busca compensar con sobretiempo las horas de trabajo que se perderían a raíz de la huelga. Resulta lógico advertir entonces que esta conducta igualmente busca evitar el perjuicio que por naturaleza la huelga provocará en la empresa, y justamente refleja esta actitud por parte del empresario de no soportar las consecuencias de la medida. Adicionalmente, se debe considerar que la inspección podrá abordar esta conducta también desde el punto de vista del no huelguista que realiza esta labor en sobretiempo, toda vez que el cambio de jornada (por ejemplo de 8 a 12 horas diarias) o el cambio de turnos, será una medida que el empleador impondrá en sus trabajadores, sin posibilidad que éstos puedan alegar al respecto. Ante ello, cabe la posibilidad que estas jornadas en sobretiempo sean realizadas por los no huelguistas de manera obligatoria, con lo cual también se estaría afectando su derecho, al no tener mayor opción que cumplir con dicha medida. Por lo tanto, en una situación como la descrita, la entrevista que los inspectores efectúen al personal no huelguista que viene realizando las labores en sobretiempo ante el cambio de jornada producto de la medida de huelga, será fundamental para determinarse las afectaciones que dicha medida viene produciendo.

- **Cuando se produce la redistribución del personal no huelguista a raíz de la medida de huelga.**

Es sabido que una acción de huelga normalmente trae consigo, no sólo la afectación en los índices de producción de una empresa, sino también la adopción de medidas que

buscan justamente disminuir de alguna forma el perjuicio sufrido. Y una de las medidas más comunes que adoptan las empresas es la rotación del personal a efectos de distribuirlos de la forma más equitativa posible dependiendo de las áreas o zonas de producción con que cuente, en busca de no verse afectado en demasía con la medida de huelga.

Hemos visto que la Autoridad inspectiva ha optado por calificar esta conducta como antisindical, y resulta evidente concluir ello, toda vez que lo que en conclusión se busca es “llenar” los espacios vacíos dejados por los huelguistas, y esto a través de la “redistribución” del personal, lo cual lleva en muchas ocasiones a colocar trabajadores (no huelguistas) en áreas que no les corresponde según su contrato firmado, a realizar actividades para las cuales no ha sido contratado e inclusive para las que no se encuentra debidamente capacitado, resultando esto finalmente un riesgo para la propia empresa.

Por lo tanto, toda medida que busque “reorganizar” a los trabajadores no huelguistas y destacarlos a las áreas de conflicto, será calificada como una conducta antisindical y sancionada según las normas de inspección.

- **Cuando se produce el traslado de trabajadores no huelguistas de un centro de trabajo de la misma empresa a otro.**

Muchas de las conductas que aquí se vienen mencionando, resultan ser medidas que en situaciones de “normalidad” laboral no podrían ser discutidas por corresponder al ámbito de discreción del empleador. Es decir, que uno de los elementos que pueden ser analizados para calificar la validez o no de una medida adoptada es la situación que la empresa viene atravesando en ese momento. Con esta observación será más fácil entender el porqué del cuestionamiento de una medida de este tipo. Y es que encontrándonos en una situación conflictiva entre el empleador y la organización sindical, declarando ésta última la adopción de la medida de huelga, la situación de “normalidad” de la que hablábamos desaparece, por lo cual toda medida que vaya a ser adoptada por el empleador bajo esta coyuntura podrá ser cuestionada según los fines que persigue.

Con lo cual, el traslado de personal (no huelguista) de un centro de trabajo a otro, en plena situación de huelga, traería consigo el cuestionamiento de la necesidad o la justificación para que se produzca esta medida. Y es que no hay que perder de vista que

la empresa siempre contará con el beneficio de la prueba, con lo cual, si llega a justificar válidamente el traslado de personal (no huelguista) de un centro de trabajo a otro (en el cual justamente se viene ejecutando la huelga de trabajadores), se concluirá en la validez de la medida, caso contrario, se entenderá que dicho traslado responde únicamente al deseo de ocupar los puestos dejados vacantes por los huelguistas y lograr así que la actividad en dicho centro de trabajo no se vea paralizada.

- **Cuando antes del inicio de la huelga o en plena huelga, se destaca al centro de trabajo a trabajadores de una empresa tercera.**

De igual forma como en los casos anteriormente descritos, no se puede admitir la contratación ni de trabajadores ni de empresas que destaquen personal, con el fin uno u otro, de cubrir los puestos dejados vacantes por los huelguistas. Ambos casos descritos buscan cumplir el mismo fin, esto es, lograr minimizar los efectos de la huelga, pero de igual manera, ambos supuestos deben ser considerados como antisindicales. Y es que como ya se ha mencionado, resultaría muy difícil justificar la contratación de una empresa tercera para la realización de una actividad específica en el centro de trabajo, justamente cuando se viene atravesando una etapa de huelga de los trabajadores, salvo que válidamente se llegue a justificar dicha contratación. Como se ha visto en los casos resueltos por la autoridad inspectiva, los inspectores en casos como el planteado buscan verificar si las labores que desarrollan estos trabajadores destacados son labores específicas ajenas a labor diaria o son aquellas que los trabajadores huelguistas han dejado de hacer producto de su medida, en cuyo caso resultaría evidente la conducta desarrollada por el empleador.

- **Cuando se asignan labores a los no huelguistas – poder de dirección del empleador.**

Este supuesto tiene que ver con algunos ya mencionados anteriormente (la extensión de la jornada laboral, la redistribución de las labores), sin embargo es necesario tomarlo en cuenta porque muchas veces la evaluación de los hechos se hace en base a los derechos que los huelguistas tienen para desarrollar libremente su derecho a la huelga o las conductas abusivas desarrolladas por el empleador en perjuicio de los huelguistas, y se deja de lado el derecho que también tienen los “no huelguistas”. Su derecho a trabajar, y a trabajar en aquello para lo cual fueron contratados, y a que se respete la jornada laboral que normalmente desarrollan. De tal forma que no resulta justo que, frente a la

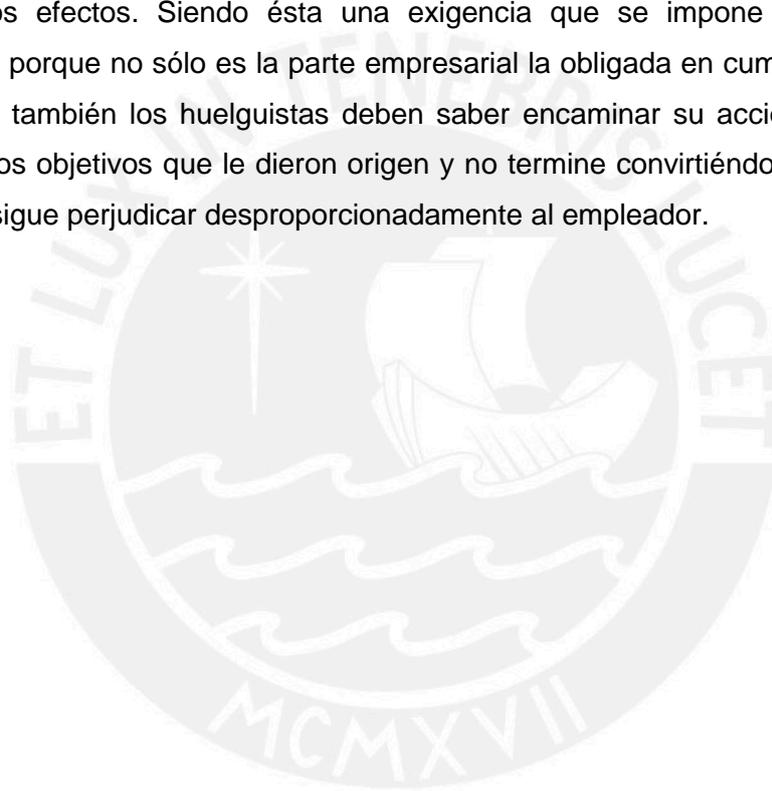
aparición de alguna contingencia (declaración de huelga por parte de la organización sindical), todas estas condiciones laborales se modifiquen, y lo que es peor, sin ninguna posibilidad de expresar su consentimiento o no ante dichos cambios. Y es que resultará muy difícil que, ante la exigencia del empleador en que un “no huelguista” desarrolle a partir de determinada fecha una jornada, ya no de ocho horas sino de doce horas, o tenga que variar su horario de trabajo del turno tarde al turno noche, se pueda oponer y decidir no efectuar dichos cambios en su jornada, sin que ello le signifique algún perjuicio futuro por considerarse que no estuvo dispuesto a “prestar su apoyo cuando la empresa lo requería”. Por obvias razones, este trabajador “no huelguista” no tendrá otra salida que la de aceptar estas modificaciones. Y así podremos apreciar cómo el empleador, ejerciendo su facultad de dirección, puede imponer todo tipo de cambios y modificaciones en las condiciones laborales de los trabajadores, lo cual en una situación de “normalidad” laboral no tendría ningún efecto, sin embargo, en una situación de “huelga” termina por vulnerar, no sólo el derecho de los huelguistas, de lograr a través de su medida la eventual reivindicación de sus derechos, sino el de los “no huelguistas”, de tener que “aceptar” obligadamente, todo tipo de cambios en sus condiciones laborales con el único fin de reducir los efectos de la huelga. Por ello, ante situaciones como las planteadas, la inspección laboral buscará como medios de prueba, entre otros, la manifestación del personal “no huelguista”, los cuales tendrán que reconocer si en realidad los cambios asumidos han sido efectuados de manera voluntaria o han significado simplemente un exceso en las facultades de dirección del empleador. Facultad de dirección que tendrá que ejercerse dentro de los límites que los hechos le impongan.

- **Cuando la justificación del empleador ante la sustitución de trabajadores sea la necesidad de cumplir con sus compromisos comerciales.**

Ninguna decisión adoptada por el empleador que conlleve alguna afectación a los derechos de cualquier trabajador podrá justificarse en la necesidad de cumplir con aquellos compromisos comerciales asumidos, pudiendo discutirse el caso en que los propios trabajadores asumen voluntariamente dichos efectos, sin embargo en una situación de huelga declarada y ejecutada, resultaría muy difícil tratar de justificar la presencia de trabajadores “no huelguistas” en los puestos de trabajo vacantes, argumentándose la necesidad de cumplir con los compromisos ya asumidos o con los objetivos anuales de producción y venta. Habrá que reiterar que ante la ejecución de una medida de huelga, la empresa tiene la obligación de asumir los efectos de la misma, sin posibilidad alguna de realizar alguna acción que pretenda disminuir sus efectos.

- **Cumplir ambas partes involucradas con el deber de lealtad y buena fe.**

Y es que éste es el deber que se exige cumplan tanto la parte empresarial como la organización sindical ante una eventual huelga; por parte de los huelguistas, de llevar a cabo su medida de forma pacífica y sin causar daños innecesarios, porque de otra manera, su medida de huelga pudiera terminar desvirtuándose y justificando válidamente la acción por parte de la empresa de contratar trabajadores a efectos de no verse perjudicado ante los actos ejecutados por los huelguistas; de otro lado, los empresarios, de no hacer un “mal uso” del poder de dirección, y de asumir pacíficamente los efectos que la huelga cause, sin admitirse ninguna medida o conducta que busque reducir o eliminar estos efectos. Siendo ésta una exigencia que se impone a ambas partes involucradas, porque no sólo es la parte empresarial la obligada en cumplir ciertas reglas de conducta, también los huelguistas deben saber encaminar su acción para que ésta cumpla con los objetivos que le dieron origen y no termine convirtiéndose en una acción que sólo persigue perjudicar desproporcionadamente al empleador.



## CAPÍTULO 3

# PROTOCOLO DE ACTUACIÓN INSPECTIVA EN CASOS DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE HUELGA REFLEJADA EN LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES.

### 3.1. ASPECTOS INICIALES FRENTE AL PROBLEMA.

#### 3.1.1. ¿Cuál es la utilidad de un protocolo de actuación inspectiva?

El Sistema de Inspección Laboral es un mecanismo de defensa de derechos que el Estado ha implementado en la búsqueda de lograr por su intermedio que los derechos laborales de los trabajadores sean respetados, ello en consonancia con lo establecido por el Convenio N° 81 de la OIT. Este cumplimiento por parte de los empresarios contiene una serie de obligaciones que engloban las siguientes materias: normativa laboral, prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, así como las demás materias que le fueran atribuidas.

Frente a esta exigencia, encontramos a la inspección laboral, que viene desarrollándose cada vez más activamente, logrando posicionarse en la sociedad como un actor importante en el desarrollo laboral del país. No obstante ello, aún le falta lograr mayor presencia entre los actores sociales, y ello se irá logrando a través del mejoramiento del sistema y según el interés que pueda tener el Estado en esta materia a través de acciones que fortalezcan su ejercicio.

Dentro de la normativa laboral encontramos los derechos laborales de los trabajadores, donde podemos advertir entre otros derechos, aquellos vinculados a las organizaciones sindicales, que son agrupaciones de trabajadores por medio de las cuales buscan obtener el logro de sus intereses, pudiendo hablarse de logros económicos, de condiciones laborales, etc., en el ánimo de lograr una mejor calidad de vida laboral.

Frente a esta necesidad que las organizaciones de trabajadores enfrentan, la inspección laboral se ha convertido en los últimos años en su mayor aliado, pues son los trabajadores que acuden a la Autoridad Administrativa en busca de la protección de sus derechos antes de llegar a la vía judicial. Y pudiera decirse que este mecanismo viene

dando sus frutos, toda vez que en la práctica la inspección logra resolver gran parte de los conflictos que los trabajadores enfrentan diariamente. A raíz de ello, de más está decir que la presencia de los sindicatos en la vía administrativa es cada vez mayor, lo cual es claro reflejo que el sistema de inspecciones viene funcionando, pudiendo brindarse un mejor servicio si se potenciarán algunos instrumentos con que cuenta.

Una de las dificultades que considero encuentra en la actualidad la inspección del trabajo es que no cuenta con un procedimiento “uniforme” en sus actuaciones, y no nos referimos propiamente al procedimiento de inspección que tanto la Ley General de Inspección del Trabajo a través de la Ley N° 28806 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2006-TR y modificatorias, definen, sino a la manera como cada uno de los inspectores de trabajo “enfrenta” una solicitud de inspección. Y es que muchas veces se ha criticado la diversidad de criterios existentes entre el cuerpo de inspectores, donde frente a situaciones similares las respuestas por parte de los funcionarios de inspección no necesariamente son uniformes. Quizás esta diferencia en la apreciación de situaciones responda justamente, no solo a la particular apreciación que cada uno de los inspectores advierte, sino también a la particularidad que cada caso trae consigo, con lo cual podríamos concluir inicialmente en que “no todos los casos que se denuncian o se presentan ante la Autoridad Administrativa de Trabajo son iguales”. Sin embargo, hay que reconocer que la previsibilidad en la actuación inspectiva no solo debe ser una exigencia a favor del administrado, sino que esta misma se convierte en una garantía para la Administración, que la labor inspectiva se puede realizar de manera organizada, programada y ordenada en lo que a sus verificaciones se refiere. Justamente es en este escenario en el cual un Protocolo de actuación se hace necesario. Y no para lograr con ello que la actuación inspectiva se vuelva una práctica “automatizada” en sus verificaciones, porque resulta innegable el hecho que cada una de las denuncias o solicitudes de inspección que llegan al área de inspecciones, como ya se ha mencionado, traen consigo sus propias particularidades, con lo cual, establecer una forma rígida de actuaciones ante cualquier tipo de verificación sería limitar las facultades que la propia norma inspectiva brinda a los inspectores de trabajo justamente en la búsqueda de lograr el cumplimiento de obligaciones laborales.

Por ello, concluimos en señalar que un protocolo de actuaciones inspectivas ayudará, no a establecer la totalidad de actuaciones que un inspector de trabajo debe seguir en el procedimiento inspectivo, sino un complemento de lo que la propia legislación ya viene

señalando. Son finalmente pautas de actuación que se detallan para facilitar la actuación del inspector de trabajo, considerándose adicionalmente que en la medida que las actuaciones propuestas se sustentan en la propia legislación nacional, interpretación de tribunales nacionales y órganos de control de la OIT, en esa medida se garantizará finalmente el respeto al principio de legalidad sobre el cual se desarrolla toda actuación de la autoridad pública.

El protocolo que a continuación se presenta, tiene sus bases justamente en los propios casos analizados referidos a la sustitución de trabajadores en huelga, debiendo resaltarse por ello que las propuestas de actuación que se detallan tendrán que necesariamente adecuarse al propio caso planteado, por las particularidades que trae consigo y que distinguen a unas de otras. Y justamente allí se centrará la labor de la inspección, en lograr determinar dichas particularidades que puedan diferenciar un caso de otro, para lograr así una mejor aplicación de las normas inspectivas.

### **3.1.2. Los problemas que plantea la sustitución de trabajadores en huelga.**

Conforme hemos venido describiendo en el desarrollo del presente trabajo, la sustitución de trabajadores en huelga afecta directamente el derecho de huelga con que cuentan las organizaciones sindicales. Y justamente esta afectación es la que provoca la rebaja, la disminución, la limitación del derecho, reduciéndolo a un simple intento sin efectos reales. Es decir, un desamparo de los actores frente a los intereses y objetivos que conforman su reclamo. Frente a ello, el protocolo de actuaciones en esta materia adquiere importancia por las siguientes razones:

- La necesidad de garantizar el libre ejercicio del derecho de huelga, en toda su extensión, sin limitaciones, salvo las que la propia ley impone.
- La importancia que el derecho de huelga, como expresión de la libertad sindical, adquiere frente a la obtención por parte de los trabajadores de mejores condiciones laborales, económicas, etc., lo cual finalmente redundará en la mejora de otros derechos con los cuales pudiera tener conexión.
- La necesidad de hacer más efectiva la protección de la libertad sindical de las organizaciones sindicales, más aún si estamos frente a una situación económica cuya coyuntura se presta para lograr, no solo escenarios de elevados niveles de

producción que conllevan al crecimiento económico del país, sino que a la par de los mismos, las condiciones laborales de los trabajadores logren mejoras significativas, debiendo aceptarse como una idea establecida que no puede admitirse la existencia de un desarrollo económico sostenible que vaya en relación inversamente proporcional con el respeto y mejora de condiciones laborales de los trabajadores.

- Frente a ello, el reconocimiento de la fragilidad de los derechos colectivos en general, con una legislación nacional excesivamente regulatoria que limita el accionar natural de las organizaciones sindicales. De allí la importancia que adquieren no sólo los pronunciamientos de la OIT en materia sindical, sino también los del Tribunal Constitucional que reconoce finalmente la importancia del derecho de huelga y su protección.
- Propiamente la sustitución de trabajadores en huelga plantea muchas veces, además de la vulneración de la efectividad del derecho de huelga, de las condiciones laborales de aquellos trabajadores “no huelguistas” a quienes se obliga a realizar dicha sustitución, situaciones que deben ser detectadas en la inspección propiamente.
- La sustitución de trabajadores en huelga trae consigo la inutilidad de la huelga, lo cual afecta directamente a la organización sindical como tal, que finalmente resulta cuestionada y disminuida, provocando su debilitamiento.
- Las dificultades con las que cotidianamente se encuentra la inspección laboral al pretender detectar los casos de sustitución de trabajadores en huelga, y ello provocado por la propia conducta del empleador el cual, a través de diversos medios, busca ocultar su conducta transgresora del derecho a la huelga.

### **3.2. CRITERIOS BÁSICOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS VINCULADOS AL DERECHO DE HUELGA – SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES.**

#### **3.2.1. Conceptos que se vinculan a la investigación.**

En el desarrollo de la investigación la inspección irá encontrando una serie de figuras y conceptos cuya delimitación tendrá que estar bien determinada a efectos que la

interpretación de las conductas del empleador no genere ninguna dificultad al momento de ser tipificadas. Por ello resulta importante describir y precisar aquellos conceptos que serán parte de lo cotidiano en este tipo de verificaciones.

### **3.2.1.1. Libertad sindical.-**

Este es un concepto que cuenta con muchas definiciones, por lo cual haremos mención a una de las tantas definiciones que se han emitido, la cual señala lo siguiente: *“Libertad sindical que viene definida, más por el conjunto de derechos que componen su contenido esencial y sin los que sería irreconocible, como un lugar de encuentro de diversos poderes perfectamente diferenciables, pero cuya síntesis conduce a la obtención del fin jurídico al que sirve, esto es, la organización colectiva de los trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”*. Por ello, se trata de un derecho *“especialmente resistente a todo propósito de encorsetar sus elementos básicos. Sea como fuere y al margen de las anteriores consideraciones, en la identificación de la libertad sindical que constituye el objeto de la protección privilegiada, es común entender que aquella engloba una dual protección, individual y colectiva”*.<sup>123</sup>

### **3.2.1.2. Huelga**

El Tribunal Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos una definición de la huelga además de algunas características, indicando por ejemplo que: *“es la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe previamente ser acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica – sin violencia sobre las personas o bienes – y con abandono del centro de trabajo ... mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores”*<sup>124</sup>.

### **3.2.1.3. Sustitución de trabajadores en huelga**

---

<sup>123</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Las conductas lesivas de la libertad sindical. Consejo Económico y Social – Colección Estudios. Primer Edición: febrero, 1994. Madrid, p. 39.

<sup>124</sup> STC 008-2005-PI/TC, Fundamento 40.

Respecto de este concepto, haremos mención a la definición que contempla el artículo 70° del reglamento de la LRCT, *“Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78° de la Ley, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el Decreto Legislativo N° 728, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio”*<sup>125</sup>. Conocemos de las dificultades que se han originado de esta regulación a raíz de la interpretación que señala que sólo se encontraría contenida en esta definición la sustitución de trabajadores vía contratación de nuevo personal (esquirolaje externo) y no comprendería a la sustitución producida a través del propio personal no huelguista de la empresa (esquirolaje interno). Conforme al desarrollo que se ha venido haciendo del tema, y conforme se ha podido apreciar de la doctrina y jurisprudencia referidas, podemos concluir que se deben entender incluidos en esta definición, tanto el esquirolaje externo como el interno.

Al respecto cabe recordar lo que Antonio Tapia Hermida señala: *“La sentencia objeto de comentario (se refiere a la STC 33/2011 de 28 de marzo, recurso de amparo núm. 6171-2004) trata de la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas, pertenecientes a la empresa y ya vinculados al empresario mediante un contrato de trabajo. Se acepta por aquella sentencia como verdad irrefutable el cuestionable parecer de que, si bien la conducta prevista en el artículo 6.5 del Real Decreto 17/1977, de 04 de marzo, se refiere únicamente a la sustitución externa de los huelguistas, sin embargo también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”*<sup>126</sup>

#### **3.2.1.4. Prácticas antisindicales**

<sup>125</sup> Artículo 70° del Decreto Supremo N° 011-92-TR (Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

<sup>126</sup> TAPIA HERMIDA, Antonio. “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”. RTSS, CEF, núms. 341-342, pp. 177-216.

Podríamos decir al respecto que se trata de aquellas conductas, generalmente originadas en el empleador o la organización de éstos, que buscan disminuir el derecho al libre ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores. Al respecto, Valdeolivas señala lo siguiente: “... el concepto de conducta antisindical o de antisindicalidad ha de encuadrar cualesquiera actuaciones de cualesquiera sujetos, públicos o privados, individuales o colectivos, susceptibles de lesionar los derechos de libertad sindical, ya sean de titularidad individual o colectiva. De este modo, se expresa un concepto que, como consecuencia de la generalidad de los elementos objetivo y subjetivo que lo definen, permite extender la protección de la libertad sindical frente a todo y a todos, asegurando un ejercicio pleno de cuantas facultades integran el derecho fundamental, mediante la represión y sanción de los comportamientos negadores de este”<sup>127</sup>. Es decir, resultan siendo aquellas conductas que buscan restringir la actividad de la organización sindical, que buscan controlar su actuación, la de sus representantes, afectando la organización de las actividades con la clara finalidad de eliminar los sindicatos. Aunque parezca un absurdo, una forma de conducta antisindical “legal” sería la dación del Decreto Ley N° 25593 (Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada), cuyo origen se remonta a una coyuntura en la que se consideraba a la organización de trabajadores como un obstáculo para el crecimiento del país, buscándose por ello desde el Gobierno el aniquilamiento de los sindicatos a través de esta norma que en su redacción original incluyó muchas restricciones y limitaciones a la actividad sindical. No obstante ello, hay que decir que estas restricciones se fueron eliminando como consecuencia de la intervención de la OIT, así como los pronunciamientos que el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT fueron emitiendo, lo que llevó a la aparición del TUO de la LRCT.

### **3.2.1.5. Inspección Laboral**

Y sobre este concepto, haremos la precisión en base a lo que la propia Ley de la materia señala: “*Inspección del Trabajo, es el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo*”<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. “Las conductas lesivas de la libertad sindical”. Consejo Económico y Social. Colección Estudios. Primer Edición: febrero 1994. Madrid, pp. 24.

<sup>128</sup> Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, artículo 1°

### 3.2.2. Normas aplicables en la investigación de conductas antisindicales en general.

La libertad sindical, como derecho general que engloba al derecho de huelga, constituye un derecho humano fundamental, siendo esa la valoración que la Organización Internacional del Trabajo le brinda, conjuntamente con el derecho de negociación colectiva. Estos derechos que normalmente son asociados a conductas abusivas, a paralizaciones infructuosas o a desórdenes en la vía pública, en realidad son conceptos que fortalecen la vida democrática de una sociedad, además de facilitar una mejor organización del mercado laboral y condiciones laborales más justas.

Así también tenemos los Tratados de Libre Comercio (TLC), los acuerdos comerciales bilaterales, multilaterales o los acuerdos de integración económica regional, que vienen incluyendo en sus regulaciones aquellas normas de contenido laboral y social, sin desconocerse a la libertad sindical, de asociación y a la negociación colectiva.

En el caso del Perú, en el año 2006 se suscribió el TLC con Estados Unidos, y es en este Tratado que se contemplan normas relacionadas a temas laborales, las cuales necesariamente comprometen al país y deben tenerse presente a efectos de no causar algún perjuicio en la aplicación del referido Tratado.

Respecto de los Tratados de Libre Comercio suscritos en los últimos años por el Perú, debe resaltarse que igualmente se ha suscrito uno con Canadá, en el cual existe el compromiso de velar por que los trabajadores cuenten con los derechos laborales ya mencionados, vinculados al derecho a asociarse, al ejercicio de la huelga, a la eliminación del trabajo forzoso así como las peores formas de trabajo infantil.

En este contexto, las inspecciones básicamente se rigen por el principio de legalidad, por lo cual se someten a la Constitución Política del Perú, leyes, reglamentos y demás normas aplicables, tal como a continuación se detalla:

- Constitución Política del Perú.
- Leyes y reglamentos aplicables.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- Convenios Internacionales de la OIT.

Podemos apreciar en este listado la aparición de declaraciones, pactos y convenios, todos instrumentos internacionales emitidos por los organismos internacionales y cuya particularidad es que dichos documentos contienen normas relativas a derechos y libertades que la Constitución reconoce y, en la medida que se trate de instrumentos ratificados por el Perú, la propia Constitución señala que, en aplicación de lo establecido en su artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce serán interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que el Perú haya ratificado sobre las mismas materias.

Respecto de los Convenios Internacionales de la OIT que se refieren a la libertad sindical, el Perú ha ratificado los siguientes:

- Convenio N° 87 – Sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación.
- Convenio N° 98 – Sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Y conforme lo señala el artículo 55º de la Constitución Política del Perú, estos pronunciamientos también forman parte de nuestra legislación nacional, siendo por ello de estricto cumplimiento.

La inspección laboral debe utilizar los Convenios Internacionales de la OIT porque se trata de normas internacionales vinculantes siempre que sean ratificadas, no obstante ello, los convenios que no reciban ratificación, aún así, cumplen una función informativa que puede servir como sustento para la defensa de algún derecho.

Al igual que el papel que cumplen los convenios, también resultan importantes los órganos de control de la OIT, es decir, estamos hablando de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones así como el Comité de Libertad Sindical, ambos organismos constituyen una importante fuente de interpretación de la cual se

puede valer también la inspección para sustentar una posición que busque proteger algún derecho laboral.

### 3.3. SUPUESTOS DE AFECTACIÓN VINCULADOS AL DERECHO DE HUELGA – SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES.

#### 3.3.1. Aspectos generales.

Tradicionalmente, la conducta de reacción de los empleadores frente a una medida de huelga, estuvo vinculada directamente a lo que se conocía como cierre patronal. Sin embargo, esta reacción con el transcurso de los años fue cambiando. Una de las razones que se dan para este cambio de actitud por parte de los empresarios es, que el interés de éstos frente a este tipo de conductas por parte de las organizaciones de trabajadores fue trasladándose hacia otro extremo, ya no simplemente a la decisión de acallar bajo cualquier costo el movimiento sindical, sino que se hizo necesario elaborar una estrategia que permita mantener la actividad productiva, porque finalmente, las empresas viven de eso, de los beneficios económicos que la producción trae consigo, de tal forma que si ésta viene a ser cancelada o se ve interrumpida, obviamente las utilidades de aquella empresa se verían seriamente mermadas<sup>129</sup>.

Y esta conducta descrita por parte de los empleadores es la evolución hacia una posición más reaccionaria frente a las medidas de conflicto adoptadas por los sindicatos. Esta nueva cara que muestran los empresarios en general responde a muchas variantes, por un lado la desaparición o disminución de la rigidez legislativa respecto de los derechos laborales, lo cual es producto de la presión ejercida por los organismos internacionales a efectos que los países vayan adecuando sus normativas a las exigencias impuestas por

---

<sup>129</sup> “Si bien en los primeros años de la década de los noventa el número de cierres no experimentó variaciones notables, manteniéndose dentro de niveles asimilables a los promedios de años anteriores, en esta etapa hacen su ingreso en los repertorios jurisprudenciales formas inéditas – o, en todo caso, poco utilizadas hasta entonces – de resistencia empresarial en los conflictos, las cuales terminarán en los años sucesivos por desplazar casi de forma absoluta al lock-out y erigirse en los instrumentos de auto tutela patronal por excelencia. Si algo llama la atención de estas novedosas formas de resistencia es, precisamente, su total falta de parentesco con la mayor parte de las que hasta el momento habían venido siendo consideradas como posibles medidas patronales de conflicto alternativas al cierre patronal. Estas no son, así, medidas defensivas de corte tradicional, del tipo de las “listas negras” o los “seguros anti huelgas”, pero tampoco decisiones empresariales que busquen ejercer presión sobre el sector laboral en forma indirecta, sin incidir sobre los bienes inmediatamente implicados en la situación de conflicto, como ocurre en el caso de la no colaboración, la supresión de ventajas voluntarias, la negativa a ofrecer horas extraordinarias, los cambios en la organización de la producción o en la política de personal o de retribuciones, etc.”. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los empresarios y el conflicto laboral”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 38 y 39.

los Convenios Internacionales, además, también por el proceso económico mundial, que pasa por el fenómeno de Globalización, por el cual las relaciones económicas son cada vez más inmediatas y están interconectadas, con lo cual los compromisos que una empresa pudiera haber asumido con empresas extranjeras lo obliga a mantener una capacidad productiva que le garantice continuar con dichas relaciones económicas, caso contrario ello afectaría seriamente el presupuesto económico ya vislumbrado para los próximos meses y su capacidad de competencia en el mercado, lo cual finalmente decide su tiempo de existencia. Frente a este riesgo, es evidente que frente a una medida de conflicto, el cierre de la empresa ya no es una respuesta lógica con sus propios intereses, todo lo contrario, la consigna generalmente resulta ser: “la actividad productiva no debe parar”, con lo cual empiezan a brotar las ideas acerca de cómo se puede hacer para que la producción no se vea afectada. Inclusive ante el ejercicio de una medida de conflicto como la huelga. Por lo tanto, esta necesidad de mantener un mayor control del proceso productivo y garantizar su efectividad, impone de manera casi lógica y natural un nuevo escenario de enfrentamiento ante los reclamos sindicales”, los cuales pueden verse inclusive como contrarios a los fines de la empresa.

### **3.3.2. Conductas antisindicales sancionadas por la inspección laboral relacionadas con la sustitución de trabajadores.**

Podríamos decir inicialmente que la conducta antisindical se vincula a toda aquella que interrumpa u obstaculice el ejercicio del derecho de libertad sindical. Por lo tanto, tratándose de conductas, estamos frente a personas quienes son las encargadas de materializar dichas actitudes. Con lo cual, la conducta antisindical propiamente dicha no necesariamente será realizada por el mismo empleador o empresario, sino que por lo general ésta se produce a través de aquellas personas encargadas de ejecutar las directivas emanadas de la propia gerencia. El hecho es, que en una situación de huelga, la conducta antisindical se materializa de diversas formas, afectándose el normal desenvolvimiento del ejercicio del derecho de huelga, con lo cual el resultado de dicha afectación asimila la situación reinante a una situación laboral, cercana o semejante, cotidiana, es decir, que producto de dichas acciones de parte del empresario, la situación deviene en una de casi normalidad, hecho éste que va en contra de la naturaleza de la huelga<sup>130</sup>. Es decir, la conducta anti huelguística busca principalmente impedir que la

---

<sup>130</sup>“La escisión entre una noción de la huelga esencialmente basada en la tutela de la subjetividad individual y colectiva que rehúsa trabajar y el objetivo que esta acción persigue ha dado pie a la proliferación de conductas empresariales que a través de diversos medios logran imponer la continuidad de la producción durante la huelga, haciendo que no se interrumpa la actividad empresarial a ningún precio, aunque éste sea

huelga, como medida de presión, produzca sus resultados típicos, ello a partir de la interrupción de la actividad productiva.

Tal como hemos venido describiendo a lo largo del presente trabajo, existen ordenamientos muy ricos en pronunciamientos judiciales al respecto, situación que varía respecto del ordenamiento peruano, sin embargo, venimos a resaltar ahora aquellas conductas que, producto de la calificación efectuada por la inspección laboral (en los casos ya descritos anteriormente) son las que regularmente vienen dándose por parte del empresariado peruano, debiendo tenerse en cuenta además que éstas conductas son las “conocidas” por la Autoridad de Trabajo, sin embargo podríamos pensar que existen muchas otras conductas que por diversas circunstancias no han llegado a conocerse en su oportunidad, lo cual habría que tener en cuenta.

Las conductas advertidas por la inspección laboral son las siguientes:

- La contratación de trabajadores, ya sea a través de empresas de intermediación o contratistas.
- La contratación de trabajadores, ya sea con anterioridad al inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- La rotación interna del personal no huelguista, a efectos de poderse cubrir los puestos vacantes dejados por los trabajadores huelguistas, pudiendo tratarse inclusive de empleados y funcionarios, que puede manifestarse antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- Esta rotación de puestos trae como consecuencia que el personal rotado (no huelguista) deje de lado las labores que normalmente viene ejecutando y que

---

precisamente la conculcación del derecho fundamental de huelga. La pervivencia de tales medidas y actos empresariales está sin embargo ligada a la fuerza que ejerce el carácter pre-democrático de nuestra legislación sobre huelga y a la interpretación de los tribunales de justicia que no sintonizan con las visiones más respetuosas del alcance y extensión del derecho de huelga que se pueden extraer de la doctrina mantenida por el TC y de las indicaciones de la legislación ordinaria integrada con ésta”. BAYLOS GRAU, Antonio. “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”. En: “Estudios sobre la huelga”. Editorial Bomarzo S.L. Albacete, 2005, pp. 97 y 98.

inclusive ocupe puestos o cargos distintos a aquellos para los cuales fue contratado (reasignación de funciones), para realizar las labores de los trabajadores en huelga.

- La reprogramación de turnos de trabajo del personal no huelguista, para lograr cubrir los turnos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas, la misma que se puede ejecutar incluso antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- La movilización de trabajadores de una misma empresa, de un centro de trabajo a otro distinto, lo que trae como consecuencia que se obliga al trabajador (no huelguista) a dejar el lugar habitual en el que desarrolla sus labores para trasladarse a otro distinto. Esta movilización puede darse antes del inicio de la medida de huelga (en busca de prever los efectos de la huelga) o en pleno ejercicio del derecho (para lograr atenuar sus efectos).
- La negativa en exhibir el Registro de Control de Asistencia cuando así lo requiere la inspección laboral, y ello porque en dicho documento pueden reflejarse los cambios de turnos de trabajo producidos con el fin de lograr cubrir los turnos dejados vacantes por los trabajadores huelguistas.
- El impedimento de ingreso de los inspectores laborales al centro de trabajo, a efectos que la inspección realice sus constataciones, básicamente el recorrido por las instalaciones del lugar y pueda determinar si se vienen produciendo actos que lesionen el derecho a la huelga de los trabajadores.

### **3.3.3. Inexistencia de alguna justificación para dichas conductas.**

De acuerdo a las conductas descritas anteriormente, que son aquellas realizadas por los empresarios en los casos presentados y detectadas por la inspección laboral, difícilmente se puedan sustentar en una razón válida, sin embargo, la dificultad se presentará cuando dichas conductas no se puedan detectar de una forma clara, por lo tanto ante estos casos se hace necesario que el inspector determine fehacientemente que cualquiera de estas conductas u otras no señaladas tienen como objetivo central la afectación de la libertad sindical, reflejadas directamente en la negativa en aceptar libremente el ejercicio del derecho de huelga.

En la medida en que se pueda establecer esta relación de afectación, la verificación efectuada guardará todos los requisitos necesarios para una correcta calificación de la infracción al derecho.

### **3.4. LA INVESTIGACIÓN DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE HUELGA REFERIDAS A LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES.**

#### **3.4.1. Revisión del caso concreto.**

Las denuncias referidas a la posibilidad de afectación al derecho de huelga a través de la sustitución de trabajadores trae por lo general la indicación precisa de las situaciones y conductas que se vienen desarrollando al interior del centro de trabajo. Esta información es brindada por la organización sindical, principal interesada en que se determine el ejercicio de aquellas conductas infractoras. Por lo tanto es necesario recabar en este extremo información referida al caso concreto:

- Determinación del centro o centros de trabajo en los que se viene ejecutando la medida de paralización.
- Número de trabajadores de la empresa, relación de trabajadores sindicalizados, cargo que desempeñan, tipo de contratación y precisión de todos los involucrados en la medida de paralización.
- Sector o sectores de la empresa en los cuales se viene ejecutando la paralización de labores.
- Fecha en que se dio inicio a la medida de paralización.
- Turnos de trabajo involucrados en la medida de paralización.
- Acciones o conductas desarrolladas por el empleador en días previos a la medida de paralización: existencia de comunicaciones, ya sea dirigidas a la organización sindical directamente o a los trabajadores de la empresa en general, amonestaciones, sanciones, llamadas de atención, etc.

### **3.4.2. Modo de afrontar las investigaciones.**

Con la información preliminar antes señalada, la inspección será dirigida a la empresa a efectos de determinar si se vienen manifestando conductas por parte del empleador que vienen impidiendo el libre ejercicio de la medida de huelga y, por otro lado, si se vienen dando acciones que buscan causar perjuicio al libre ejercicio de este derecho, impidiendo que surta los efectos esperados.

Por supuesto que necesariamente se tiene que establecer una conexión entre la conducta del empleador y las consecuencias negativas del ejercicio del derecho de huelga, toda vez que resulta posible que los efectos de la huelga no sean los esperados, es decir, que las labores de la empresa continúen desarrollándose de manera normal o casi normal, sin embargo ello pudiera ser producto de la asistencia regular de los trabajadores a laborar, con lo cual podríamos concluir en que todos o no todos los trabajadores decidieron ejercer su derecho a la huelga. Por ello es necesario establecer un vínculo entre la conducta desarrollada por el empresario y los resultados de la paralización.

La estrategia preliminar debe consistir por tanto, en tener claro qué es lo que se va a investigar, a dónde apunta la investigación que se inicia a través de la visita al centro de trabajo, la misma que deberá programarse, de acuerdo a las circunstancias, en diferentes turnos, pues resulta posible que, si bien es cierto en determinado turno la paralización se viene ejecutando de manera normal, las actividades se restablezcan en horarios distintos por acción directa del empleador.

Por otro lado, se determinará la actuación de uno o varios inspectores de acuerdo a la envergadura de la empresa a visitar o de los centros de trabajo involucrados, a efectos de realizar una investigación certera de los hechos que vienen aconteciendo.

### **3.4.3. Desarrollo de las actuaciones inspectivas.**

Así establecido, la inspección se desarrollará de la manera siguiente:

- Evaluación de toda la información que previamente se ha podido recopilar de la empresa que será visitada, a efectos de iniciar las investigaciones teniendo de antemano conocimiento de lo que se podría encontrar.
- Programación de la visita de inspección, en día y hora que no sea de conocimiento de la empresa, a efectos de evitar que ésta busque modificar algunos hechos vinculados a conductas dirigidas a evitar el libre ejercicio del derecho de huelga.
- Al inicio de la inspección, convocar a representantes de la organización sindical, toda vez que éstos son los que mejor conocen de la situación que viene sucediendo en la empresa y además saben perfectamente los sectores de la empresa en que se viene ejerciendo la paralización de labores, así como pudieran tener conocimiento del personal de cada área.
- Solicitarse los registros de asistencia del personal, a efectos de poder verificar cómo se ha desarrollado la asistencia en el día de la visita, así como, quiénes son aquellos trabajadores que han ido a laborar normalmente.
- Efectuar el recorrido por las áreas que se ven afectadas por la medida de paralización, toda vez que esta constatación es el centro de la investigación. En ella el inspector deberá desplegar todas las habilidades a efectos de determinar si la paralización se viene ejecutando sin ninguna interrupción. Aquí será igualmente importante la entrevista a los trabajadores (no huelguista), si hubieran, que se encuentren laborando, sobre todo en las áreas en que se viene realizando la medida de huelga. Si fuera necesario, el inspector podrá requerir que las entrevistas se hagan de manera reservada, a efectos de salvaguardar la veracidad de los hechos que vienen sucediendo. Resulta muy común que ante la presencia de los representantes del empleador, los trabajadores se sientan amenazados o amedrentados en declarar libremente sobre cualquier hecho que crean importante relatar, por ello la necesidad de guardar la mayor reserva sobre dichas manifestaciones.
- Podría decirse que en este tipo de visitas, la actuación principal a desarrollar por los inspectores de trabajo es la visita en el centro de trabajo, quedando relegada en importancia la exhibición de documentación, porque la sustitución de trabajadores frente a una medida de huelga debe apreciarse en los hechos, por lo tanto es una verificación de hechos objetivos que sustentarán la existencia o no de la vulneración del derecho de huelga a través del esquirolaje.

- Si en el transcurso de la visita en las áreas del centro de trabajo en donde existen trabajadores ausentes producto del ejercicio de huelga, se encontrase a personal que viene laborando en dichas actividades, de inmediato se requiere realizar las entrevistas del caso, a efectos de recabar información respecto de: datos personales completos, fecha de ingreso, existencia o no de contrato de trabajo, área en la cual desempeña sus labores, si estuviera trabajando en un puesto que no le corresponde habitualmente preguntar sobre las razones que justifiquen dicho cambio, si tiene conocimiento de la medida de paralización decretada por la organización sindical, su jornada habitual de trabajo y la que viene cumpliendo a raíz del cambio de puesto de trabajo, si recibió alguna promesa de pago adicional por las labores que realizaría distintas a las habituales, en el caso que se trate de un trabajador recién contratado, se preguntará si tiene conocimiento real de la empresa para la cual viene prestando servicios, para qué labores fue contratado, si tenía conocimiento de la medida de paralización, si tiene conocimientos de las labores ejecutadas, si viene laborando en la jornada que le corresponde, y toda aquella información que tenga alguna vinculación con la investigación.
- Si en esta búsqueda se llega a determinar que la conducta desplegada por el empleador ha buscado debilitar o eliminar los efectos de la huelga, la inspección, llegada la estación pertinente en el procedimiento, requerirá a la empresa inspeccionada para que cese en la ejecución de aquellas conductas observadas, pudiendo aplicarse la multa correspondiente de acuerdo a la escala de multas que el reglamento de inspecciones precisa en su artículo 48º toda vez que la afectación al derecho de huelga ya se habría producido.
- En esta búsqueda de información e investigación desplegada por los inspectores de trabajo, resulta indispensable la participación de la organización sindical, tanto al inicio facilitando toda la información que el inspector requiere, como en el transcurso de las investigaciones, a efectos de lograrse que la inspección pueda develar, inclusive, aquellas conductas y situaciones que traten de ocultarse.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.-** La huelga es un instrumento de presión que las organizaciones sindicales utilizan en el intento de reducir el desequilibrio natural existente entre el empleador y los trabajadores y en la búsqueda de conseguir los mayores beneficios de acuerdo a los intereses planteados.

**SEGUNDO.-** La legislación actual que regula en nuestro país las relaciones entre empleadores y trabajadores (Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 25593 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-92-TR), requiere de una modernización urgente que busque reposicionar a la huelga en el ámbito de las relaciones laborales, tanto para ampliar la conceptualización de la huelga como para incluir expresamente la prohibición de cualquier actuación del empleador que busque limitar los alcances de una huelga legal.

**TERCERO.-** Siendo la huelga un instrumento de presión por el cual los trabajadores buscan provocar una afectación a los intereses de su empleador ante la existencia de un conflicto de intereses, queda claro que la sustitución de los trabajadores en huelga, ya sea con personal interno, contratado o de terceros, disminuirá sus efectos. Por lo tanto, toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida. Este criterio se impone hoy con mayor sustento si tenemos en cuenta el pronunciamiento judicial emitido por el Juzgado de Trabajo Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, además de los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo y los ejemplos claros proporcionados por la jurisprudencia extranjera, todos los cuales vienen estableciendo casi uniformemente la ilegalidad tanto del esquirolaje externo como del interno.

**CUARTO.-** Entonces, debemos entender el esquirolaje como “todo reemplazo en el puesto de trabajo de un trabajador huelguista que se produzca en el marco del ejercicio de una medida de huelga, por decisión directa o indirecta del empleador, entendiéndose como indirecta a aquellas decisiones adoptadas por personal vinculado al empleador o sujeto a su subordinación, con el ánimo de reducir o eliminar los efectos de la medida”. Y es que debe entenderse al esquirolaje de manera general y amplia, porque las afectaciones pueden darse como ya hemos visto de múltiples maneras, ya sea con la contratación de trabajadores (esquirolaje externo) o con la redistribución de puestos de

trabajo al interior de la empresa (esquirolaje interno), provocándose finalmente, ya sea a través de una u otra medida, la afectación total o parcial de los efectos naturales de la medida de huelga, perjudicándose así los intereses de los trabajadores.

**QUINTO.-** Si bien es cierto el empleador goza de las facultades del ius variandi, facultad de dirección o movilización interna de sus personal, su ejercicio se encuentra limitado a situaciones especiales, de fuerza mayor, imprevisibles o que escapan a la normalidad de las cosas, de tal forma que el ejercicio legítimo del derecho de huelga no validaría el uso de dichas facultades, más aún si con ello se pretende restar intensidad a los efectos que la huelga produce.

**SEXTO.-** La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contiene las normas que prohíben el esquirolaje en situaciones de huelga, debiendo entenderse que se encuentra incluida en esta prohibición, no sólo el esquirolaje externo sino también el interno. Desde el año 2008 se registran los primeros criterios administrativos que condenan el esquirolaje interno y, desde fines del 2011 comenzaron las inspecciones de trabajo a considerar, con mayor intensidad, al esquirolaje interno como una actuación irregular del empleador que busca enervar los efectos de la huelga: estamos probablemente ante la forma de control más relevante de la inspección laboral en materia colectiva sobre el empleador.

**SÉTIMO.-** A pesar del pronunciamiento judicial mencionado que guarda una gran importancia por los efectos que pudiera traer consigo, debe destacarse la labor que cumple la inspección laboral, la misma que viene emitiendo pronunciamientos administrativos a través de los cuales se ha venido llenando el vacío dejado en la legislación respecto de lo que se debe entender como esquirolaje en huelga. Y es que es en esta vía administrativa donde con mayor frecuencia se vienen apreciando y discutiendo los alcances del esquirolaje y las conductas por parte del empleador a través de las cuales se busca limitar los efectos de la huelga.

**OCTAVO.-** La casuística administrativa compartida en este trabajo referida a los casos de esquirolaje presentados en la inspección de trabajo, nos ayudan a ir estableciendo cuáles son las conductas más frecuentes desarrolladas por el empleador con el ánimo de buscar minimizar los efectos de la huelga. De igual forma, hemos encontrado en la jurisprudencia extranjera (española y chilena) una serie de elementos y conductas a tener en cuenta de posibles situaciones que podrían presentarse en algún momento en nuestro medio.

**NOVENO.-** La Autoridad Administrativa de Trabajo viene dando un cambio en su forma de evaluar los casos de legalidad o ilegalidad de las huelgas presentadas, lo cual se nota claramente de las estadísticas que el propio Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo viene publicando. Esto responde a un ánimo de reconocer la verdadera importancia del derecho de huelga, provocando ello la disminución en la rigurosidad con que venían dándose estas evaluaciones, mostrándose con ello que la huelga viene asumiendo un rol más trascendente en la negociación colectiva.

**DÉCIMO.-** En esta evaluación de las conductas desplegadas por el empleador, resulta necesario tener en cuenta la diferencia existente entre el “esquirol” y el “no huelguista”, donde el primero comete una afectación al derecho de huelga pero desde “fuera”, mientras que el segundo es un trabajador que no se ha plegado a la medida de conflicto y desea continuar trabajando, y sobre el cual se cuestiona si puede llegar a utilizarse como un “sustituto interno”.

**DÉCIMO PRIMERO.-** El derecho de los “no huelguistas” se encuentra protegido respecto de su decisión de no participar en el conflicto; sin embargo, dicha protección se desvanece cuando lo que buscan es disminuir la eficacia de la medida de presión laboral. Es decir, estaríamos hablando de la libertad de trabajo ejercida por estos trabajadores, quienes deciden a pesar de la medida de conflicto adoptada, seguir laborando con normalidad, siendo este derecho debidamente protegido; no obstante, la protección de la que hablamos desaparece cuando la decisión de dichos trabajadores “no huelguistas”, de “no” apoyar la medida de huelga y continuar laborando, ayuda a reducir o eliminar los efectos de la huelga, pudiendo ser esta conducta impuesta por el propio empleador a través de su facultad de dirección o adoptada voluntariamente por cada uno de estos trabajadores.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** No es posible establecer una mayor gravedad de afectación del esquirolaje externo sobre el interno, más aún si consideramos que el esquirolaje interno pudiera ser más difícil de advertir, toda vez que un “no huelguista” puede llegar a ser fácilmente camuflado entre los demás trabajadores. Este es el reto que se impone a la inspección laboral de llegar a detectar aquellos casos en los que inclusive la empresa se ve favorecida de la actitud, voluntaria o no, de los “no huelguistas”.

**DÉCIMO TERCERO.-** Cuando nos encontramos frente a una huelga declarada “ilegal”, se debe considerar que el empleador no está obligado a soportarla, por el contrario,

cuenta con todo el respaldo legal para reaccionar ante ella y buscar eliminar sus efectos. Esta medida será adoptada por el empleador siempre que las actividades en el centro de trabajo no se desarrollen con normalidad a raíz de la posible ausencia a laborar de los trabajadores huelguistas; será en este caso en que el empleador, a partir de la declaración de ilegalidad, podrá decidir la contratación de nuevo personal o la redistribución de los puestos de trabajo entre aquellos trabajadores que asistan a trabajar con normalidad.

**DÉCIMO CUARTO.-** Se debe tratar de distinguir entre aquellos supuestos en los cuales el “no huelguista” se limita a realizar sus labores cotidianas y aquellos otros en los que actúa sustituyendo la actividad dejada de realizar por el huelguista. Sin embargo, en este último supuesto, no habría diferenciación con la conducta desplegada por el esquirol contratado.

**DÉCIMO QUINTO.-** En definitiva, consideramos que el ejercicio de la huelga, en tanto derecho fundamental que importa una presión colectiva de trabajadores, no puede ser menoscabado con el ejercicio de la libertad de empresa del empleador en reorganizar los procesos internos para afrontar la paralización ni tampoco por la libertad de trabajo de los trabajadores que optan por trabajar ni plegarse a la huelga. En este escenario, la inspección del trabajo juega un rol trascendental para detectar las conductas del empleador que permitan demostrar las maniobras con las que busca enervar los efectos de una huelga.

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS Y REVISTAS.

ANUARIO DE LOS AÑOS 2005, 2008, 2009 Y 2010. Oficina De Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

ARCE ORTIZ, Elmer. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “Libro Homenaje a Javier Neves Mujica”. Edit. Grijley, 2009

BASADRE, Jorge: Perú: problema y posibilidad – BIP – Lima.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en VV.AA. (BAYLOS GRAU, A. coordinador), “Estudios sobre la huelga”, Ed. Bomarzo, Albacete, 1ª edición, 2005.

BAYLOS GRAU, Antonio. “Sindicalismo y Derecho Sindical”, Editorial Bomarzo, Cuarta Edición, Albacete 2002.

BLANCH RIBAS, Josep M., ESPUNY TOMAS, María Jesús y GALA DURAN, Carolina, “Teoría de las Relaciones Laborales – Desafíos”, Editorial UOC, abril 2003

BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Documento de Trabajo N° 124 de la Oficina Internacional del Trabajo. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, 2000.

BOZA PRO, Guillermo. “La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 05 de enero de 2006)”. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Publicación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Editorial Jurídica Grijley, 2008.

BOZA PRÓ, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Fondo Editorial PUCP Lima, Febrero 2011.

CAVAS MARTINEZ, F., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al “ius variandi” empresarial”, La Ley, Tomo II, 1993.

COUTURE, Eduardo J. y PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “La huelga en el derecho uruguayo”, Montevideo, MBA, 1951.

CRUZ VILLALÓN, J. “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, Madrid (MTSS), 1983.

CURY URZUA, Enrique. “La ley penal en blanco”. Temis, Bogotá, 1988.

DAUBLER, Wolfgang. “Derecho del Trabajo”. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

DE LA JARA, Ernesto, "Derecho de Huelga en el Perú: Dos modelos normativos en debate", IDL, 1986.

DIÉGUEZ, Gonzalo. "Esquirolaje interno y otras cuestiones. Comentario a la sentencia de Cassazione italiana n. 20164 de 26 setiembre 2007" (pro manuscrito, 2008).

DIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, OFICIO CIRCULAR N° 059-2011-MTPE/2/16.

ERMIDA URIARTE, Oscar. "Apuntes sobre la huelga" Ed. FCU, Montevideo, 2da. Ed. 1996.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga". En: Temas Laborales, núm. 116/2012.

FERRANDO GARCÍA, Francisco. Un Nuevo Avance en la Doctrina Constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto "anestésico" de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga. En: Revista de Derecho Social, N° 54, Albacete, España: 2011. ISSN: 1138-8692.

GAMONAL, Sergio, UGARTE José Luis, WASS, Bernd y CASALE, Giuseppe. Presente y futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 25-28.09.2012, Abeledo Perrot, 2012.

GARCÍA NINET, José Ignacio y GARCÍA VIÑA, Jordi. Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno, así como sobre ciertas medidas empresariales para reducir los efectos de la huelga.

GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, "Los principios de la OIT sobre el derecho de huelga", en Revista Internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), núm. 4, OIT, Ginebra, pp. 475/6.

GIUGNI, Gino. "Derecho Sindical". Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.

GONZALES BIEDMA, T. Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa, Madrid (Civitas), 1994.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2008.

INFORME N° 241 del Comité de Libertad Sindical, 1985.

INFORME N° 371 del Comité de Libertad Sindical, 2014.

MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, Madrid (Tecnos), 1997.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública a través de la jurisprudencia del tribunal Constitucional". En: Palestra del Tribunal Constitucional. Año 1. N° 7 (julio de 2006).

NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Colectivo del Trabajo". Material Inédito. En: AA.VV. Selección de textos del curso de Derecho Laboral General. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

OBSERVACIÓN (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100ª reunión CIT (2011) – Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) – Perú (Ratificación: 1960).

OIT, 1994a. Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 4B) a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1994). Ginebra.

OIT, 2006a. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Quinta edición (revisada). Ginebra.

OIT, COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE NORMAS Y RECOMENDACIONES, INFORME III, 2008, Chile.

OJEDA AVILES, Antonio. "Derecho Sindical", Edit. Tecnos, 8ª edición, 1980.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, "Derecho del trabajo e ideología", 5ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1975.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "Derecho Sindical Español", Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1988.

PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., Derecho del Trabajo, Madrid (Ceura), 1997.

PÉREZ REY, Joaquín. "El enfrentamiento entre Huelga y Derecho" El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo (a propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril), Revista: Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 11/1981 DEL 08 DE ABRIL (RTC 1981, 11).

RAMOS QUINTANA, Margarita. "El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio Colectivo)". Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.

RECOPIACIÓN DE DECISIONES Y PRINCIPIOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT, 5ª EDICIÓN, 2006. OIT.

SALA FRANCO, T. Problemas jurídicos del trabajador "no huelguista". Actualidad Laboral, Tomo I, 1984.

SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. "Derecho Sindical". Tirant lo Blanch, Valencia 2003, 9ª edición.

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. "Introducción al Derecho Internacional Humanitario", Idehpucp/CICR, Lima 2004.

SAMPEDRO CORRAL, J., "Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y la responsabilidad derivada de su ejercicio", Estudios sobre la huelga, Madrid (Acarl), 1992.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los empresarios y el conflicto laboral”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El nuevo rostro de las medidas de autotela patronal, Revista: Derecho Laboral, vol. 50, nº 225 (ene/mar 2007).

SANTANA GÓMEZ, Antonio. El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas. Editorial Civitas S.A., primera edición, 1993.

SIERRA HERRERO, Alfredo. Nueva Justicia Laboral y el reemplazo en la huelga. Revista de Derecho / Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. (Coquimbo, Chile). Año 17, Nº.1 (2010).

SINAY, Helène, “La Grève”, en CAMERLYNCK, G. H. (director), “Tratado de Derecho del Trabajo”, ed. Dalloz, París, 1966.

SOLÁ MONELLS, Xavier y MARTÍNEZ FONS, Daniel, Cambios en las relaciones de trabajo y derecho de huelga, Fundación Alternativas, 2007.

TAPIA HERMIDA, Antonio. “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”. En: Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social.

TOLEDO, César. Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, Nº 01. 2007.

UGAZ OLIVARES, Mario. La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: El arbitraje potestativo. Ponencia presentada en el V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 24 al 26 de octubre de 2012. Primera edición. Edit. El Búho.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Las conductas lesivas de la libertad sindical. Consejo Económico y Social – Colección Estudios. Primer Edición: febrero, 1994. Madrid.

VAN DER LAAT, Bernardo, “Conflictos colectivos, huelga y paro patronal”, en AA.VV El Derecho Sindical en América Latina, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y ESTEBAN DELGADO, Sara, “La conflictividad laboral y social peruana en los dorados años del crecimiento económico”. En: Revista Derecho Social-Latinoamérica. Nros. 4-5. Año 2009.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “La Libertad Sindical en el Perú: Límites, Alcances y Regulación”, Editorial Plades, Lima, 2010.

VILAVICENCIO, Alfredo & TOSTES, Marta. “Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú”. En: Revista de la Facultad de Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, Nº 68, 2012.

WALDECK-ROUSSEAU, En Bouere, Le droit de grève.

## **LEGISLACIÓN.**

CONSTITUCIÓN DE CHILE.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE.

COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, Informe 279, caso núm. 1566.

COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, OIT. Segundo Informe, 1952, caso número 28.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993.

CONVENIO N° 87 DE LA OIT.

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. REAL DECRETO LEY 17/1977 DE 4 DE MARZO.

LEY N° 28806 – LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO - DECRETO SUPREMO N° 019-2006-TR.

LEY N° 13.720 COMISIÓN DE PRODUCTIVIDAD, PRECIOS E INGRESOS – URUGUAY.

REGLAMENTO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO - Decreto Supremo N° 011-92-TR.

TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO – Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

## **JURISPRUDENCIA.**

SENTENCIA DEL JUZGADO DE TRABAJO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (EXPEDIENTE N° 00721-2013-0-0401-JR-LA-05).

STC (ESPAÑA) N° 66/2002 DE 21 DE MARZO (RTC 2002,66).

STC 123/1992 (ESPAÑA), DEL 28 DE SETIEMBRE (RTC 1992, 123).

STC 123/1992, DE 28 DE SETIEMBRE DE 1992.

STC EXPEDIENTE N° 1124-2001-AA/TC.

STC EXPEDIENTE N° 008-2005-PI/TC.

STC N° 008-2005-PI/TC.

STSJ DE ARAGÓN, SALA DE LO SOCIAL, DE 6 DE OCTUBRE DE 2010.

STSJ DE GALICIA, SALA DE LO SOCIAL, DE 31 DE MARZO DE 2004.

STSJ DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL, DE 22 DE MAYO DE 2009.

STSJ DEL PAÍS VASCO, SALA DE LO SOCIAL, DE 3 DE DICIEMBRE DE 2002.

