

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

**Impacto de la regulación sobre servicios mínimos en la efectividad del
derecho de huelga en el ámbito del sector privado, Perú, 2014-2019**

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

AUTOR

Gary Milton Canchaya Fernández

ASESOR

César Augusto Lengua Apolaya

Agosto, 2021

RESUMEN

El análisis de las comunicaciones de huelga del sector privado y de alcance nacional presentadas durante el periodo 2014-2019 refleja que el principal motivo para que la Autoridad Administrativa de Trabajo declare su improcedencia es la inobservancia al requisito de la nómina para servicios mínimos. A partir de ello, el objetivo de la presente tesis es determinar en qué medida la intervención del Estado en la regulación de los servicios mínimos impacta en el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú. Así, lejos de sostener que la afectación al ejercicio efectivo del derecho de huelga se asienta en la actuación del órgano calificador, se concluye que la dificultad para el cumplimiento de este requisito radica en el margen de discrecionalidad que admite la normatividad de los servicios mínimos, el doble control que se impone a la nómina, y la ausencia de reglas sobre la determinación del ámbito objetivo y subjetivo de los servicios mínimos. Esta situación deja en evidencia no solo las reales posibilidades que tienen las organizaciones sindicales para ejercer de manera efectiva el derecho de huelga, sino la vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores por efecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto al poder sancionador del empleador ante las inasistencias derivadas de la comunicación de huelga declarada improcedente. De este modo, el autor propone (i) reestructurar el doble control de los servicios mínimos, (ii) añadir reglas para cubrir el vacío normativo referente a las técnicas de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, (iii) dotar claridad a la obligación legal de garantizar los servicios mínimos, y (iv) establecer criterios que coadyuven a las organizaciones sindicales a confeccionar la nómina para los servicios mínimos, según su ámbito de representación.

Palabras clave: *huelga, servicios mínimos, divergencia, potestad sancionadora, actividades indispensables, servicios esenciales.*

ABSTRACT

The analysis of the strike communications from the private sector and of national scope presented during the 2014-2019 period reflects that the main reason for the Labor Administrative Authority to declare their inadmissibility is the non-observance of the minimum service payroll requirement. Based on this, the objective of this thesis is to determine to what extent the intervention of the State in the regulation of minimum services impacts on the effective exercise of the right to strike in Peru. Thus, far from sustaining that the effect on the effective exercise of the right to strike is based on the performance of the qualifying body, it is concluded that the difficulty in complying with this requirement lies in the margin of discretion that the minimum services regulations allow, the double control that is imposed on the payroll, and the absence of rules on the determination of the objective and subjective scope of the minimum services. This situation reveals not only the real possibilities that trade union organizations have to effectively exercise the right to strike, but also the vulnerability in which workers find themselves as a result of the position assumed by the Constitutional Court and the Supreme Court regarding to the sanctioning power of the employer in the event of absences derived from the communication of a strike declared inadmissible. In this way, the author proposes (i) restructuring the double control of minimum services, (ii) adding rules to cover the regulatory gap regarding the techniques for determining the target scope of minimum services, (iii) providing clarity to the legal obligation to guarantee minimum services, and (iv) establish criteria that help union organizations to prepare the payroll for minimum services, according to their scope of representation.

Keywords: *strike, minimum services, divergence, sanctioning power, essential activities, essential services.*

AGRADECIMIENTO

La culminación de este trabajo de investigación ha sido posible gracias a mi asesor César Lengua Apolaya, por su acompañamiento en todo el proceso de investigación y sus valiosos aportes; a mis padres, Rolando y Marlene, quienes con sus enseñanzas me formaron para la vida, a mis hermanas, Erika y Denis, por su apoyo incondicional, a mi sobrina Sofía, por haber estado allí regalándome su sonrisa y alegría; a Lesly Ayala, por ser la inspiración, soporte y amor de mi vida; y, finalmente, a Ray Chipana, Lisset García y Jessenia Meza, por la colaboración académica.



ÍNDICE

	Pág.
Resumen	2
Índice	5
Lista de tablas	9
Lista de figuras	10
Introducción	12
Capítulo I Anotaciones preliminares	14
1.1. La intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo y en el conflicto colectivo: la huelga.	14
1.2. Precisión terminológica: ¿qué se entiende por efectividad y eficacia del derecho de huelga?	20
1.3. Necesaria delimitación del ámbito de estudio:	29
1.3.1. Ámbito de estudio en relación a la aplicación directa del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.	29
1.3.2. Ámbito de estudio en relación al alcance del ejercicio del derecho de huelga.	31
1.3.3. Ámbito de estudio en relación al periodo de huelgas comunicadas a la Autoridad Administrativa de Trabajo.	34
1.4. Radiografía del ejercicio efectivo del derecho de huelga en el ámbito del sector privado, Perú 2014-2019.	35
Capítulo II Los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú.	49
2.1. Servicios esenciales: una cuestión de concepto en la disciplina del Derecho.	49
2.2. La configuración normativa de los servicios mínimos en el Perú.	55
2.2.1. La regulación del contenido de los servicios mínimos.	57

2.2.2.	La regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.	69
2.2.3.	La regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos: ¿Quién cubre los servicios mínimos?	83
2.2.4.	El doble control estatal sobre el ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos.	85
2.2.4.1.	La calificación al ejercicio del derecho de huelga.	88
2.2.4.2.	La calificación al cumplimiento de la normatividad sobre los servicios mínimos.	95
2.3	La aplicación de la normatividad peruana respecto de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga.	98
2.3.1.	Los pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo.	98
2.3.2.	Las posiciones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre dos materias relacionadas al ejercicio del derecho de huelga.	106
2.3.2.1.	La potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo derivadas del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente.	108
2.3.2.2.	La determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga.	126
Capítulo III. Propuestas para el ejercicio efectivo del derecho de huelga y la garantía en la prestación de los servicios mínimos.		140
3.1.	La titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga en el Perú: análisis y perspectivas.	141
3.1.1.	Imparcialidad y discrecionalidad del órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga.	142

3.1.2.	Análisis sobre la Autoridad Administrativa de Trabajo como órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga en el Perú.	146
3.2.	El doble control de los servicios mínimos: necesaria reestructuración.	150
3.2.1.	Propuestas sobre la pertinencia del control a la nómina de trabajadores y la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos.	151
3.2.2.	Precisiones sobre el control de ilegalidad en relación a la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos.	156
3.3.	Sobre las reglas para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos: cuestiones pendientes.	159
3.3.1.	Precisiones en torno a la determinación por la voluntad unilateral del empleador.	159
3.3.2.	Precisiones en torno al alcance del acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organización sindical sobre los servicios mínimos.	164
3.3.3.	Precisiones en torno a la determinación sobre los servicios mínimos por decisión heterónoma (divergencia).	167
3.4.	Reglas sobre la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos: necesaria precisión.	172
3.4.1.	Reglas para evitar una interpretación perversa del artículo 82 del TUO de la LRCT.	173
3.4.2.	Criterios para confeccionar la nómina de trabajadores que cubran los servicios mínimos.	177
3.5.	Sobre la relación entre la inasistencia injustificada por el ejercicio del derecho de huelga y la potestad sancionadora del empleador.	187
3.6.	Consideraciones finales.	193
	Conclusiones	197

Bibliografía	199
Anexos	206
Anexo 1: “Formato obligatorio de comunicación de servicios mínimos”	207
Anexo 2: “Formato obligatorio de divergencia”	209
Anexo 3: “Formato obligatorio de resumen para determinación de servicios mínimos”	211



LISTA DE TABLAS

Tabla 1:	Criterios para determinar el alcance de la controversia	33
Tabla 2:	Autoridad Administrativa de Trabajo competente según alcance de la controversia	34
Tabla 3:	Normatividad para la comunicación del ejercicio del derecho de huelga	38
Tabla 4:	Condiciones y requisitos para la comunicación del ejercicio de derecho de huelga	40
Tabla 5:	Ámbito objetivo de los servicios mínimos	70
Tabla 6:	Posturas del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora del empleador	109
Tabla 7:	Posturas del Poder Judicial sobre la potestad sancionadora del empleador	117
Tabla 8:	Posturas del Tribunal Constitucional sobre la determinación subjetiva de los servicios mínimos en caso de huelga	126
Tabla 9:	Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato mayoritario	184
Tabla 10:	Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato minoritario	187

LISTA DE FIGURAS

Figura 1:	Escenarios respecto a la efectividad y eficacia del derecho de petición	25
Figura 2:	Número de huelgas comunicadas a la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019, según su calificación	36
Figura 3:	Porcentaje de huelgas declaradas procedentes por la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019	37
Figura 4:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2014	41
Figura 5:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2015	41
Figura 6:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2016	42
Figura 7:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2017	42
Figura 8:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2018	43
Figura 9:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2019	43
Figura 10:	Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019	44
Figura 11:	Número de incumplimientos de condiciones presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019	44
Figura 12:	Número de incumplimientos de requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019	46

Figura 13:	Evolución del nivel de incumplimiento del requisito de la “nómina para servicios mínimos”, según resoluciones que declararon improcedencia de huelgas comunicadas, periodo 2014-2019	47
Figura 14:	Línea de tiempo en el Expediente 2865-2010-PA/TC	112
Figura 15:	Supuestos de ilegalidad vinculados a los servicios mínimos	157
Figura 16:	Decisión de huelga: sindicato mayoritario	179
Figura 17:	Decisión de huelga: sindicato minoritario	185



INTRODUCCIÓN

La intervención normativa del Estado en el derecho de huelga se manifiesta a través de la emisión de reglas que condicionan o perfilan su ejercicio, ello con el objeto de que el ejercicio del derecho de huelga se desenvuelva en armonía con el interés social, según lo previsto en el inciso c) del artículo 28 de la Constitución Política del Perú. De esta manera, el reconocimiento que ofrece el Estado a la huelga como derecho se activa siempre que su ejercicio se adecúe a los confines del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ¿a qué tipo de intervención se alude? y ¿qué indicadores permitirían medir el vínculo de dicha intervención en el ejercicio del derecho de huelga? son algunas interrogantes que deberían abordarse con anterioridad a reportar una valoración respecto a la intervención que realiza el Estado peruano en el ejercicio del derecho de huelga.

Considerando lo anterior, el objetivo del presente trabajo de investigación es determinar en qué medida la intervención del Estado en la regulación de los servicios mínimos impacta en el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú, correspondiente al sector privado, evidenciando las reales posibilidades que tendrían las organizaciones sindicales para observar las reglas previstas en el ordenamiento jurídico.

Para tal fin, la tesis se ha estructurado en tres (3) capítulos:

El primer capítulo desarrolla anotaciones preliminares respecto a la intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo y en el conflicto colectivo, precisando qué se entiende por la efectividad y eficacia del derecho de huelga y delimitando el ámbito de estudio. De igual modo, se presenta una radiografía del ejercicio del derecho de huelga en el Perú durante el periodo 2014-2019, correspondiente al ámbito del sector privado, información estadística que ha sido construida a partir de

pronunciamientos emitidos por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

A consecuencia de extracción de premisas identificadas en el primer capítulo, en el segundo capítulo se indaga sobre la regulación de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú. Para ello, se expone la configuración normativa de los servicios mínimos y se analiza cómo la Autoridad Administrativa de Trabajo y los órganos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional y Poder Judicial) han aplicado la normatividad de los servicios mínimos, a propósito del ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Con la identificación de las cuestiones problemáticas que se exponen en el segundo capítulo, en el tercer capítulo se presentan propuestas que -a criterio del autor del presente trabajo de investigación- permitirían el ejercicio efectivo del derecho de huelga, garantizando la prestación de los servicios mínimos. En este capítulo, además, se examinan aspectos que inciden de manera directa con la normatividad de los servicios mínimos (la titularidad del órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga, el vínculo entre la inasistencia injustificada por el ejercicio del derecho de huelga y la potestad sancionadora del empleador); así como, se exponen unas breves reflexiones sobre la materia estudiada, a modo de consideraciones finales.

CAPÍTULO I

Anotaciones preliminares

Para la presente investigación, se han identificado temas que se considera ameritan ser tratados de manera preliminar con el propósito de que las situaciones problemáticas advertidas en el tema de tesis, estén en mejor posición de ser atendidas por el jurado evaluador.

1.1. La intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo y en el conflicto colectivo: la huelga.

Como explica destacada doctrina, el Derecho del Trabajo tiene un doble origen histórico jurídico: un origen heterónimo y otro autónomo (Ermida Uriarte, La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas, 1993). El primero caracterizado por la intervención del Estado y el segundo por la activa participación de los trabajadores como actores sociales; ambos surgen en un momento de la historia en que la industrialización capitalista generó perniciosos resultados en la población que no se identificaba con la posesión del capital, conocida como la cuestión social¹.

Es frente a este estado de cosas que el movimiento obrero “articula una reacción de auto tutela colectiva de los propios trabajadores frente a su injusta situación” y, de forma paralela, el Estado interviene “en el problema social a través de una legislación protectora del trabajo asalariado” (Palomeque Lopez & Álvarez de la Rosa, 2010, pág. 51).

¹ Desde la noción de determinismo, que vincula la conflictividad específica generada por la Revolución Industrial y su impacto sobre la clase obrera europea, CARBALLEDA señala –citando a GREZ- que James O. Morrisla describe la cuestión social como una totalidad de “(...) consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma de trabajo dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad; la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses de la nueva “clase trabajadora”: huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choque armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los trabajadores” (Carballeda, 2009).

De este modo, no es difícil entender que el enfoque que le brinda el Estado a la relación capital-trabajo permite identificar las distintas etapas que experimentó la evolución del derecho del trabajo. En efecto, en las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento, el Estado afrontó de modo distinto la dinámica entre trabajadores y empleadores en las relaciones de producción².

Ello también se traduce en la posición histórica que el Estado ha adoptado frente a la huelga de los trabajadores, destacándose una triple opción de política legislativa: (i) sistema de huelga-delito o régimen de prohibición de la huelga, (ii) sistema de huelga-libertad o régimen de tolerancia de la huelga, y (iii) sistema de huelga-derecho o régimen de reconocimiento y tutela de la huelga.

La primera y segunda opción, correspondiente a un modelo de Estado Liberal que primero optó por reprimir y sancionar las manifestaciones de acción directa de los trabajadores, y luego acogió cierta neutralidad, trasladando la sanción de la huelga del poder público (del Estado) al poder privado (del empresario); esto es,

² En la etapa de prohibición, el Estado presenta como características reprimir y sancionar penalmente a las personas que ejecutan la acción sindical. Esta reacción tuvo por finalidad preservar el principio de la libertad de trabajo y no atentar contra las reglas del libre mercado, principios defendidos por la burguesía revolucionaria en la Europa de finales del siglo XVIII. La ley francesa Le Chapelier de 1791 y las Combination Acts inglesas de 1779 y 1800 serán las mejores representantes de esta actitud estatal ante la organización gremial. Luego, en la etapa de tolerancia, los poderes públicos dejarán la persecución y levantarán las sanciones penales, periodo en que la intervención del Estado adoptará una actitud permisiva frente al sindicalismo. Finalmente, la historia indica que diversos Estados declararán la legalidad expresa de la acción sindical, superando las etapas previas, con miras a proteger a las organizaciones gremiales con el manto jurídico del derecho. En particular, Palomeque recuerda la Ley de asociaciones italiana (1864), la Trade Union Act británica (1871), la Ley Waldeck-Rousseau francesa (1884), y las leyes norteamericanas Clayton Act (1914), Norris Laguardia Acta (1932), y Wagner Act 1935) (Palomeque Lopez & Álvarez de la Rosa, 2010, pág. 53). En esta última etapa, se reconoce un proceso de constitucionalización e internacionalización del derecho del trabajo desarrollado como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Este avance se presenta en el marco de un Estado Social de Derecho, en el cual los derechos sociales serán incorporados en textos constitucionales como derechos fundamentales de la persona, proceso que se encontró liderado por la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919, al incorporar en su carta magna -entre otros derechos laborales- el derecho al trabajo y a la libertad sindical. Por su parte, la creación de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT), dispuesta en el capítulo XIII del Tratado de Paz de Versalles de 1919, permitió desarrollar – para el escenario internacional- disposiciones normativas relacionadas al mundo del trabajo, como la jornada, el trabajo infantil, la sindicalización, entre otros.

convirtiendo aquello que se trataba como delito en un supuesto de incumplimiento contractual que priva al huelguista de la fuente de trabajo (despido).

Quizás por esta razón histórica, PALOMEQUE afirmaba que “la funcionalidad de Derecho del Trabajo (...) no es otra, así, que la de servir al proceso de juridificación del conflicto entre salario asalariado y capital, de su integración o institucionalización por el Estado liberal burgués” (Palomeque López, pág. 16).

Y, la tercera opción, un Estado Social de Derecho que no solo abandona la sanción de la huelga por parte del poder público y privado, sino que –además- le otorga protección. Esta nueva etapa de “resguardo jurídico” del Estado sobre la manifestación de huelga –como se verá más adelante- presentará no solo matices, que se expresarán en distintos modelos normativos (contractual, laboral y polivalente), sino disfuncionalidad.

Partiendo del enfoque histórico, lo que se pretende destacar es que, en todas estas etapas, la presencia del Estado se hizo presente en menor o mayor medida, pero siempre cumpliendo un rol preponderante, ya sea optando por abstenerse o por intervenir en el sistema de relaciones laborales.

Así, la presencia del Estado pasó a justificarse, en la etapa de reconocimiento del Derecho del Trabajo, en razón de su observancia a los principios que irradian en las relaciones laborales, sea en su ámbito individual o colectivo. Al respecto, según PASCO:

“El ámbito natural para una saludable intervención estatal son las relaciones individuales, dada la aguda desigualdad entre las partes. En el terreno colectivo, en cambio, es rol esencial de la organización sindical producir con su presencia y acciones el desequilibrio igualador que en lo individual cumplen la ley y el Estado. La intervención del Estado en este campo, en vez de estimular y promover la acción gremial, la perturba y entorpece al limitar

insensiblemente el espacio para la negociación colectiva y para la acción directa, que son los instrumentos con los que el sindicato obtiene mayor poder” (Pasco Cosmópolis, 1995, pág. 162)³.

Asimismo, las distintas estructuras de poder que se identifica en el ámbito individual y colectivo conllevará a que se califique de modo distinto la actuación del Estado en las relaciones laborales. Siguiendo con el razonamiento de PASCO:

“Intervención es (...) distinta que intervencionismo. El intervencionismo es una distorsión, una acentuación, una deformación de la intervención. La intervención es tan indispensable cuanto deseable, en la medida de la real necesidad. El intervencionismo no, porque trastoca y distorsiona el sistema de relaciones. El rol desequilibrador del Estado, al exagerarse, desequilibra exageradamente las relaciones industriales, convirtiendo a quien debería ser sólo un árbitro imparcial en una parte comprometida y dominante” (Pasco Cosmópolis, 1995, pág. 162).

En ese sentido, y específicamente sobre la intervención el Estado en el espacio que atiende las relaciones colectivas de trabajo, DELGUE ha precisado que “no es lo mismo un Estado que interviene para reprimir la organización sindical, que un Estado que opera en el sistema para sostener a los sindicatos y, en definitiva, al sistema mismo” (Raso Delgue, 2016, pág. 422)⁴.

³ En ese mismo sentido, MUGNOLO señala que habría que diferenciar “la intervención, deseable y hasta inevitable, del intervencionismo como acentuación excesiva de aquella que trastorna y distorsiona convirtiendo al Estado de árbitro imparcial en parte comprometida y dominante” (Mugnolo J. , pág. 7).

⁴ Sobre las formas de intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo, ERMIDA indica que estas pueden operar, “a través del Estado – regulador (o reglamentador) y a través del Estado – administrador”. En el primer caso, será predominante las normas de fuente estatal (leyes y decretos), de aquellas nacidas del sujeto colectivo (convenios colectivos y estatutos); y, en el segundo caso, la Administración del Trabajo actúa como actor para aplicar aquellas normas emitidas por el propio Estado y, a veces, en ausencia de ellas o aún en contra de ellas. (Intervención y autonomía en la negociación colectiva de la actividad privada, 1995, págs. 128-129).

Respecto de la realidad latinoamericana, se ha señalado que una característica presente en sus países es el intervencionismo restrictivo del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, con excepción de Uruguay⁵.

Si quisiéramos indagar sobre la lógica detrás de este intervencionismo, efectuar un análisis aislado de las disposiciones normativas que regulan las instituciones juridificadas (sindicalización, negociación colectiva y huelga) no resultaría adecuado. De hecho, no solo se requeriría evidenciar la relación existente entre dichas instituciones y sus regulaciones, sino la funcionalidad que tiene el derecho colectivo en general en otros campos o intereses de la sociedad, como la economía o la política⁶.

Por ejemplo, sobre la primera relación (entre instituciones), identificar que los requisitos para la constitución de sindicatos no representarían mayor obstáculo para los trabajadores no bastaría para calificar dicha intervención del Estado como de promoción o de fomento si es que la negociación colectiva adquiere una férrea procedimentalización en sus etapas. De la misma manera, un modelo con garantías en la constitución de sindicatos y libertad en el desarrollo de la negociación colectiva no terminaría siendo calificada de promocional si esta intervención viene acompañada de un control excesivo del Estado en las opciones que brinda para promover la solución o el fin de la negociación colectiva.

⁵ Ver, por ejemplo, Ermida Uriarte, Oscar. “La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas”, 1993; Villavicencio Ríos, Alfredo. “El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional”, 2012 y, Vidal, Fernando, & Christian, “Flexibilidad laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: un balance tras 20 años”, 2012.

⁶ Resulta claro que lo mismo sucede con las instituciones del Derecho en general, pero particularmente también en el Derecho del Trabajo. Al respecto, la profesora argentina Adriana Marshall, especialista en economía del trabajo e investigadora del Centro de Investigaciones Sociales (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas – Instituto de Desarrollo Económico y Social), reflexiona que “la legislación del trabajo es uno de los instrumentos cruciales de que dispone el Estado para regular el mercado de trabajo y el conflicto, siguiendo los lineamientos de la política laboral. La legislación del trabajo constituye, por lo tanto, un instrumento de regulación y de cambio. Si bien los proyectos legislativos son una de las expresiones más claras de la ideología y la política laboral del Estado, las leyes, al ser el resultado de la lucha inherente a la naturaleza del proceso legislativo, reflejan en alguna medida la influencia de diversas posturas políticas, a menudo contrapuestas. Su formulación final, en ese sentido, es expresión de compromisos políticos” (Marshall, págs. 452-453).

De otro lado, el enfoque que el Estado otorga a las relaciones colectivas de trabajo (sea intervencionismo o sea intervención de promoción) encontrará real significado si se le ubica en las relaciones de poder político y/o económicas presentes en un determinado país o región. Explicado en otras palabras, si nos encontramos en un contexto de crisis institucional donde la Administración del Estado la asume un gobierno de facto militar o civil, las reglas fijadas para el desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo irán aparejadas a los propósitos de dicho gobierno en lo económico y lo político. Asimismo, seguramente estas reglas variarán si estamos frente a un gobierno “democrático” pero con postulados socialistas o liberales en lo económico.

Ahora bien, siguiendo la postura de GHIONE, el Estado interviene en el conflicto laboral, concretamente, en la huelga porque es el territorio más transparente y público (2016, pág. 126), pero no es el único territorio de controversia en el mundo del trabajo, pues también está el territorio de las controversias promovidas por el empleador, las cuales frecuentemente no son visibles⁷.

Entre ambos, el Estado prefiere intervenir en el territorio de la huelga –quizás- para garantizar que el conflicto laboral no se desborde de los canales institucionales y que el mismo se controle -en última instancia- por el poder privado del empleador, evitando que la huelga gane potencia y escale a un nivel en que se vea comprometido el propio sistema de poder administrado por el Estado⁸.

⁷ Para BARRETO las medidas de conflicto implementadas por el empleador “aparecen confundidas con el ejercicio de las prerrogativas del poder directivo”, las cuales son invisibles para la opinión pública, a diferencia de la huelga. Considerando la presunción de legalidad que se le presta al poder directivo del empleador, el autor, enfatiza que “quedan así en el subsuelo de la realidad una diversidad de instrumentos de presión practicados por el empleador travestidos de naturalidad, como ocurre con los traslados, premiaciones retributivas antisindicales, deslocalizaciones, sanciones, listas negras, selección discriminadora al ingreso, etc.” (Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho, 2016, pág. 127).

⁸ Pues, en definitiva, la huelga, citando a SPAVENTA, tiene su real sustento en el derecho de resistencia a la opresión (Análisis alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta, 2016, pág. 3) o, en términos de BARRETO, en sí misma es una forma de resistencia al poder (Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho, 2016, pág. 132).

Desde el ámbito jurídico, el derecho de huelga puede ser tratado de distintas maneras. Dejar en el Estado la función de regular el derecho de huelga, lo sitúa en la posición de reconocer el derecho, pero condicionar su ejercicio. Asumir una definición de huelga, fijar requisitos, establecer un procedimiento previo, prever consecuencias para los trabajadores huelguistas (sanciones o pérdida de salario), y reconocer a la Administración la facultad de calificar la huelga, solo son algunas de las posibilidades con las que cuenta⁹.

Hasta aquí, este apartado busca resaltar la función histórica del Estado en el desarrollo de las instituciones del Derecho del Trabajo y cómo el poder que ostenta para decir “qué es el derecho”¹⁰ condiciona en sí mismo el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Para continuar con los demás temas identificados como anotaciones preliminares, es preciso ingresar a un espacio poco abordado en la doctrina laboral peruana: la efectividad y eficacia del derecho de huelga.

1.2. Precisión terminológica: ¿qué se entiende por efectividad y eficacia del derecho de huelga?

⁹ A estas posibilidades, ERMIDA agrega que el “Estado-legislador fija tales reglas de juego, el Estado-administrador o Estado-actor interviene directamente declarando la ilicitud de las huelgas, no sólo en aquellos casos en que ello resulta ser así por aplicación de aquella reglamentación, sino también en otros en los cuales la autodenominada “jurisprudencia administrativa” crea nuevas hipótesis de ilicitud” (La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas, 1993, pág. 35).

¹⁰ Desde la sociología de Pierre Bourdieu, este poder de decir qué es el derecho se sitúa en un universo social donde el Estado monopoliza la violencia simbólica legítima (por ejemplo, el lenguaje), dejando a distintos agentes luchar por conseguir este poder en el campo jurídico. En sus términos, este campo jurídico es “una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho; es el lugar donde abogados, jueces, profesores, personas que ocupan una posición con respecto al campo general de poder y al interior de cuyas profesiones se producen también, se lucha, se compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es el derecho” (Bourdieu & Teubner, 2000, pág. 64).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, numeral 3, el Estado “reconoce” el derecho de huelga y “regula” su ejercicio para que se ejerza en armonía con el interés social.

Los verbos rectores utilizados por el constituyente son similares a los previstos en la Constitución Española de 1978, por lo que podríamos llegar a la misma conclusión arribada por el Tribunal Constitucional Español cuando en el fundamento jurídico 9 de la sentencia 11/1981 afirma que, de esta forma, se introduce al ordenamiento jurídico “la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental” (1981).

Consecuencia del primero es que el acto de protesta de los trabajadores deja en suspenso el contrato de trabajo, limitando la facultad arbitraria del empleador de ejecutar acciones que vayan en contra de ella; y, del segundo, legitimar instrumentos de presión de los trabajadores necesarios para la defensa de sus intereses en los conflictos colectivos de trabajo.

En ambos casos, el ordenamiento jurídico deja en una posición preferente a los trabajadores huelguistas frente al Estado y el empleador para conseguir sus propósitos en una situación concreta, claro está, siempre que la huelga se desarrolle dentro de los márgenes que la propia norma constitucional impone: se ejerza en armonía con el interés social.

Pero cuando se analizan aspectos que parecen cuestionar la posición de la huelga como derecho (como, por ejemplo, el reconocimiento de una determinada modalidad de huelga), existe la tendencia de acusarla –de manera indistinta- por su afectación a la efectividad o eficacia de este derecho, sin distinguir si esos aspectos se vinculan a la observancia de algunas exigencias para ejercer el derecho de

huelga o si refieren al efecto que tendría la medida de fuerza en una situación concreta¹¹.

Para esclarecer la posición que se asumirá en este trabajo de investigación, es oportuno tener en cuenta lo mencionado sobre estos conceptos indeterminados, en relación: **(i)** de la lengua española, en general, y **(ii)** del Derecho, en particular.

Sobre los términos eficacia y efectividad en relación de la lengua española, se tiene que la Real Academia Española reconoce a ambos términos el significado de “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Es decir, eficacia y efectividad son sinónimos para la autoridad de la lengua española.

¹¹ Por ejemplo, algunos asumen que el término efectividad de la huelga se relaciona con la consecución del propósito de este derecho. Así, comentando sobre la huelga en la Constitución Política del Perú del año 1979 en el apartado titulado “Bases Conceptuales Básicas”, el Círculo de Estudio de Derecho Laboral de la Asociación Derecho & Sociedad menciona que “[S]i afirmamos que la Constitución dibuja el contenido esencial del derecho a huelga, debemos decir también, para ser consecuentes, que la regulación a la cual se remite para su ejercicio, debe ser respetuosa de estos márgenes, y es más, en nuestro criterio, no se debe tratar de cualquier regulación fundamentalmente tuitiva, lo que implica la consagración del modelo polivalente en nivel legislativo, ya que sólo de esta manera puede conseguirse que **el instrumento de autotutela**, que es la huelga, **sea realmente efectivo**, en otras palabras, que pueda ser, en efecto, **una medida de presión para la consecución de aquellos fines que atañen a los trabajadores entendidos como sujetos sociales**, con capacidad de diálogo social” (Asociación Derecho & Sociedad, Círculo de Estudios, 1992, pág. 49). Asimismo, se ha escrito que “(...) la negociación colectiva y la huelga no pueden ser suficientemente efectivas para **asegurar la efectividad** de los derechos de los trabajadores, sobre todo si el sujeto colectivo no es lo suficientemente fuerte para generar el impacto necesario en la parte empleadora” (Mendoza Legoas, 2016, pág. 200). Por otro lado, al comentar sobre las modalidades atípicas de huelga, VIDAL SALAZAR refiere que “[T]odas éstas modalidades (sin cese de labores y/o sin abandono del centro de trabajo), aunque parezca increíble, utilizadas en las circunstancias debidas, **llevan a una efectividad** de la acción sindical mayor de la podría alcanzar la huelga típica” (Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano, 2004, pág. 55). Sobre este mismo tópico, pero sin utilizar el término efectividad, DE LA JARA BASOMBRIO indica que “al ser la razón de ser estas modalidades, la de mantener o acrecentar la eficacia de la huelga clásica, resulta absurdo jurídicamente, reconocer un derecho cuya lógica es la de causar daño que signifique presión, y a la vez sancionar como ilícitos o ilegales determinadas **modalidades que buscan dar eficacia a esa lógica**, muchas veces en respuesta además a mecanismos generados por los empleadores que restan o anulan en eficacia de la huelga clásica” (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 280).

Luego, en relación al Derecho, KELSEN también hizo un uso indistinto al concepto de eficacia y efectividad¹². Sin embargo, otros autores expusieron la necesidad de distinguir tales nociones.

Por ejemplo, para JEAMMAUD:

“(…) el concepto de eficacia, a diferencia del de efectividad, sugiere una referencia necesaria a los fines de la autoridad legisladora. (...) llamaremos “efectividad” de una norma a la relación de conformidad (o al menos de no contrariedad) con ella, de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia. De modo que la efectividad jurídica se concibe como la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan.

Es conveniente reservar el uso de la palabra eficacia para apuntar el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron” (En torno al problema de la efectividad del derecho, 1984, pág. 6).

Como se observa, el autor acoge el término de efectividad jurídica, el cual la distingue, a su vez, del concepto de efectividad material. Así, precisa que, entiende por la primera como “la conformación de una situación jurídica concreta – la condición “en derecho” de un sujeto – al modelo que constituye la norma; es decir, por ejemplo, el reconocimiento efectivo a tal persona del derecho de que se beneficia según la ley, por cumplirse los requisitos previos en la misma”; y, la segunda como, la “conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica así

¹² Así, en su clásico “Teoría Pura del Derecho”, KELSEN reflexionaba “que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre validez y efectividad pueda constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que – como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez” (Teoría pura del derecho, 1979, pág. 24).

otorgada o impuesta al sujeto por el “cumplimiento” o la “aplicación” de la norma” (Jeammaud, 1984, págs. 11-12)¹³.

Por su parte, para ZORRILLA:

“[L]a eficacia implica, entre otras acepciones, que el Derecho beneficia a cuantos ostentan la cualidad de portadores de un interés legítimo – signo de utilidad o ventaja pretendida – que les introduce en la esfera protectora del ordenamiento jurídico. La efectividad significa que, sólo si hay verdaderas oportunidades de acceder a tales beneficios, el Derecho rinde un servicio auténtico a la comunidad y acredita su sincero propósito de tutela y de cambio” (Eficacia y efectividad del Derecho, 2015, págs. 175 - 176).

Finalmente, para DÍEZ-PICAZO, la efectividad obedece a dos tipos de factores: la adopción de las conductas reguladas por parte de los destinatarios de la norma y la aplicación de la norma por los jueces (Experiencias jurídicas y teoría del derecho, 1999, pág. 206).

Para efectos de la presente investigación, se asume que la efectividad del derecho se relaciona con todos los mecanismos y dispositivos normativos que permiten su expresión jurídica; esto es, el despliegue de los efectos jurídicos que contiene el derecho contra el Estado o terceros¹⁴. Por otro lado, la eficacia del derecho estará

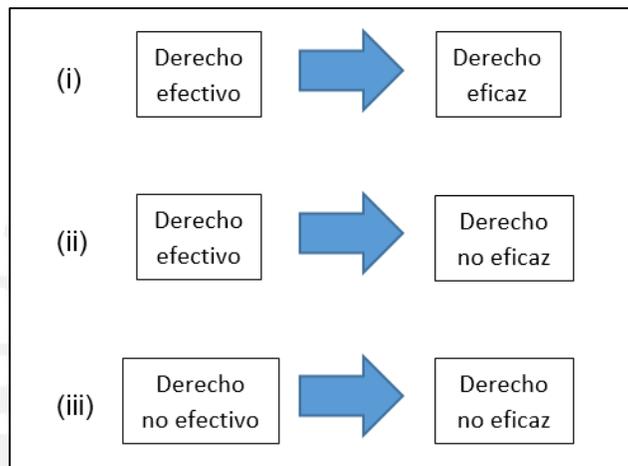
¹³ Para este autor, por ejemplo, la efectividad material se aprecia en la ejecución de un fallo judicial que reconoce el derecho que le otorga la ley a una persona, pues se le entrega las ventajas concretas que contiene tal derecho.

¹⁴ A nivel de Perú, se advierte que esta noción de efectividad ha sido plasmada por el Tribunal Constitucional en relación al ejercicio del derecho de negociación colectiva en el fundamento 3.3 de la sentencia recaída en el expediente 261-2003-AA/TC cuando menciona que “la Tercera Disposición Transitoria y Final estableció un supuesto que no sólo resultaba incoherente con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 45 del Decreto Ley N° 25593, sino también con lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución Política de 1979 (...), dado que no posibilitaba la efectiva realización del derecho a la negociación colectiva de trabajo (...) precisamente porque la negociación colectiva a nivel de empresa, prácticamente no se materializa” (Caso CAPECO, 2003). Asimismo, la posición que se asume parece coincidir con la posición adoptada por VILLAVICENCIO cuando alude a las garantías positivas que requiere la positivización de un derecho (además de las garantías negativas), señalando que estas “*implican la necesaria actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad (...)*” (Villavicencio Ríos, 2010, pág. 61) y luego, cuando

vinculado a la consecución de los objetivos o fines previstos para su configuración normativa.

Desde luego, podrá notarse que la postura asumida, conlleva a afirmar que la efectividad constituye una condición para la eficacia del derecho, de la cual – a su vez- se desprenden tres escenarios:

FIGURA 1
Escenarios respecto a la efectividad y eficacia del derecho de petición



Elaboración propia.

Para concretizar lo postulado se acude como ejemplo al derecho de petición, el cual está reconocido en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Primer supuesto:

Para que este derecho se considere efectivo, el peticionante tendrá que prestar atención a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG). Luego, si el pedido es atendido por la Administración,

desarrolla sus ideas sobre el cambio de paradigma y la crisis de la tutela colectiva, al mencionar que *“se requiere también una adecuación de los parámetros legales de ejercicio de la huelga y de las tradicionales formas de expresión del conflicto a los cambios del paradigma productivo y político; de modo que se pueda volver a darle efectividad a este tan relevante instrumento de equilibrio e inclusión social”*. (Ibídem, pág. 80).

sea estimándolo o no, el derecho de petición habrá adquirido eficacia por cuanto alcanzó su propósito.

Segundo supuesto:

El derecho de petición será efectivo, pero no eficaz, si la petición (no sujeta a un silencio positivo) no es atendida dentro de un determinado plazo, debido -por ejemplo- a la negligencia de la Administración. En este caso, la responsabilidad de la Autoridad se genera por el incumplimiento de una obligación, consistente en dar respuesta, el cual afectó la eficacia del derecho de petición.

Tercer supuesto:

El derecho de petición no será efectivo, si el peticionante incumple los requisitos para la presentación de escritos y, pese a las observaciones que oportunamente le realice la Administración, tampoco las subsane, por cuanto se considerará como no presentada la solicitud (numeral 136.4 del artículo 136 del TUO de la LPAG). En este escenario, se advierte que el derecho de petición no será efectivo y, en consecuencia, tampoco será eficaz.

Ahora, bajo las acepciones adoptadas de efectividad y eficacia y en relación al derecho objeto de análisis en la presente investigación, se postula que la efectividad del derecho de huelga estará relacionada a la observancia de las reglas sustantivas y procedimentales que el Estado haya previsto con el objetivo de brindar al sujeto colectivo la cobertura jurídica a su manifestación en la realidad¹⁵. Mientras que, la eficacia del derecho de huelga consistirá en la garantía existente para que esta medida de fuerza se constituya en un instrumento de presión de los trabajadores para la defensa de sus intereses frente al Estado o su empleador¹⁶.

¹⁵ El Tribunal Constitucional parece adoptar esta concepción en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-AI/TC cuando menciona, analizando el contenido constitucional del derecho de huelga, que “no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos. En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano” (Caso Ley Marco del Empleo Público, 2005, fundamento 40).

¹⁶ En esta relación de eficacia del derecho de huelga y el propósito de su ejercicio, AZOCAR SIMONET y CRUZ GONZALES han señalado que “si la legislación contempla la opción de prohibir

En el Perú, la efectividad del derecho de huelga se encuentra sujeta a la observancia de (i) condiciones y requisitos para la comunicación de huelga, (ii) causales de ilegalidad en la materialización o ejecución de huelga; (iii) un procedimiento previamente establecido, y (iv) el pronunciamiento de un órgano calificador de la huelga.

Por su parte, la eficacia del derecho de huelga está condicionada a la actividad del Estado, en tanto garantice jurídicamente la paralización de los trabajadores frente al empleador y terceros¹⁷.

Es pertinente indicar -desde ahora- que garantizar la eficacia de la paralización de labores como medida de presión de los trabajadores constituye -además- parte del contenido esencial de la libertad sindical y, a su vez, de la huelga.

el reemplazo de trabajadores en huelga, la regulación que se haga del mismo, así como de los servicios esenciales y de los denominados servicios mínimos, no puede significar, en la práctica, la posibilidad de mermar la eficacia de este derecho o de reemplazar trabajadores en huelga, limitando o haciendo perder eficacia al principal mecanismo de autotutela de que disponen los trabajadores (Limitaciones al derecho de huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la Reforma Laboral, 2015, pág. 159).

¹⁷ Ejemplo de ello, sería regular, por ejemplo: (i) la prohibición de cualquier tipo de esquirolaje, (ii) la invalidez de la extinción del contrato de trabajo como consecuencia previa de la rescisión del contrato civil o mercantil entre empresas en el marco de la descentralización productiva o concentración empresarial, que tenga por motivo las medidas de fuerza desarrolladas por los trabajadores de una de las empresas contratistas, y (iii) la modalidad para cumplir con el mantenimiento de los servicios mínimos en la materialización de la huelga. Sobre el punto (i), encontramos que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la sentencia en casación número 3480-2014 LIMA, sentó posición declarando la invalidez de la sustitución de trabajadores en el interior de la propia empresa en el escenario del derecho de huelga (esquirolaje interno). Por su parte, sobre el punto (ii), el Tribunal Constitucional español alcanzó este razonamiento en la sentencia 75/2010, en cuyo fundamento jurídico 7 expresó que "(...) de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla". Es de destacar que la jurisprudencia española exhibe diversas prácticas empresariales que han sido dirigidas para restar eficacia a esta garantía. Sobre el particular, léase SANGUINETI, Wilfredo; Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción), 2006. Finalmente, el punto (iii) será objeto de comentario en los siguientes capítulos del presente trabajo de investigación.

Aunque el Tribunal Constitucional acostumbra a citar la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI para establecer las garantías o facultades del contenido esencial del derecho a la huelga, las cuales se expanden al momento previo a la materialización de la huelga, la eficacia del derecho de huelga como parte de su contenido esencial fue recogido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5 de la sentencia contenida en el expediente N° 1469-2002-AA/TC, cuando señaló que:

“(…) el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indisponible, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical” (2004).

Por lo desarrollado hasta aquí, es menester anotar que, en el presente trabajo de investigación, la efectividad y no la eficacia del ejercicio del derecho de huelga - desde la posición que se ha asumido en esta anotación preliminar- es la segunda variable que será medida en su relación con la normatividad del derecho de huelga. De este modo, el objetivo de la presente investigación consistirá en demostrar si las previsiones normativas existentes en el Perú, impactan o no en la efectividad misma del ejercicio del derecho de la huelga.

Dicho lo anterior, como siguiente anotación preliminar, se delimitará el ámbito de estudio del presente trabajo de investigación, el cual sienta los presupuestos de lo

anotado en el apartado 1.3. de este primer capítulo, así como para el desarrollo de los siguientes capítulos.

1.3. Necesaria delimitación del ámbito de estudio.

Indagar sobre la efectividad del ejercicio del derecho de huelga conlleva a reconocer que este derecho contiene diversos elementos que pueden analizarse de manera aislada o conjunta, según los factores utilizados en la investigación. La titularidad, las limitaciones y exclusiones, modalidades de su ejercicio, efectos y calificación son solo algunos de los elementos que comprenden el derecho de huelga.

Potencialmente, los elementos elegidos para abordar la efectividad del derecho de huelga son pasibles de ser medidos cuando se contrastan con la realidad de un determinado sistema de relaciones laborales, arrojando indicadores como: el nivel de trabajadores titulares o no del derecho de huelga; índice de paralizaciones en una determinada región; porcentaje de organizaciones sindicales que materializan el derecho de huelga; promedio de manifestaciones de huelga comunicadas en conformidad, o no contrariedad, con el derecho; etc.

A fin de contrastarlo en el sistema peruano de relaciones laborales, el presente trabajo de investigación abordará el análisis del ejercicio del derecho de huelga, delimitando su ámbito de estudio en base a tres (3) factores: (i) material, (ii) espacial, y (iii) temporal.

1.3.1. Ámbito de estudio en relación a la aplicación directa del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En esta anotación preliminar se delimitará el ámbito material en que se circunscribe la presente investigación: la efectividad del ejercicio del derecho de huelga en el sector privado.

Se entiende por sector privado, para efectos de este trabajo de investigación, a aquellas relaciones colectivas de trabajo cuya normatividad sobre el derecho de huelga se sujeta de modo directo al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT), sus normas reglamentarias y complementarias. De este modo, por sector privado se considera a las relaciones colectivas de trabajo entre las empresas privadas y sus trabajadores.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en el caso de las empresas públicas sujetas al ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, la normatividad sobre el derecho de huelga se sujeta de modo directo al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y no a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

En efecto, si bien por la Ley del Servicio Civil se establecieron disposiciones generales en materia de derechos colectivos de trabajo (como es la huelga), estas resultan aplicables para los servidores de las entidades públicas, excluyendo -de este modo- de sus alcances a los trabajadores de las empresas públicas sujetas al ámbito de FONAFE (quienes no ejercen función pública, conforme al artículo 40 de la Constitución Política del Perú).

Por lo tanto, se entenderá como “sector privado” tanto a las relaciones colectivas de trabajo en empresas privadas, como en empresas públicas sujetas al ámbito de FONAFE.

Será de acuerdo a este ámbito material (sector privado), que en el apartado 1.3 de este capítulo se analizarán las huelgas comunicadas por las organizaciones sindicales y calificadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, con la finalidad de identificar si los requisitos o condiciones contemplados en el ordenamiento jurídico peruano impactan en aquello que se ha asumido por efectividad del ejercicio del derecho de huelga.

1.3.2. Ámbito de estudio en relación al alcance del ejercicio del derecho de huelga.

De acuerdo al literal p) del artículo 48 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, los gobiernos regionales resuelven, como instancia regional de trabajo, los procedimientos administrativos que tratan sobre las materias de trabajo.

Al respecto, teniendo en cuenta los principios que vinculan la relación entre los distintos niveles de gobierno: nacional, regional y local (los principios de unidad, taxatividad y residualidad, desarrollados por el Tribunal Constitucional¹⁸); los gobiernos regionales y locales vinculan su actuación a las políticas y planes nacionales, y el gobierno nacional asume las competencias que no hubieran sido atribuidas de manera expresa a los gobiernos regionales y locales.

Con relación al gobierno nacional, en el año 2009, se publicó la Ley N° 29381, Ley de organización y funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, estableciendo un nuevo marco jurídico, por el cual se dispuso la competencia exclusiva del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) de resolver -en instancia de revisión- los procedimientos y materias que se determinen por norma legal o reglamentaria (artículo 7, numeral 7.3); así como, las siguientes competencias compartidas con los gobiernos regionales: i) la garantía y promoción del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral; ii) el establecimiento de normas, lineamientos, mecanismos y procedimientos que permitan la promoción del empleo y formación profesional; y, iii) el ejercicio de funciones ejecutoras en materia de trabajo y promoción del empleo en aquellos casos específicos de alcance nacional o supra regional (artículo 8, numeral 8.2, literales a), b) y g), respectivamente).

¹⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos del 34 al 79.

Atendiendo a lo anterior, resultó necesario la emisión de una norma que sustituya al Decreto Supremo N° 001-93-TR, adecuando la regulación al marco de la descentralización y las relaciones administrativas entre la Autoridad Administrativa de Trabajo Nacional y Regional. Esta norma es el Decreto Supremo N° 017-2012-TR, en el cual se establecen las competencias territoriales de los gobiernos regionales y del gobierno nacional, respecto a los procedimientos en materia de trabajo.

De este modo, el Estado -además de emitir disposiciones normativas referidas a las relaciones colectivas de trabajo y los canales para la prevención y solución de los conflictos laborales- ha optado por intervenir, por medio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para atender las solicitudes y reclamaciones derivadas de controversias presentadas entre (i) una organización sindical y el empleador, y (ii) entre organizaciones sindicales (conflicto intersindical).

Como manifestaciones de estas controversias en las relaciones colectivas de trabajo, se pueden identificar a: la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas; la suspensión temporal perfecta de labores por casos fortuito o fuerza mayor; la impugnación a la modificación colectiva de las jornadas, horarios de trabajo y turnos; la designación de delegados de los trabajadores; la inscripción en el registro de organizaciones sindicales; el inicio y trámite de la negociación colectiva; y, la declaratoria de improcedencia o ilegalidad de la huelga.

En tal sentido, bajo un esquema de competencia territorial, estas materias son atendidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo correspondiente, siguiendo los siguientes criterios dispuestos en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR:

TABLA 1
Criterios para determinar el alcance de la controversia

Alcance de la controversia	Según la ubicación del centro de trabajo de los trabajadores comprendidos	Según la actividad económica del empleador (solo para negociación colectiva y huelga)
Local o regional	Centro de trabajo ubicado en una región	No aplica
Nacional o suprarregional	Centro de trabajo ubicados en más de una región	Efecto o impacto notorio en la economía de más de una región o a nivel nacional

Elaboración propia.

Ahora bien, si la controversia presenta un alcance local o regional, la atención corresponderá a los Gobiernos Regionales, por medio de sus Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, en primera y segunda instancia (artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2012-TR); pudiendo ser conocida por la Dirección General de Trabajo, si -contra lo resuelto en la región- se formula recurso de revisión, salvo en los casos de designación de delegados y de inscripción en el registro de organizaciones sindicales, en cuyos casos es necesario que la segunda instancia haya denegado el registro (artículo 4 del Decreto Supremo N° 017-2012-TR).

En cambio, si la controversia adquiere un alcance suprarregional o nacional, será el Gobierno Nacional -a través de la Dirección General de Trabajo- la que cuente con la competencia para atenderla en instancia única, con excepción de la materia de designación de delegados y de inscripción en el registro de organizaciones sindicales (artículo 3 del Decreto Supremo N° 017-2012-TR).

TABLA 2
Autoridad Administrativa de Trabajo competente según alcance de la controversia

Alcance de la controversia	Autoridad Administrativa de Trabajo		
Local o regional	Primera instancia	Segunda instancia	Última instancia vía recurso de revisión
	Dirección de Prevención y Solución de Conflictos, o la que haga sus veces en el Gobierno Regional correspondiente	Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo correspondiente	Dirección General de Trabajo
Nacional o suprarregional	Instancia única		
	Dirección General de Trabajo		

Elaboración propia.

Atendiendo a lo expuesto, el ámbito espacial del presente trabajo de investigación se encuentra delimitado a las comunicaciones de huelga, de alcance nacional o suprarregional; y que, por tanto, fueron presentadas ante la Dirección General de Trabajo, dando lugar a que esta autoridad -en instancia única- emita resoluciones sobre el procedimiento de declaratoria de procedencia de huelga.

1.3.3. Ámbito de estudio en relación al periodo de huelgas comunicadas a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Para efectos del presente trabajo de investigación se va a considerar, como ámbito temporal, el periodo comprendido entre el año 2014 al año 2019; ello, en tanto se considera un periodo significativo (alrededor de cinco años) que permite caracterizar el tratamiento dado desde la Autoridad Administrativa de Trabajo a las comunicaciones de huelga, como consecuencia de la normatividad establecida en el TUO de la LRCT, su reglamento, así como normas complementarias.

Asimismo, se ha optado por considerar este periodo (incluyendo el año 2019) en razón a las modificaciones normativas que fueron expedidas en materia de servicios

mínimos. Tal es el caso del Decreto Supremo N° 009-2018-TR y la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR.

1.4. Radiografía del ejercicio del derecho de huelga en el ámbito del sector privado, Perú 2014-2019.

En este apartado se dará una mirada a las huelgas comunicadas por las organizaciones sindicales y calificadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, con la finalidad de visualizar cómo se ha desarrollado el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú.

Para tal efecto, se han revisado doscientos veinticuatro (224) resoluciones directorales generales emitidas por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por las cuales se resuelven en primera instancia las comunicaciones de huelga en el sector privado durante el periodo 2014-2019.

En el siguiente gráfico se muestran el número de huelgas comunicadas durante dicho periodo, distribuidas según la calificación efectuada por la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre su procedencia:

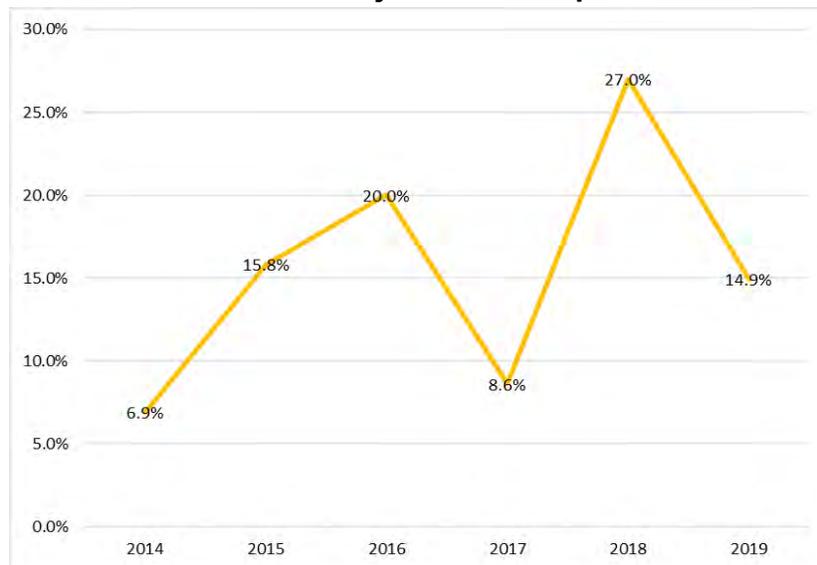
FIGURA 2
Número de huelgas comunicadas a la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019, según su calificación



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

Como puede advertirse, durante el periodo 2014-2019, las huelgas comunicadas fueron -en su mayoría- declaradas improcedentes (193 resoluciones) por la Dirección General de Trabajo, en contraste con las declaradas procedentes (31 resoluciones). En efecto, en el siguiente gráfico puede apreciarse -en términos porcentuales- las huelgas declaradas procedentes por la Dirección General de Trabajo, con relación al total de resoluciones directorales generales emitidas (224):

FIGURA 3
Porcentaje de huelgas declaradas procedentes por la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

De este modo, se tiene que durante el periodo 2014-2019 - en promedio - solo el 13.83% de las huelgas comunicadas fueron declaradas procedentes.

Ahora bien, siendo que la comunicación de una huelga es declarada improcedente por el incumplimiento o inobservancia de la normatividad, es menester plantear la siguiente pregunta: ¿a qué se debe el bajo nivel de cumplimiento o, en sentido contrario, el alto nivel de incumplimiento de la normatividad para que las organizaciones sindicales comuniquen el ejercicio del derecho de huelga?

La normatividad a observar por parte del sujeto colectivo para ejercer de manera efectiva el derecho de huelga en el Perú se encuentra previsto en el TUO de la LRCT y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, Reglamento de la LRCT); específicamente, las siguientes disposiciones:

TABLA 3

Normatividad para la comunicación del ejercicio del derecho de huelga

TUO de la LRCT	Reglamento de la LRCT
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 73.- Para la declaración de huelga se requiere: • a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos. • b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. • El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad. • Tratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases. • c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación. • d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 65.- La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso c) del Artículo 73 de la Ley, se sujetará a las siguientes normas: • a) Debe ser remitida por lo menos con cinco (05) días hábiles de antelación, o con diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, adjuntando copia del acta de votación; • b) Adjuntar copia del acta de la asamblea refrendada por Notario Público, o a falta de éste por Juez de Paz de la localidad; • c) Adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley; • d) Especificar el ámbito de la huelga, el motivo, su duración y el día y hora fijados para su iniciación; y, • e) Declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, que en Asamblea sea designado específicamente para tal efecto, de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley. (*) <p>(*) Literal e) del artículo 65 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR.</p>

Elaboración propia.

De la revisión de las reglas establecidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y en el artículo 65 del Reglamento de la LRCT, se advierte que estas reglas se dividen en “condiciones” y “requisitos”¹⁹.

¹⁹ Otros autores, siguiendo la calificación otorgada en el artículo 70 del Reglamento de la LRCT, clasifican estas reglas en requisitos de fondo y requisitos de forma. Véase, por ejemplo, Sarzo Tamayo en: La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018; y Zavala Costa & Vílchez Garcés en: El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo, 2016. Es de advertir que el primero ubica a la

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en el plano del Derecho Administrativo, existe una diferencia entre lo que se entiende por “condición” y “requisito”; si bien, esta no ha sido recogida de modo expreso en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), sí ha tenido un desarrollo jurisprudencial a partir de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI²⁰.

De este modo, conforme a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

“(…) las exigencias impuestas en calidad de **requisitos** son aquellos documentos y/o información solicitada por una entidad de la Administración Pública, a fin de iniciar la evaluación de una solicitud en particular. Por su parte, las **condiciones** son **elementos de evaluación** para aprobar o denegar una solicitud, entendiéndose a estos últimos no como piezas documentales (como es el caso de los requisitos), sino como los **factores y aspectos de hecho o de fondo** que debe evaluar una entidad para determinar si corresponde la aprobación de lo solicitado” (numeral 70 de la Resolución N° 0609-2018/CEB-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 000161-2017/CEB) (resaltado agregado).

En consecuencia, los requisitos implican la presentación de documentación o suministro de información en el marco de un procedimiento administrativo; mientras

garantía de prestación de servicios mínimos (nómina de trabajadores) como requisito de fondo y el segundo como requisito de forma. Asimismo, MIRANDA HURTADO en: La huelga y sus límites, 2016, observa solo requisitos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y Pasco Cosmópolis en: La huelga en el Perú, 1996, engloba a todos ellos en requisitos de forma.

²⁰ Cabe anotar que dicha Comisión es competente para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales de las entidades de la Administración Pública que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad y ordenar su inaplicación, conforme al Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

que, las condiciones son aquellos factores y aspectos de hecho o de fondo a evaluar por la autoridad para determinar si aprueba o no lo solicitado en el marco del procedimiento administrativo.

Por tanto, en el marco del procedimiento administrativo de declaratoria de huelga en el sector privado, se advierten las siguientes condiciones y requisitos:

TABLA 4
Condiciones y requisitos para la comunicación del ejercicio de derecho de huelga

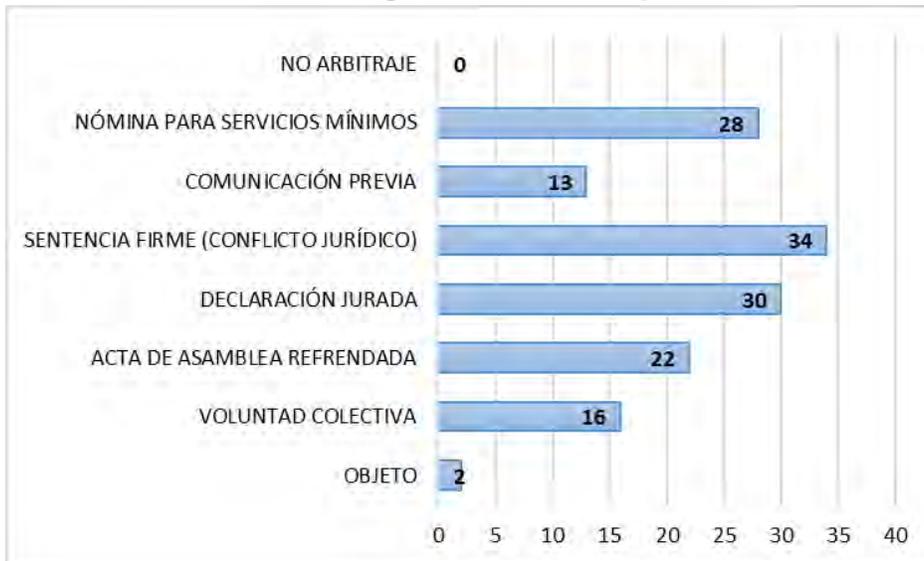
Condiciones	Requisitos
<ul style="list-style-type: none">• Objeto• Voluntad colectiva• Sentencia firme (conflicto jurídico)• No arbitraje	<ul style="list-style-type: none">• Acta de asamblea refrendada (*)• Declaración jurada• Comunicación previa• Nómina para servicios mínimos <p>(*) Actualmente, este requisito puede ser sustituto por la copia simple del Acta de Asamblea, acompañada de declaración jurada acerca de su autenticidad, de conformidad con el numeral 49.1.1 del inciso 49.1 del artículo 49 del TUO de la LPAG.</p>

Elaboración propia.

A partir de la revisión de las resoluciones directorales generales emitidas por la Dirección General de Trabajo, durante el periodo 2014-2019, que declararon la improcedencia de las comunicaciones de huelga, se expondrá el nivel de cumplimiento de cada una de las condiciones y/o requisitos por parte de las organizaciones sindicales.

Cabe precisar que, de acuerdo al ámbito de estudio delimitado, estas resoluciones corresponden a comunicaciones de huelgas del sector privado, de carácter nacional o suprarregional.

FIGURA 4
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2014



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

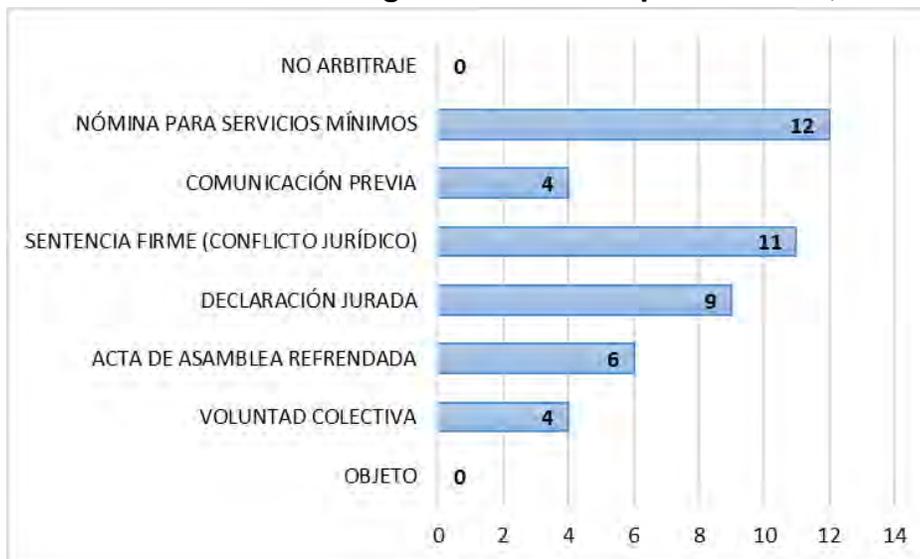
FIGURA 5
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, 2015



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

FIGURA 6

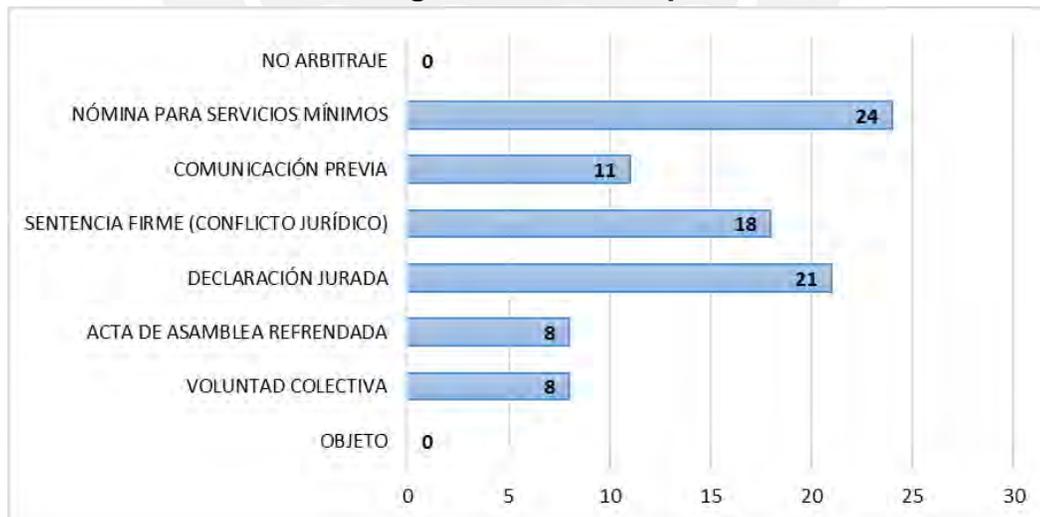
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2016



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

FIGURA 7

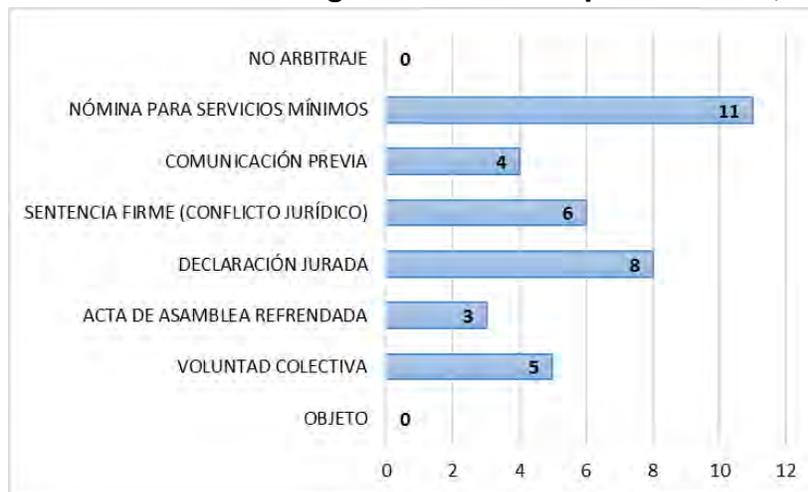
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2017



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

FIGURA 8

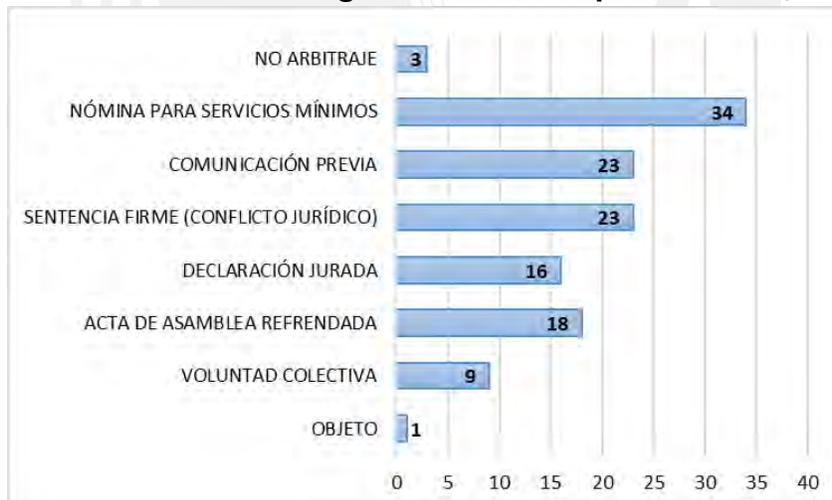
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2018



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

FIGURA 9

Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

A partir de la información reportada, y a modo de resumen, se presentan los totales en el periodo 2014-2019, respecto a los incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes:

FIGURA 10

Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

De la información que arrojan las estadísticas, respecto de los requisitos y las condiciones previstas en la normatividad que regula la comunicación del ejercicio del derecho de huelga, es posible colegir lo siguiente:

a) Sobre las condiciones

FIGURA 11

Número de incumplimientos de condiciones presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

De este gráfico, se tiene que el 2% de las resoluciones emitidas en el periodo 2014-2019 que declararon improcedentes las huelgas comunicadas (de un total de 193 resoluciones), fueron así resueltas por el incumplimiento de la condición de “no arbitraje”²¹ por parte de las organizaciones sindicales. Similar porcentaje (2%) respecto de dichas resoluciones, lo supuso el incumplimiento de la condición de “objeto”²².

Por su parte, un 30% de dichas resoluciones se debió al incumplimiento de la condición de “voluntad colectiva”; y, un 57%, al incumplimiento de la condición contemplada en el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “sentencia firme (conflicto jurídico)”, la cual opera en el supuesto en que las organizaciones sindicales tienen por motivo de huelga el incumplimiento de

²¹ Las tres oportunidades en que las organizaciones sindicales no cumplieron esta condición se dieron en el año 2019, a consecuencia de un cambio de criterio de parte de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En efecto, mediante el Informe N° 537-2019-MTPE/4/8, de fecha 27 de febrero de 2019, dicha oficina, ejerciendo la función prevista en el literal d) del artículo 28 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por la Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, indicó que “(...) dado que el empleador activó el arbitraje potestativo antes que el sindicato optara por la huelga tendría que prevalecer la solicitud del empleador para dirimir la controversia en el arbitraje potestativo, con lo cual la huelga tendría que ser declarada ilegal [improcedente] de conformidad con el literal d) del artículo 73 del TUO de la LRCT” (sic). Recientemente, este criterio ha sido rectificado por dicha oficina mediante el Informe N° 2154-2020-MTPE/4/8, de fecha 23 de noviembre de 2020, en el cual concluye que “la causal de improcedencia de la huelga a que se refiere el literal d) del artículo 73 del TUO de la LRCT es aplicable a los supuestos del arbitraje potestativo impuesto por los trabajadores así como al arbitraje voluntario, puesto que carece de sentido que si los trabajadores, en ejercicio de su libertad sindical, optan por un mecanismo heterocompositivo, apliquen a su vez una acción de presión para lograr un acuerdo autocompositivo. (...) 4.3. Sin embargo, esa incompatibilidad no puede producirse cuando quien aplica el arbitraje potestativo es el empleador, por cuanto el arbitraje como cristalización del deber de promoción de mecanismos de solución pacífica, no puede ser equiparado con el derecho de huelga constitucionalmente reconocido a los trabajadores, al punto de que dicho arbitraje potestativo impida el ejercicio de huelga”.

²² La condición vinculada a que la huelga tenga por “objeto” la defensa de los derechos de los trabajadores comprendidos en ella amerita un estudio más profundo que escapa del tema de investigación de la presente tesis. Sin embargo, se puede indicar que las veces que se tuvo por no observada esta condición se trató de comunicaciones de huelgas cuyo objeto no fue señalado (RDG N° 187-2014-MTPE/2/14 y 98-2015-MTPE/2/14). Luego, señalándose el objeto en la comunicación de huelga, éste estuvo relacionado a la fusión entre empresas y el retiro de funcionarios (RDG N° 095-2014-MTPE/2/14) o al rechazo de un proyecto de ley (RDG N° 82-2019-MTPE/2/14). Sobre esto último, con anterioridad, se había indicado que exigir la derogatoria de un Decreto Legislativo sí constituía interés socioeconómico, de cara a ser considerado como objeto en la comunicación de huelga (RDG N° 001-2019-MTPE/2/14).

normas legales o convencionales, representando -de este modo- la principal condición inobservada por las organizaciones sindicales²³.

b) Sobre los requisitos

FIGURA 12
Número de incumplimientos de requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

A partir de este gráfico, se tiene que el 38% de las resoluciones emitidas en el periodo 2014-2019 que declararon improcedentes las huelgas comunicadas (de un total de 193 resoluciones), fueron así resueltas por el incumplimiento del requisito de “acta de asamblea refrendada” por parte de las organizaciones sindicales. Similar porcentaje (39%) respecto de dichas resoluciones, lo supuso el incumplimiento del requisito de “comunicación previa”.

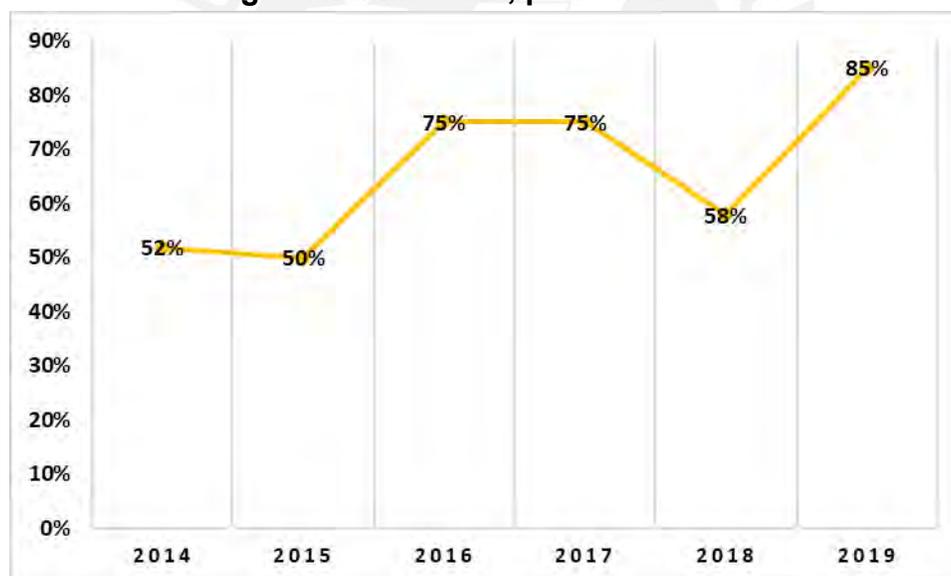
Por su parte, un 55% de dichas resoluciones se debió al incumplimiento del requisito de la “declaración jurada”; y, un 65%, al incumplimiento del requisito de la “nómina

²³ De igual manera, entre todas las condiciones, esta es la que amerita mayores comentarios ya sea por su establecimiento como condición o por la forma de entender cómo cumplirla en una comunicación de huelga por motivos jurídicos. Tales circunstancias impiden que sea abordada en el esquema de investigación planteado. A propósito de la norma que soporta esta condición, se ha indicado que ordenamiento jurídico peruano ha apostado por un modelo de huelga, en el sector privado, calificado como contractual acompañado por un modelo laboral atenuado (Sarzo Tamayo, 2018, pág. 19).

para servicios mínimos”, representando -de este modo- el principal requisito inobservado por las organizaciones sindicales. Pero no solo ello, sino que la “nómina para servicios mínimos” fue también el más inobservado en comparación con las condiciones, como se observa en el Gráfico 9.

Ahora bien, es propicio analizar cómo ha sido la evolución del nivel de incumplimiento del requisito de la “nómina para servicios mínimos” durante el periodo 2014-2019, a partir de las resoluciones emitidas por la Dirección General de Trabajo que declararon la improcedencia de las huelgas comunicadas.

FIGURA 13
Evolución del nivel de incumplimiento del requisito de la “nómina para servicios mínimos”, según resoluciones que declararon improcedencia de huelgas comunicadas, periodo 2014-2019



Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
Elaboración propia.

Como puede advertirse, durante el periodo 2014-2019, el incumplimiento del requisito de “nómina para servicios mínimos” motivó que cada año al menos el 50% de las resoluciones directorales generales emitidas declaren la improcedencia de la huelga comunicada.

La tendencia respecto a la evolución del nivel de incumplimiento de dicho requisito no ha sido uniforme: en el año 2014 se presentó en un 52% de las resoluciones, luego -en el 2015- se tuvo una ligera baja al 50%; sin embargo, para el año 2016, experimentó un alza al 75%, que se mantuvo durante el 2017. Posteriormente, en el año 2018, se advierte una baja al 58%, porcentaje que se vería elevado al 85% en el año 2019.

Sobre la base de la información revelada, se puede afirmar que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga en el Perú presenta severos inconvenientes.²⁴

En efecto, luego de contrastar el grado de cumplimiento de las organizaciones sindicales a la normatividad correspondiente para el ejercer el derecho de huelga, así como la calificación realizada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, son dos (2) indicadores los que resaltan de la afirmación antes mencionada: el primero es que, en promedio, solo el 13.83% de comunicaciones de huelga son declaradas procedentes y, el segundo, es que el 65% de las reglas inobservadas por las organizaciones sindicales es el referido al requisito de la “nómina para servicios mínimos”.

Dadas estas consideraciones, resulta imperioso examinar si la configuración normativa de los servicios mínimos tiene o no un impacto en el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú, lo cual será abordado en el siguiente capítulo.

²⁴ Recuérdese que la evaluación se encuentra delimitada a aquellas comunicaciones de huelga presentadas por organizaciones sindicales de alcance nacional o suprarregional en el ámbito del sector privado durante el periodo 2014-2019.

CAPÍTULO II

Los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú

El primer capítulo ha iniciado con anotaciones preliminares con el objetivo de asentar el tema de investigación de la presente tesis y se ha culminado revelando que el requisito referido a la presentación de la nómina de trabajadores para garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos constituye el principal incumplimiento de las organizaciones sindicales del sector privado cuando comunican a la Autoridad Administrativa de Trabajo el ejercicio del derecho de huelga con ámbito nacional o suprarregional, al menos, durante el periodo 2014-2019.

A consecuencia de la revelación descrita en el capítulo anterior, en el presente capítulo se indagará tres (3) interrogantes vinculadas al requisito de la nómina de trabajadores para el mantenimiento de los servicios mínimos: en primer lugar, ¿qué son los servicios mínimos?; luego ¿cómo está regulado la garantía de los servicios mínimos en el ordenamiento jurídico peruano?; y, finalmente, ¿cuáles son las consecuencias prácticas de la normatividad de los servicios mínimos en el ejercicio efectivo del derecho de huelga?

2.1. Servicios esenciales: una cuestión de concepto en la disciplina del Derecho.

El estudio del derecho de huelga y los servicios esenciales puede abordarse desde la inserción de la huelga en el sistema de derechos y el régimen de límites recíprocos²⁵, escenario en el que se surge el debate de los límites internos y

²⁵ Sobre el particular se ha sostenido que “desde el momento en que la huelga se instrumenta como derecho y sobre ella opera la disciplina jurídica pasa a encuadrarse necesariamente en el ordenamiento general que garantiza su ejercicio dentro de ciertos límites. Así enunciado, el principio es indiscutible; si todo derecho nace con su límite, el derecho de huelga no constituye excepción; esto es, no es una expresión de una libertad plena y absoluta” (Mantero Álvarez, 1992, pág. 17). Asimismo, VILLAVICENCIO ha indicado, citando a la obra colectiva “*Manual de Derecho Sindical*”,

externos al derecho de huelga²⁶. Sin embargo, para el presente trabajo de investigación, se opta por ingresar a su estudio a partir del concepto “servicios esenciales” y una característica poco analizada en el Perú: la ausencia de homogeneidad del concepto en la disciplina del Derecho²⁷.

El concepto “servicios esenciales” opera en el Derecho del Trabajo con un propósito distinto al utilizado por otras disciplinas jurídicas, en especial, el Derecho Administrativo (García, 2006, pág. 450). Para el primero, este concepto “describe el ámbito en el que ejercicio del derecho de huelga experimenta una regulación adicional y específica de carácter restrictivo” (Vivero Serrano, 2002, pág. 130) y, para el segundo, los servicios esenciales son definidos como “actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos” (Martínez López-Muñiz, 2001, pág. 269)²⁸.

De lo anterior, apreciamos que el concepto “servicios esenciales” en el Derecho del Trabajo se presenta como un mecanismo que habilita la generación de

liderada por MONEREO PEREZ, que “la consagración de la huelga como derecho implica su inserción en el sistema de derechos y, por tanto, su ingreso al inevitable régimen de límites recíprocos que caracteriza a cualquier régimen de derechos dentro del orden jurídico general” (Villavicencio Ríos, 2008, pág. 445). Con mayor precisión, MONTOYA expone que “el derecho de huelga y esos otros derechos constitucionales se enfrentan, imponiéndose una coordinación entre ellos que evite la pura y simple anulación de un derecho por otro. Dicho de otro modo, la huelga no puede suprimir esos servicios esenciales, pero tampoco los servicios esenciales pueden llegar a bloquear radicalmente la posibilidad de huelga” (Montoya Melgar, 1996, pág. 112).

²⁶ Esta aproximación lo apreciamos en el artículo de Villavicencio Ríos, Alfredo. “Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva regulación”. En Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez (443-473). Lima: Grijley. Asimismo, la entrada al estudio de la huelga desde la clasificación de los límites internos y externos lo encontramos en el artículo de 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 (383-396). Lima: Grijley.

²⁷ En Argentina, este abordaje al tema se encuentra en García, Héctor Omar, “La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho”, 2006.

²⁸ Incluso en el ámbito del Derecho Administrativo, los especialistas tienen su propio debate sobre el tratamiento del concepto de servicio esencial y su vinculación con otros conceptos como el de servicio primordial o servicio universal. Sobre el particular, ver Cassagne, Juan Carlos. 1996. “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”. En Revista de Administración Pública 40 (mayo-agosto); y Baca Oneto, Víctor Sebastián. 2009. “Servicio Público, Servicio Esencial y Servicio Universal en el Derecho Peruano”. En Teoría de los Servicios Públicos, coordinador Vignolo Cueva, Orlando, Lima: Grijley, pp. 355-388.

disposiciones normativas que buscan la restricción al ejercicio del derecho de huelga. Para el Derecho Administrativo, por su parte, el concepto “servicios esenciales” se encuentra vinculado con la satisfacción de necesidades de la población.

Si bien la restricción o la introducción de algún límite al ejercicio del derecho de huelga reposa en los valores constitucionales que se busca proteger con el mantenimiento las *prestaciones vitales*²⁹ de las que no puede privarse a la sociedad, ello no debería conducir a que se identifique la concepción de los servicios esenciales para el Derecho del Trabajo con aquellas prestaciones que satisfacen el interés general³⁰.

No aceptar ni reconocer el distinto enfoque que ambas disciplinas le otorgan al concepto “servicios esenciales” (y con ello una evolución natural del término y su significado) ha conllevado que en el Perú se postulen críticas al enfoque laboral, acusando de “estrechez conceptual” fundar los servicios esenciales únicamente en la tutela de tres bienes jurídicos (vida, seguridad y salud) (Morón Urbina, 2013, pág. 278)³¹.

²⁹ Término utilizado por el Tribunal Constitucional español en el fundamento jurídico 18 a sentencia de 08 de abril de 1981, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Real Decreto-Ley 17/1977.

³⁰ Para SARTHOU no existe oposición entre la restricción al ejercicio del derecho de huelga y mantenimiento del interés de la comunidad, sino que ella se utiliza para justificar el intervencionismo. Así, este autor argumenta que “la parte más importante, activa y pasiva, de la comunidad son los mismos trabajadores. Porque los que quieren ingresar al mercado de trabajo son hijos de los mismos trabajadores. Porque los que trabajan son los trabajadores que están en el movimiento sindical. Porque los pasivos que ya no trabajan no son otros, generalmente, que los padres de los trabajadores. Es así entonces que ese concepto de comunidad, opuesto al interés del movimiento sindical parece un concepto forzado para determinar el intervencionismo, pero que realmente no se justifica. En el interés de la comunidad está también el que se cumpla con los objetivos del salario de los derechos sindicales, de las fuentes de trabajo, que además tienen jerárquicamente tanta importancia que la de los objetivos de la exportación, por ejemplo” (Sarthou, 2004, págs. 160-161).

³¹ Este autor –quien se sostiene en lo señalado en el libro “La Huelga en los servicios esenciales” del maestro en Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne” - afirma que “la categoría de servicios públicos esenciales ha sido desarrollada en el derecho de trabajo de modo paralelo a los servicios públicos del que nos habla el derecho administrativo, a la medida de sus necesidades para delimitar el derecho de huelga, sin reconocer identidad entre ambas nociones” (Morón Urbina, 2013, pág. 272). Si bien en este artículo se parte mencionando que los términos “servicios públicos” y “servicios esenciales” se han acuñado por ambas ramas del derecho con propósitos distintos, se identifica cierta relación de género a especie, lo cual ha originado que se cuestione la configuración del

Uno de los principales argumentos de esta crítica se sustenta en el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), en cuyo inciso 2 establece que:

“2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente solo puede estar sujeto a limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujeto a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.”

En efecto, a partir del texto precitado, se ha indicado que:

“(…) este documento internacional (…) refiere expresamente a la válida restricción mediante ley a los servicios esenciales basada en razones de necesidad para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como otros derechos y libertades de los demás” (Morón Urbina, 2013, pág. 278).

concepto “servicios esenciales” dada por el enfoque laboral, postulando que la posición jusadministrativa ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0025-2007-PI/TC. Sobre esto último, como se indicará en el siguiente apartado, no se trata que el concepto “servicios esenciales” postulado por el enfoque laboral haya sido calificado negativamente por el Tribunal Constitucional, sino que se ha acudido a los pronunciamientos del mismo órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo que ha posicionado el concepto “servicios esenciales” para el Derecho del Trabajo. Desde otra mirada, asumiendo la relación de genero a especie entre los “servicios públicos” y “servicios esenciales”, respectivamente, pero sin buscar la crítica de una posición a la otra, se ha señalado que “los servicios esenciales (...) es también un servicio público, pero que tiene determinadas características que lo hacen de necesaria e inaplazable necesidad” (Asociación Derecho & Sociedad, Circulo de Estudios, 1992, págs. 47-48). Asimismo, esta relación de género a especie, ha sido alegada por PASCO COSMÓPOLIS en La huelga en el Perú, 1996, pág. 222.

Sobre el particular, la lectura de dicho instrumento internacional lleva a una conclusión diferente: este artículo no refiere expresamente a la válida restricción de la huelga a los servicios esenciales basada en razones de necesidad para salvaguardar los bienes jurídicos indicados en la primera parte de su numeral 2.

Efectivamente, por un lado, el numeral 2 del artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en concordancia con lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reafirma la posición que la limitación y restricción del ejercicio de los derechos sindicales (entre ellos, la huelga) solo debe provenir de una fuente normativa específica: la ley³²; y, por otro lado, se aprecia que la limitación y restricción está cimentada tanto por los objetivos que se buscan tutelar con ellas, supuesto en el que se encuentra la salvaguarda del orden público, salud, moral pública y derechos y libertades de los demás, como por la situación especial del sujeto de derecho: los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Si bien no se niega que el segundo aspecto debe leerse también con las consideraciones que contiene el primero (qué duda cabe que limitar el ejercicio de los derechos colectivos de las miembros de las fuerzas armadas, sin abarcar al personal administrativo, tiene como propósito salvaguardar el orden público, así como que los que prestan servicios públicos esenciales procuran salvaguardar la salud, derecho y libertades de los demás), ello no da pie a afirmar que el concepto “servicios esenciales” incorpora de manera expresa la tutela de bienes jurídicos distintos a la vida, seguridad y salud.

³² Nótese que los textos jurídicos internacionales no aluden a una norma con rango de ley como sería, por ejemplo, los dados por el Poder Ejecutivo en determinados supuestos: decreto legislativo, decreto-ley o decreto de urgencia. En relación a ello, cabe indicar que, mediante la Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la consulta formulada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, asentó la posición que “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Queda claro entonces que, para los países miembros de la Organización de Estados Americanos, la limitación y restricción del ejercicio de los derechos sindicales únicamente debería darse por la emisión de una ley dada por el Órgano Parlamentario o Legislativo y no por una norma con rango de ley dada por el Poder Ejecutivo u otro órgano que cuente con iniciativa legislativa.

Por otro lado, se debe considerar que el texto normativo del Protocolo de San Salvador se construye sobre la base del consenso entre los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); y, que el concepto “servicios esenciales”, entendida por el Derecho del Trabajo, ha sido posicionado por la Organización Internacional del Trabajo; específicamente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Así, esta comisión, conformada por 20 juristas nombrados por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo que, a su vez, está compuesto por representantes de los trabajadores, empleadores, así como de los Estados miembros, ha formulado en el año 1983 “una definición de servicios esenciales que ha trascendido al tiempo y las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales” (García H. O., 2006, pág. 463).

Para finalizar este apartado, se dará cuenta de una reciente muestra de cómo el concepto de servicios esenciales ha sido tratado en el Perú de modo distinto al utilizado por el Derecho del Trabajo³³.

En el marco del Estado de Emergencia Nacional por la pandemia del COVID-19, el Poder Ejecutivo dictó los Decretos Supremos N° 044-2020-PCM y N° 003-2020-DE, por medio de los cuales se acudió al concepto “servicio esencial” no para restringir el ejercicio del derecho de huelga, sino para establecer una excepción a la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas y permitir la intervención de las Fuerzas Armadas, respectivamente. El Estado utilizó este concepto con el objetivo de definir para qué actividades y servicios se encontraban permitidas la circulación de las personas durante el Estado de Emergencia Nacional;

³³ En esa línea, comentando la normatividad emitida en el periodo de emergencia sanitaria declarada en Argentina con motivo de la pandemia de COVID-19, GARCÍA menciona que “en esas normas de carácter laboral se hacen reiteradas menciones a “actividades o servicios esenciales” y a “personal esencial”, lo que motiva la pregunta acerca de la relación –si la hay- entre estos conceptos y el de servicios esenciales a efectos de recortar el ejercicio del derecho de huelga” (García H. O., 2020, pág. 16).

y por otro lado, con el objetivo de asegurar el control y mantenimiento del orden interno³⁴.

Por lo demás, que el concepto de servicios esenciales -desde el enfoque laboral- se restrinja a tutelar únicamente los bienes jurídicos vida, seguridad y salud no implica que la preservación de otros bienes jurídicos posibilite la limitación del ejercicio del derecho de huelga³⁵. Así, el surgimiento de otros conceptos, entre ellos, los *servicios mínimos*, contruidos a partir del concepto servicios esenciales, y su funcionalidad, serán abordados en el siguiente apartado.

2.2. La configuración normativa de los servicios mínimos en el Perú.

En este apartado corresponde atender la segunda interrogante esbozada para este segundo capítulo: ¿cómo está regulada la garantía de los servicios mínimos en el ordenamiento jurídico peruano?

Para ello, se parte de la premisa que -para el constituyente- la finalidad de regular el derecho de huelga es que la medida de presión se ejerza en armonía con el

³⁴ Partiendo de una interpretación diferente respecto de la finalidad de la noción de servicio esencial dada en el Derecho del Trabajo, así como en la utilizada en el Estado de Emergencia Nacional, a propósito de la actividad de la inspección del trabajo, OJEDA QUIROZ ha señalado que “si bien es cierto que el servicio público de inspección del trabajo no tiene el carácter de esencial en nuestro ordenamiento jurídico, debemos preguntarnos, si este mismo tratamiento es el que corresponde en un estado de emergencia nacional, más aún si -como veremos en líneas posteriores- se han emitido disposiciones legales excepcionales que impactan en las relaciones laborales” (La actividad de inspección del trabajo en tiempos del Covid-19 ¿Debe considerarse como servicio público esencial en el estado de emergencia nacional?, 2020, pág. 15).

³⁵ Esta situación pareciera preocupar a los exponentes del enfoque administrativo del concepto servicios esenciales cuando se señala que “bajo esta perspectiva de análisis [perspectiva administrativa] deberían quedar como excepciones a la continuidad de la prestación por paralización laboral, no cuando su interrupción incide únicamente y directamente en la vida, seguridad o salud de la sociedad, sino también cuando afectan otros valores o derechos constitucionales como, por ejemplo, la libre circulación de las personas, el derecho a la información, el derecho a las comunicaciones, a la educación, entre otros análogos. De este modo, la consagración de esta visión jusadministrativa haría que se limite el ejercicio de la huelga en estos servicios y hace necesario procurarle medidas limitativas” (Morón Urbina, 2013, pág. 273).

interés social y, es por esta finalidad, en consecuencia, que se admite el establecimiento de excepciones y limitaciones³⁶.

El Tribunal Constitucional ha hecho notar que, en rigor, esta finalidad no debe entenderse con el *interés social*, sino con el *interés público*, en razón de que este último “*hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto*”³⁷ (Caso Yanacocha, 2006, fundamento 18).

Una de las limitaciones que el legislador ha previsto para que la huelga se ejerza en armonía con el interés público es el mantenimiento de los servicios mínimos³⁸. Recuérdese que, en base a lo explicitado en el apartado anterior, para la Organización Internacional del Trabajo, la funcionalidad de los servicios mínimos consiste en constituir una alternativa a la prohibición del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales calificadas en sentido estricto.

Esta funcionalidad ha sido acogida en el ordenamiento jurídico peruano: el límite al ejercicio del derecho de huelga en el Perú frente a los servicios esenciales importa el mantenimiento de servicios mínimos y no su prohibición.

³⁶ En sentido similar, comentando el artículo 28 de la Constitución Política del Estado, CARRILLO señala que “el precepto ya fija el contenido mínimo de la norma de desarrollo, a la que corresponde señalar las “limitaciones” y “excepciones” al derecho de huelga, el mismo que queda subordinado al “interés social”, amplísimo concepto que deberá ser convenientemente acotado por el legislador, para evitar que se convierta en una parámetro de legitimidad que pueda ser utilizado discrecionalmente por el Estado con propósitos restrictivos” (Carrillo Calle, 2001, pág. 84); en sentido contrario, para TOYAMA “la fórmula empleada es sumamente flexible y otorga al legislador la potestad de optar por diversos modelos de huelga, titularidad del derecho, extensión y limitaciones a su ejercicio, especialmente cuando se trata de los llamados servicios esenciales, etc.” (Toyama Miyagusuku, 2001, pág. 33).

³⁷ Posteriormente, en la sentencia recaída en el expediente n° 3311-2005-PA/TC, el propio Tribunal Constitucional (conformado por otro colegiado) consideró que “*el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga (...) comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador*”; no obstante, esta precisión no ha tenido acogida en posteriores pronunciamientos.

³⁸ Sobre los límites al ejercicio del derecho de huelga en el Perú, los profesores VIDAL SALAZAR y ARCE ORTIZ han abordado su estudio: el primero con énfasis en los límites internos (Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano, 2004) y el segundo en los límites internos y externos (Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009).

Las reglas que permiten viabilizar la operatividad de este límite se encuentran previstas en el TUO de la LRCT, en el Reglamento de la LRCT; y, recientemente, en las “Normas complementarias al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, que regulan la comunicación de servicios mínimos y el procedimiento de divergencia, así como las características técnicas y los honorarios referenciales del órgano independiente encargado de la divergencia (...)”, aprobado por la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR (en adelante, Normas Complementarias).

Sobre la base de lo indicado, la respuesta a la interrogante planteada en este apartado se afrontará a partir de cuatro tópicos, los cuales han sido identificados en la construcción normativa de los servicios mínimos en el Perú: (i) la regulación del contenido de los servicios mínimos, (ii) la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, (iii) la regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos, y (iv) la regulación del doble control estatal sobre el ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos.

2.2.1. La regulación del contenido de los servicios mínimos.

La configuración normativa del contenido de los servicios mínimos está prevista en el primer párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT, que a la letra establece:

“[C]uando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan”.

De este articulado, se puede explicar el contenido de los servicios mínimos en función de dos interrogantes: por un lado, ¿en qué supuestos normativos se manifiesta la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de

huelga? y, por otro lado, ¿de qué modo se materializa la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga? Las respuestas para ambas preguntas son atendidas a continuación.

(i) Supuestos normativos que habilitan la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto a la primera pregunta, debe señalarse que, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 82 del TUO de la LRCT, esta limitación se manifiesta en dos categorías: las actividades indispensables para la empresa y los servicios públicos esenciales, reguladas en los artículos 78 y 83 del mismo dispositivo normativo, respectivamente³⁹.

Actividades indispensables para la empresa.

La categoría de actividades indispensables para la empresa ha sido concebida en la legislación, utilizando la técnica de la definición.

Así, el artículo 78 dispone que actividades indispensables para la empresa son:

“aquellas labores (...) 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”.

³⁹ El Decreto Supremo N° 070-90-TR es el antecedente normativo de las categorías de servicios públicos esenciales y actividades indispensables para la empresa. Luego, bajo la influencia de la normatividad española, estas categorías fueron alteradas en el Dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República recaído en los Proyectos de Ley N° 67/2006-CR, 128/2006-CR, 271/2006-CR, 378/2006-CR, 610/2006-CR, 815/2006-CR, 831/2006-CR y 837/2006-CR, que proponían el dictado de una Ley General del Trabajo; así como en el Proyecto de Ley General de Trabajo, revisado y actualizado por la Comisión de Expertos, designada mediante la Resolución Ministerial N° 257-2011-TR; y en el Informe Técnico elaborada por la Comisión Técnica Sectorial, creada mediante la Resolución Ministerial N° 138-2012-TR. En estos instrumentos, la categoría “actividades indispensables para la empresa” fue sustituida por la categoría de “servicios de mantenimiento” y la categoría “servicios públicos esenciales” fue cambiada por la categoría “servicios esenciales para la comunidad”.

Según se observa, la normatividad ha considerado cuatro riesgos que ameritan el mantenimiento de servicios mínimos de cara a una paralización de labores producida por el ejercicio del derecho de huelga: (i) el peligro a las personas, (ii) el peligro a la seguridad, (iii) la conservación de los bienes de la empresa, o (iv) el impedimento a reanudar de forma inmediata la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga.

En cuanto a los puntos (i), (ii), y (iii), el interés por salvaguardar la integridad física de las personas y la seguridad o conservación de los bienes de la empresa como supuestos que habilitan la limitación del ejercicio del derecho de huelga no es ajeno para la Organización Internacional del Trabajo. Concretamente, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones admiten la imposición de un “servicio mínimo de seguridad” para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones de la empresa⁴⁰.

Qué duda cabe que la paralización de las actividades vinculadas, por ejemplo, al mantenimiento o supervisión de la caldera de vapor, en las actividades industriales, o al sistema de bombeo de agua, en las actividades mineras, pueden comprometer seriamente a la integridad física de los trabajadores, funcionarios, o personas en general, así como a las instalaciones de la empresa⁴¹.

⁴⁰ Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical consideró admisible que una legislación contenga la obligación para las organizaciones profesionales de “procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 865), y el Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicó que “el servicio mínimo (...) sería adecuado en las situaciones en que no aparece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que (...) podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones” (Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, pág. 77).

⁴¹ La protección a las instalaciones y bienes de la empresa es una preocupación que no surge en el Perú con el texto original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino que data –por lo menos– del año 1970. La comisión designada por las Resoluciones Supremas 270-TR de 26 de octubre de 1970 y 350-TR de 28 de diciembre de 1970, y presidida por el profesor Ricardo Nugent, se encargó de redactar un proyecto de ley general de relaciones colectivas de trabajo, en cuyo artículo 59 se dispuso “[D]urante la huelga es obligatorio el trabajo del personal necesario para evitar perjuicios en materias primas, sembríos, máquinas o instalaciones. (...)”. (Nugent, 2006, pág. 346). Asimismo, se advierte que en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 070-90-TR se reguló la obligación de asegurar el mantenimiento de las actividades en aquellos casos en los que “la huelga pudiere producir el

Sobre este último, en particular, se ha señalado que, incluso, la protección de la maquinaria e instalaciones de trabajo – cuando se formulan en términos razonables – “no plantean mayores problemas porque (...) las organizaciones de trabajadores están de acuerdo en evitar los daños que directa o indirectamente se pueden provocar en la maquinaria, entre otros motivos, para preservar la fuente de trabajo”. (Ermida Uriarte, La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales, 1988, pág. 60).

Sin embargo, en cuanto al punto (iv), el carácter independiente o autónomo que se le brinda a este supuesto normativo respecto de los demás⁴² genera reparos al autor del presente trabajo de investigación por lo que no se podría sostener que la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa instaura una excepción de la suspensión de actividades y, con ello, el surgimiento de los servicios mínimos como limitación al ejercicio del derecho de huelga.

Tal como se ha indicado en el apartado 2.1., el concepto de servicios esenciales y las categorías derivadas de ella se han construido para tutelar bienes jurídicos concretos e intereses colectivos, respectivamente; y es -en esa medida- que se ha admitido el mantenimiento de los servicios mínimos como límite al ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, si se parte de la concepción adoptada por el Tribunal Constitucional en el caso Yanacocha (expediente 3311-2005-PA/TC) y, más precisamente, en el caso de la Ley Marco del Empleo Público (expediente 008-2005-PI/TC), ¿la colectividad o el interés público se verían tutelados si la empresa reanuda de forma inmediata su actividad ordinaria una vez que concluya la huelga?⁴³

deterioro de bienes, materia prima, maquinarias o instalaciones que impidan la reanudación inmediata de labores una vez concluida la paralización”.

⁴² El artículo 6 del Decreto Supremo N° 070-90-TR, que constituye el antecedente normativo del artículo 78 del TUO de la LRCT, vinculaba el impedimento de reanudar inmediatamente las labores al riesgo de afectación a los bienes de la empresa, estableciendo un nexo de causalidad que hacía más digerible justificar la imposición de un “servicio mínimo de seguridad”.

⁴³ Comentando la diferente finalidad que ostenta tanto los servicios esenciales como las actividades indispensables (a las que alude como “servicios mínimos de mantenimiento”), el profesor CORTÉS

Para el autor del presente trabajo de investigación, la inmediatez o no de la reanudación ordinaria de actividades es una contingencia que debe sobrellevar el empleador, sea porque constituye una consecuencia natural de cualquier paralización de labores⁴⁴; o sea porque los puestos y posiciones de trabajo vinculados a la producción serán los que paraliquen y no aquellos que pongan en riesgo los bienes jurídicos tutelados o el interés público, en aquellos casos donde la actividad transcurre durante las veinticuatro horas del día.

Debido a que este supuesto busca tutelar el interés privado o individual del empleador y no el interés colectivo o público de la ciudadanía, no resulta compatible con la finalidad prevista en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado⁴⁵.



CARCELÉN comenta sobre este último que “son aquellos que protegen a la empresa y a aquellos que desarrollan su labor en ella. (...) no suponen la continuación de parte del servicio a los terceros sino el mantenimiento de los bienes de la empresa para evitar un daño mayor al necesario al empleador y adicionalmente garantizar el reinicio inmediato de las labores una vez levantada la medida por éstos” (El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga, 2009, págs. 677-678).

⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en el detenimiento de una línea o proceso de producción que se ocasiona a consecuencia de un feriado largo o acontecimiento de fechas especiales. Incluso, es conocido que existen centros de trabajo que paralizan sus actividades los fines de semana y reinician con el comienzo de la jornada.

⁴⁵ Sobre el particular, SARZO TAMAYO encuentra en el derecho constitucional a la libertad de empresa del empleador un respaldo razonable al establecimiento de servicios mínimos en actividades indispensables” (Visión crítica del procedimiento administrativo de divergencia. A propósito del ejercicio del derecho de huelga en el Perú, 2017, pág. 116).

Servicios públicos esenciales.

De otro lado, la categoría de servicios públicos esenciales⁴⁶ ha sido concebida en el Perú⁴⁷, utilizando la técnica de la enumeración⁴⁸; es decir, se ha elaborado un catálogo de actividades que la normatividad ha calificado como esenciales.

Cabe precisar que, en virtud del literal j) del artículo 83 del TUO de la LRCT (“otros que sean determinados por Ley”), se trata de un catálogo abierto⁴⁹ que va en línea con el criterio expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo cuando recordó que *“sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa*

⁴⁶ Esta utilización terminológica en la normatividad peruana ha sido comentada por CORTEZ ARCELÉN quien afirma que “la norma utiliza principalmente la denominación de servicios públicos esenciales, entendiendo el servicio público no desde el punto de vista de quien brinda el servicio, sino de que recibe el servicio. En el concepto están involucrados ciertos servicios brindados por el Estado, como también por los particulares”. (La Huelga en los Servicios Esenciales y el Derecho Ley 25593, 1993, pág. 118). Asimismo, es de indicar que el término servicios públicos esenciales o servicios esenciales han sido utilizados en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de manera indistinta, como se observa en el segundo párrafo del artículo 82.

⁴⁷ Las reglas vinculadas al ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales aparecen por primera vez en el Perú con el Decreto Supremo N° 070-90-TR. En esta se norma, para la determinación jurídica de los servicios esenciales se adoptó la técnica de la definición (artículo 1), acompañado de la técnica de la enumeración (artículo 2). Llama la atención la similitud de las técnicas adoptadas, así como de la redacción de este decreto supremo con el artículo 1 del Decreto 2184/90, dictada meses antes en Argentina por su Poder Ejecutivo.

⁴⁸ A esta técnica, el profesor VILLAVICENCIO RIOS la reconoce como “definición en numerativa” (Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular), 2008, págs. 451-452).

⁴⁹ Por su parte, sobre la base del texto normativo del Decreto Ley N° 25593, PASCO COSMÓPOLIS ha señalado que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo “opta por el sistema de enumeración cerrada o de *numerus clausus*, aunque matizado con una suerte de apertura enunciativa” (La huelga en el Perú, 1996, pág. 223). Recuérdese que el literal j) de este decreto ley establecía como servicio público esencial las actividades cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes. Esta apertura enunciativa a la que hacía alusión PASCO COSMÓPOLIS con relación al literal i) mostraba una seria dificultad por cuanto aquel riesgo podía englobar muchas manifestaciones distintas a la integridad física de las personas, como el aspecto la emocional, la cual evidentemente conlleva un aspecto subjetivo marcado. En este sentido, CORTEZ CARCELÉN comentaba que “el inciso j), referido a los servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes, es de una amplitud cuestionable. No se determina a qué tipo de riesgo se refiere, ni cuáles son los derechos protegidos en este campo” (La Huelga en los Servicios Esenciales y el Derecho Ley 25593, 1993, pág. 121).

y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales” (Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, pág. 75)⁵⁰.

La incorporación de determinadas actividades en este catálogo, como la de hidrocarburos, transporte y de correos, han sido objeto de cuestionamientos por parte de la doctrina nacional debido a que estas han sido excluidas como servicios esenciales en sentido estricto en la lista efectuada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo (Arce Ortiz, Elmer, Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, pág. 395). Asimismo, se ha criticado la imprecisión de los servicios o el carácter de cláusula abierta que presenta la norma con relación a las actividades de naturaleza estratégica o que se vinculan con la defensa o seguridad nacional⁵¹.

Lejos de emitir un juicio sobre dichas observaciones⁵², lo cierto es que la normatividad peruana ha construido el supuesto de servicios públicos esenciales – en determinados casos- sin seguir el contenido de la categoría servicios esenciales expuesta en el seno de la Organización Internacional del Trabajo: califica como servicios públicos esenciales a actividades o servicios que para la Organización Internacional del Trabajo no son servicios esenciales en sentido estricto (como, la

⁵⁰ El profesor ARCE ORTIZ mantiene una posición crítica respecto del listado de actividades establecido en el artículo 83 del TUO de la LRCT pues “permite abrir por normas con rango de ley el listado de servicios esenciales”, situación que considera peligroso por cuanto el legislador podría aumentar los límites de un derecho constitucional, devaluando el rango constitucional que adquiere el derecho de huelga (Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, págs. 395-396). En cuanto al incremento de actividades, es de señalar que la calificación de servicio público esencial provenientes de la habilitación legal prevista en el literal j), ha sido utilizado para el servicio educativo (Ley 28988) y la actividad de control de tránsito aéreo (Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú).

⁵¹ Ver Cortés Carcelén, El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga, 2009, pág. 667; Arce Ortiz, Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, pág. 395; y Pasco Cosmópolis, La huelga en el Perú, 1996, pág. 224).

⁵² Para el autor del presente trabajo de investigación, las restricciones al ejercicio del derecho de huelga en el Perú a través de la calificación de servicios esenciales pueden ser objeto de diversos cuestionamientos, siendo el principal de ellos que estas devienen en inválidas desde que dichas reglas provienen de un decreto - ley. Como se ha indicado líneas arriba, la limitación y restricción del ejercicio de los derechos sindicales únicamente debería darse por la emisión de una ley dada por el Órgano Parlamentario o Legislativo y no por una norma con rango de ley dada por el Poder Ejecutivo u otro órgano que cuente con iniciativa legislativa, ello conforme a lo postulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986.

radio-televisión; los sectores del petróleo, el transporte, la generación, transporte y distribución de combustible o la educación); y, no considera actividades o servicios que para la Organización Internacional del Trabajo sí son servicios esenciales (servicios de bomberos o el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares).

Incluso, la normatividad peruana ha comprendido una categoría dentro de otra. Así, en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 070-90-TR, se incluyó la categoría servicios esenciales por extensión (actividades o servicios que debían ser definidas por el ministerio del sector correspondiente) como un criterio para identificar a la categoría de servicios esenciales. Del mismo modo, se observa que el artículo 67 del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, recogió criterios de la categoría servicios esenciales en sentido estricto y la categoría servicios esenciales por extensión⁵³ con la finalidad de visibilizar los bienes jurídicos que busca proteger el supuesto de servicios públicos esenciales, los cuales son “preservar la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población”.

Por lo demás, no se advierte que la normatividad nacional haya adoptado actividades que la Organización Internacional de Trabajo identificada con otras categorías derivadas de los servicios esenciales en sentido estricto, como son las actividades de importancia trascendental o de utilidad pública.

Examinar la construcción normativa en el Perú sobre los supuestos normativos que habilitan la limitación del ejercicio del derecho de huelga sugiere abordarla desde (i) las distintas categorías adoptadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (las cuales adquieren como principal característica la flexibilidad en su

⁵³ Recuérdese que el Comité de Libertad Sindical estableció que es posible el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga, entre otros supuestos, “en aquellos servicios no esenciales en sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que **las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro**” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 866) (resaltado agregado).

utilización, pues permite que los países miembros lo adecúen a su propia realidad), y (ii) las diversas técnicas que ha identificado la doctrina para la determinación jurídica de aquellas actividades que ameritan el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

No acudir a ellos puede conllevar al riesgo, por ejemplo, de tachar la calificación de una determinada actividad como esencial en el ordenamiento jurídico peruano debido a que los Órganos de Control de la Organización Internacional del Trabajo no los concibieron como tal en el sentido estricto del término; o de suprimir la posibilidad que el Poder Legislativo, mediante la emisión de una ley -previo cumplimiento de los procedimientos establecidos- califique posteriores actividades como necesitadas de servicios mínimos.

Para culminar con la absolución de la primera pregunta planteada, se debe mencionar que - para la normatividad peruana - la calificación de servicios esenciales para determinadas actividades también puede provenir de fuentes distintas a normas heterónomas, en concreto, al artículo 83 del TUO de la LRCT.

Con anterioridad a la emisión del Decreto Ley N° 25593, el literal g) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 070-90-TR habilitaba que la calificación de determinadas actividades como servicios esenciales lo realizara la Administración, a través del titular del Sector Correspondiente; y, para el caso del servicio de administración de justicia, esta calificación quedaba a discreción de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la huelga (Cortés Carcelén, 1993, pág. 121).

Posteriormente, esta habilitación fue objeto de un doble cambio: por un lado, se eliminó la posibilidad de que la Administración efectuó esta calificación; y, por otro lado, se previó que esta calificación se traslade en poder del empleador cuando

comunica los servicios mínimos a la Autoridad Administrativa de Trabajo y a la organización sindical, al amparo del artículo 82 del TUO de la LRCT⁵⁴.

Si bien podría ser cuestionable la posibilidad de que el empleador unilateralmente determine si presta servicio público esencial o si cuenta con actividades indispensables (siempre dentro de los márgenes establecidos en el TUO de la LRCT) para limitar el ejercicio del derecho de huelga por medio del mantenimiento de servicios mínimos, no fue hasta el año 2019 -con la emisión de las Normas Complementarias- que se viabilizó la facultad de la organización sindical para que participe indirectamente en la determinación de esta calificación.

Es decir, si bien desde la emisión del Decreto Ley N° 25593 la organización sindical tuvo la habilitación legal para cuestionar la calificación *motu proprio* del empleador, a través del procedimiento de divergencia, este no tenía manera de llevarse a cabo para que sea atendido por la Autoridad Administrativa de Trabajo⁵⁵. Por el contrario, en la actualidad, la normatividad ha precisado que el cuestionamiento realizado por la organización sindical se efectúa a los puestos de trabajo identificados como servicios mínimos por el empleador (literal (i) art. 9.2) y debe sustentarse en la inexistencia de actividades indispensables en la empresa o entidad, o en la no prestación de un servicio público esencial por parte de ella (literal (i), artículo 9.3).

Por último, si bien la normatividad peruana no regula la posibilidad de acuerdo entre la organización sindical y el empleador para calificar determinadas actividades como servicios públicos esenciales o actividades indispensables (en razón de que esta

⁵⁴ Como resalta CORTEZ CARCELÉN “cuando éste [el empleador] comunica a sus trabajadores u organización sindical que los representa y a la Autoridad de Trabajo el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, al mismo tiempo califica el servicio como esencial” (La Huelga en los Servicios Esenciales y el Derecho Ley 25593, 1993, pág. 121). En otras palabras, “la norma no establece claramente quién decide si una empresa o no se encuentra dentro del misma, por lo que se entiende que es el empleador quien lo decide mediante la comunicación durante el primer trimestre de año (...) (sic)” (Cortés Carcelén, El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga, 2009, pág. 678).

⁵⁵ La normatividad no tenía previsto reglas para que las organizaciones sindicales realicen sus observaciones, tampoco contemplaba plazos ni para la presentación de observaciones ni para su tramitación, entre otras.

facultad está reservada a la ley o la voluntad unilateral del empleador), el acuerdo sí tiene cabida respecto de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, según se explicará en el apartado 2.2.2 del presente capítulo.

(ii) Materialización de la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto a la segunda pregunta planteada, el artículo 82 del TUO de la LRCT concibe que los servicios mínimos se traducen para las organizaciones sindicales en la obligación de garantizar la continuidad de servicios y actividades, impidiendo su interrupción total⁵⁶.

Asimismo, toda vez que la continuidad de servicios y actividades está condicionado por el funcionamiento de los procesos identificados y organizadas por el empleador como titular de la actividad productiva, los servicios mínimos se materializa en el mantenimiento de determinadas posiciones y/o puestos de trabajo, lo que conlleva – a su vez- a la continuidad de la actividad productiva de los trabajadores involucrados en dichos puestos en un escenario de paralización de actividades producto del ejercicio del derecho de huelga.

En otras palabras, es a través del funcionamiento de las posiciones y/o los puestos de trabajo, así como la continuación de actividades de un número de trabajadores necesarios para cubrirlos, donde se evidencia la limitación al ejercicio del derecho de huelga.

Tal premisa resulta importante resaltar porque no son los trabajadores huelguistas los que importan en la limitación de los servicios mínimos, sino las posiciones y/o los puestos de trabajo implicados en una paralización de actividades producto del ejercicio del derecho de huelga. Diferenciar cuáles son los servicios mínimos de

⁵⁶ Concretamente, en qué consiste esta obligación para las organizaciones sindicales es un tema que se expondrá en el apartado 2.2.3 del presente capítulo.

quiénes deben cubrirlo es necesario para que no se pretenda instrumentalizar esta limitación (admitida) al ejercicio del derecho de huelga como una estrategia para - de manera indirecta- restar las posibilidades de manifestación subjetiva de este derecho, es decir, a sus titulares.

El segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT sigue esta línea al establecer que el empleador comunica a los trabajadores u organización sindical que los representan y a la Autoridad Administrativa de Trabajo “el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios”; no obstante, fue el año 2018 que recién - con el Decreto Supremo N° 009-2018-TR y las Normas Complementarias - se emitieron reglas para coadyuvar a precisar el contenido de los servicios mínimos⁵⁷ en cualquiera de sus formas de determinación objetiva.

En el caso del Decreto Supremo N° 009-2018-TR porque añade el deber para el empleador de justificar técnicamente la inclusión de los puestos de trabajo y el número de trabajadores (artículo 2 que modifica el artículo 67 del Reglamento de la LRCT); y en el caso de las Normas Complementarias porque dispone que “la comunicación de servicios mínimos no tiene por finalidad garantizar el funcionamiento normal de la empresa o entidad” (artículo 3) y que esta comunicación debe contener, entre otros aspectos, (i) los puestos de trabajo que deben permanecer ocupados en el centro de trabajo durante la realización de una huelga y (ii) el número total de trabajadores en el centro de trabajo y el número necesario (mínimo) por cada puesto en el centro de trabajo durante la realización de una huelga (artículo 4).

⁵⁷ Esta afirmación se realiza porque -hasta antes de esta Resolución Ministerial- la ausencia de reglas precisas sobre este aspecto dejaba margen de actuación para que un empleador identifique los puestos y el número de trabajadores requeridos para cubrir dichos puestos en función a la presencia activa de los trabajadores sindicalizados, desnaturalizando la finalidad de los servicios mínimos.

Estas reglas lo que permiten es sincerar la información sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores requeridos para cubrirlos; y, con ello, dotar de objetividad a cualquier forma de determinación objetiva de los servicios mínimos.

Indicado cómo está configurado el contenido de los servicios mínimos, a partir de la lectura del primer párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT, es momento de absolver las interrogantes que se encuentran pendientes; específicamente, en el apartado que sigue se analizará qué establece la normatividad para determinar los puestos de trabajo y el número de trabajadores que deben mantener los servicios mínimos en caso de huelga.

2.2.2. La regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

En principio debe quedar anotado que la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos hace referencia a la normatividad que trata sobre los mecanismos establecidos para identificar qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga. Por ello, es pertinente diferenciar esta determinación con la referida a la calificación de servicios esenciales, cuyas técnicas o formas de determinación han sido mencionadas en el apartado 2.1.2 del presente capítulo.

La normatividad peruana recoge tres (03) técnicas para determinar el ámbito objetivo de los servicios mínimos: (i) voluntad unilateral del empleador, (ii) acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organizaciones sindicales o (iii) por decisión heterónoma. A continuación, se grafica las técnicas de determinación y sus fuentes normativas para que posteriormente se efectúen algunas anotaciones sobre cada una de ellas.

TABLA 5
Ámbito objetivo de los servicios mínimos

N°	Técnicas de determinación	Fuente normativa
1	Voluntad unilateral del empleador	Segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT
2	Acuerdo entre el empleador y trabajadores u organizaciones sindicales	Cuarto párrafo del artículo 67 del Reglamento de la LRCT
3	Decisión heterónoma	Parte final del segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT

Elaboración propia.

Voluntad unilateral del empleador.

Como se ha indicado en el apartado anterior, el artículo 82 del TUO de la LRCT prevé que la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga opera en las actividades indispensables de la empresa y en los servicios públicos esenciales. Asimismo, que esta limitación se evidencia con el mantenimiento de determinados puestos o posiciones de trabajo, así como el número de trabajadores requeridos para cubrirlo.

Si bien la organización sindical es quien tiene la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos, quien tiene la carga de, en principio, definir cuáles son los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrirlos es el empleador.

Téngase en cuenta que, en estricto, se está ante una carga y no ante una obligación, como lo dispone el artículo 1 de las Normas Complementarias.

No existe la obligación o el deber del empleador de definir los servicios mínimos, sino que, de requerir el mantenimiento de determinados puestos de trabajo y número de trabajadores para cubrirlo en caso de huelga, el empleador tendrá que elaborar una comunicación de servicios mínimos. De ahí que, si el empleador no lo

presenta, no incurriría en el incumplimiento de una obligación sustantiva⁵⁸, sino que -únicamente- esta omisión repercutiría en la esfera de actuación de la organización sindical, pues esta última ya no contaría con la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos.

Tal interpretación se extrae del artículo 82 del TUO de la LRCT, el cual regula el objeto de la comunicación de servicios mínimos.

Según este artículo, la comunicación de servicios mínimos tiene por objeto que “los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga”. Recuérdese que el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT establece que uno de los requisitos de la comunicación de huelga es que la organización sindical adjunte “la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley”.

Ello quiere decir que, si el empleador no presenta la comunicación de servicios mínimos, la organización sindical no tiene por qué cumplir con proporcionar la nómina de trabajadores en la comunicación de huelga, dejando sin efecto el requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

De esta manera, la primera técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos puede provenir de la voluntad unilateral del empleador, a través de la comunicación de servicios mínimos.

⁵⁸ Obligación sustantiva en materia laboral es, por ejemplo, que los empleadores registren ante la Autoridad Administrativa de Trabajo los contratos de trabajo a tiempo parcial, el cual tiene base legal en el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, que prescribe: “[E]l contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción”. De no cumplir con esta obligación, ya sea por no comunicar o hacerlo de manera extemporánea, conllevará a que el empleador incurra en las infracciones tipificadas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

Ahora bien, se han establecido reglas sobre cuatro (4) aspectos referidos a la comunicación de servicios mínimos que resulta importante analizar: la oportunidad para la presentación, vigencia de la determinación objetiva de los servicios mínimos, el contenido de la comunicación y los destinatarios de la comunicación.

Respecto del primer aspecto, la oportunidad para presentar la comunicación de servicios mínimos está enmarcada en el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT y precisada en el artículo 67 del Reglamento de la LRCT. Así, en el primero, se estableció que dicha oportunidad es durante el primer trimestre, y, en el segundo, se delimitó que la presentación se efectúa en el mes de enero de cada año⁵⁹.

Sobre este plazo, no podría alegarse que el empleador cuenta con un periodo reducido para elaborar la comunicación de servicios mínimos, debido a que no se trata que el empleador solo tiene un mes para elaborar y presentar dicha comunicación, sino que, recayendo en el empleador esta carga, es ella la que controla los tiempos en su producción, mas no en su presentación.

Para el caso de servicios públicos esenciales, la oportunidad de presentación de la comunicación de los servicios mínimos ha sido flexibilizado con el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, pues se ha admitido su presentación extemporánea. Como quiera que los bienes jurídicos tutelados por la normatividad están en consonancia con los reconocidos por la Organización Internacional de Trabajo en los servicios esenciales en sentido estricto y servicios esenciales por extensión; su admisión extemporánea resulta razonable, máxime si se ha limitado esta presentación

⁵⁹ Sobre el particular, es correcto advertir que el texto de la ley admite hasta dos interpretaciones sobre la oportunidad para presentar la comunicación de servicios mínimos. La primera, que se debe presentar la comunicación hasta el 31 de marzo y, la segunda, que dicha regla no fija un plazo de presentación sino un periodo que admite circunscripción. Esta última posición es la que se ha asumido en Reglamento de la LRCT. Con un criterio distinto, PUNTRIANO ROSAS ha indicado que el reglamento “mantiene la discrepancia con la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que señala la comunicación de los servicios mínimos debe ocurrir durante el primer trimestre del año. (...) Es recomendable (...) que el plazo coincida con lo dispuesto en la LRCT y se ajuste al primer trimestre” (Ministerio de Trabajo propone cambios a reglamentos. Relaciones colectivas en debate, 2018).

durante o de forma posterior a una comunicación de huelga, acotando su utilización indebida.

Respecto del segundo aspecto, la vigencia de la determinación objetiva de los servicios mínimos por voluntad unilateral del empleador es anual. Ello, implica dos situaciones: (i) que el empleador presente dicha comunicación todos los años, considerando las variaciones que en el tiempo pudieran o no acontecer en su actividad productiva (segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT) y (ii) que la determinación del ámbito objetivo, de no presentarse divergencia, surta efectos solo para el año correspondiente (artículo 68 del Reglamento de la LRCT).

En cuanto a la situación (i), el artículo 8 de las Normas Complementarias encuentra en la Declaración Jurada un instrumento que tiene doble funcionalidad: la primera, para sustituir a la comunicación de servicios mínimos en los años sucesivos; y, la segunda, para dejar constancia sobre la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por acuerdo de partes o por decisión heterónoma en los años anteriores; en ambos casos siempre que no exista variación de los servicios mínimos.

En cuanto a la situación (ii), la vigencia anual de esta forma de determinación implica que si la organización sindical opta por ejercer el derecho de huelga durante el año en que el empleador presentó la comunicación de servicios mínimos y no se formuló divergencia, la comunicación de huelga debe observar el requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, tomando en cuenta los puestos de trabajo y el número de trabajadores indicados por el empleador.

Reitérese, ello solo respecto de ese año, pues el siguiente año se iniciará el periodo sin determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, siendo posible que estos se efectúen por medio de las tres (3) técnicas de determinación antes indicadas.

Respecto del tercer aspecto, el contenido de la comunicación de servicios mínimos contiene dos elementos. Por un lado, la información sobre los servicios mínimos y, por otro lado, la justificación técnica de la información de los servicios mínimos.

Sobre el primero, se trata de que el empleador brinde la información precisa sobre los puestos o posiciones de trabajo, el número de trabajadores necesarios para cubrirlos y demás especificaciones (horarios, turnos, periodicidad y oportunidad), según el detalle establecido en el artículo 4 de las Normas Complementarias y coherente con el formato referencial aprobado por el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR.

Sobre el segundo, la justificación técnica que ofrezca el empleador debiera sincerar la información que se brindó sobre los servicios mínimos, según haya comunicado que presta servicios públicos esenciales o cuenta con actividades indispensables, pues –tal como se indicó líneas arriba- la configuración normativa del contenido de los servicios mínimos es distinta para cada una de estas categorías acogidas en el ordenamiento jurídico peruano.

La justificación técnica de la comunicación de los servicios mínimos en caso el empleador se acoja a la categoría “actividades indispensables para la empresa” tendrá que contrastarse con lo previsto en el artículo 78 del TUO de la LRCT y los cuatro riesgos previamente comentados. Y, pese a que se hizo notar que, a nivel de norma con rango de ley, la normatividad utilizó la técnica de la enumeración (y no la definición) en la configuración de los servicios públicos esenciales, la justificación técnica de esta otra categoría tendrá que ajustarse a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 67 del Reglamento de la LRCT, concordada con el artículo 3 de las Normas Complementarias.

Luego, el carácter técnico de esta justificación tendría que verse garantizada con la exigencia del acompañamiento de un profesional con conocimiento de la materia que prevé el artículo 5 de las Normas Complementarias.

Razonando sobre la finalidad de esta exigencia, lo que se buscaría es que este informe técnico no sea elaborado íntegramente por profesionales vinculados al área de recursos humanos, gestión de personas o similares, sino por los profesionales que cuenten con la pericia para identificar los procesos, así como las posiciones y/o puestos de trabajo, según los bienes jurídicos que la normatividad peruana tutela con las categorías “actividades indispensables para la empresa” y “servicio público esencial”.

Prescindir del aspecto subjetivo (los trabajadores) y enfocarse en el aspecto objetivo (actividades o servicios) es la finalidad del acompañamiento de un profesional con conocimiento en la materia para la elaboración de la justificación técnica, máxime si, en caso de divergencia, el empleador tendrá que entenderse con el órgano independiente (conformado por un equipo técnico especializado en el rubro, según se verá en los siguientes apartados), ya sea para las reuniones de coordinación o requerimientos de información.

La información sobre los servicios mínimos y su justificación técnica debería permitir situar en una mejor posición a la organización sindical para decidir si opta por cuestionar o no la comunicación de servicios mínimos, así como, en caso de plantearse divergencia, ofrecer insumos, ya sea a la Autoridad Administrativa de Trabajo para una mejor tramitación del procedimiento administrativo de divergencia, o ya sea al órgano independiente para emitir el informe técnico correspondiente.

Respecto del cuarto aspecto, la normatividad ha previsto que los destinatarios de la comunicación de servicios mínimos -de manera concurrente- son los trabajadores u organizaciones sindicales que los representen (parte laboral) y la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La finalidad de esta comunicación es distinta para cada uno de estos destinatarios. Para la parte laboral, la comunicación de servicios mínimos presentada en la debida

oportunidad y de manera correcta tiene dos finalidades. En primer lugar, la presentación de esta comunicación activará el periodo de treinta días naturales para que los trabajadores decidan cuestionar o no dicha comunicación, considerando que contará con información precisa y justificación técnica sobre las posiciones o puestos de trabajo, así como el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos en caso de huelga, entre otras especificaciones. En segundo lugar, de no presentar divergencia, esta comunicación dotará insumos a las organizaciones sindicales para prepararse y confeccionar la nómina de trabajadores, a fin de cumplir el requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, en caso decidan presentar la comunicación de huelga.

Existirían situaciones que podrían presentarse en relación con estas finalidades, las cuales serán desarrolladas más adelante en este apartado y en el siguiente.

Para la Autoridad Administrativa de Trabajo, la comunicación de servicios mínimos también tiene dos finalidades. El primero es que, de haberse presentado en la oportunidad debida y de manera correcta, la Autoridad Administrativa de Trabajo dará por cumplido una carga del empleador (y no una obligación sustantiva, como ya se indicó). En segundo lugar, permitirá a la Autoridad Administrativa de Trabajo contar con la información para, eventualmente, tramitar el procedimiento administrativo de divergencia, y; sin perjuicio de ello, ejercer el control de la comunicación de huelga, calificando la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

Acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organizaciones sindicales.

La segunda técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos es el acuerdo en el que puede arribar el empleador con los trabajadores o las organizaciones sindicales. Esta técnica se ha contemplado en la normatividad peruana de manera expresa, a propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 009-2018-TR, que modifica el artículo 67 del Reglamento de la LRCT.

Si bien -en ejercicio de la autonomía colectiva- el acuerdo sobre el ámbito objetivo de los servicios mínimos era posible con anterioridad a la emisión del Decreto Supremo N° 009-2018-TR, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no le había reconocido efectos jurídicos a dicho acuerdo, lo cual generaba que jurídicamente este convenio colectivo (integrada únicamente por cláusulas obligacionales⁶⁰) solo termine siendo un compromiso entre las partes, sin que exista un mecanismo que, ante su desconocimiento, haga exigible u oponible para las partes o terceros⁶¹. Es decir, la Autoridad Administrativa de Trabajo, como órgano calificador de la comunicación de huelga, no tenía la obligación de tener en cuenta el acuerdo sobre los servicios mínimos, ni el poder de exigir que la organización sindical respete dicho acuerdo, con el objetivo de pronunciarse sobre el cumplimiento o no del requisito de la nómina de trabajadores previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

En ese escenario, el artículo 67 del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, dispone que:

“(…)

Si el empleador no presenta el listado de servicios mínimos acompañado del informe técnico respectivo dentro del plazo establecido en el primer párrafo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, **para estos efectos**, toma en cuenta el siguiente orden de prelación:

⁶⁰ En el entendido que la fuerza vinculante del acuerdo sobre el ámbito objetivo de los servicios mínimos es de naturaleza colectiva y no individual, por cuanto no se trata de generar derechos o deberes que se incorporen a los contratos individuales de trabajo, sino de establecer reglas ante el ejercicio del derecho de huelga, el cual es de naturaleza individual, pero de ejercicio colectivo. Es la organización sindical la que se obliga a respetar los acuerdos sobre los puestos de trabajo y el número necesario de trabajadores para cubrir dichos puestos y no los trabajadores individualmente considerados.

⁶¹ Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través del Informe N° 63-2017-MTPE/2/14.1, emitido por la – entonces- Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo de la Dirección General de Trabajo, consideró que “sería de sumo provecho que las partes de un conflicto laboral tengan un acercamiento, de manera directa o con auxilio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, a fin de conciliar o negociar acerca de las ocupaciones y el número necesario para cubrir los servicios mínimos (…)”.

- i. **Acuerdo de partes** o resolución de divergencia inmediata anterior, o
 - ii. Última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente.
- (...)" (resaltado agregado)

Con esta modificación se establecen dos consecuencias jurídicas a la existencia de acuerdo sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos en el escenario del ejercicio del derecho de huelga: la primera es que reconoce el carácter vinculante del acuerdo para la Autoridad Administrativa de Trabajo al momento de efectuar el control de la comunicación de huelga y la segunda es que genera a la organización sindical la obligación de respetar dicho acuerdo con miras al cumplimiento del requisito de la nómina de trabajadores previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

Así, el acuerdo para determinar el ámbito objetivo de los servicios mínimos (segunda técnica) opera en ausencia de la comunicación de servicios mínimos presentada por el empleador (primera técnica), adoptando los mismos efectos otorgados a esta última⁶².

Recuérdese, según lo dispuesto en el artículo 82 del TUO de la LRCT, el objetivo de la comunicación de servicios mínimos es que la parte laboral cumpla con proporcionar la nómina respectiva, estableciéndose así en un requisito para que las organizaciones sindicales ejerciten el derecho de huelga. De esta manera, cuando el artículo 67 precitado indica "para estos efectos" se refiere a la observancia de la nómina de trabajadores que debe proporcionar la organización sindical en su comunicación de huelga.

⁶² El acuerdo como técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos ha sido utilizado por la empresa Engie Energía Perú S.A. con el Sindicato de Trabajadores Engie Energía Perú, dando por culminado el procedimiento administrativo de divergencia tramitado por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Expediente N° 163-2019-MTPE/2/14-PD.

Decisión heterónoma

La tercera técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos es la originada en el marco del procedimiento administrativo de divergencia, contemplado en el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT y los artículos 67, 68, 68-A y 68-B del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR.

Al respecto, la “divergencia” consiste en el acto de cuestionar la comunicación de servicios mínimos por parte de la organización sindical. Este acto se traduce en la solicitud administrativa que la organización sindical presenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo, sometiendo así su cuestionamiento a la deliberación que realice un tercero, en el marco de un procedimiento administrativo.

Ahora bien, conforme a la normativa antes señalada (la que debe incluir las Normas Complementarias), es posible identificar un conjunto de reglas destinadas a los actores que participan en el procedimiento de divergencia.

Por ejemplo, la organización sindical tiene la obligación de que su cuestionamiento contenga observaciones justificadas, los cuales deben estar vinculados a la misma información que el empleador le ha ofrecido en la comunicación de servicios mínimos: número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio de la huelga. En adición a ello, la parte laboral debe observar un plazo perentorio de treinta (30) días naturales (desde que fue informado con la comunicación de servicios mínimos) para presentar su divergencia ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por su parte, la Autoridad Administrativa de Trabajo tiene a su cargo la calificación a la divergencia presentada por la organización sindical, en tanto solicitud administrativa. Superado ello, tiene el deber de designar a un órgano independiente en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, a fin de que sea esta institución la

que técnicamente determine los servicios mínimos, ya que sobre dicha determinación la Autoridad Administrativa de Trabajo resolverá el procedimiento de divergencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles de recibido el informe técnico. Finalmente, de manera excepcional, la normatividad también ha previsto la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo para determinar técnicamente los servicios mínimos. Esta intervención excepcional puede suceder en dos (2) escenarios: cuando el segundo órgano independiente no acepta su designación o cuando el órgano independiente no presenta el informe técnico dentro del plazo establecido y siempre que alguna de las partes lo solicite.

Para garantizar la correcta participación del órgano independiente en este procedimiento administrativo, la normatividad contempla plazos para que comunique su decisión de aceptar o no la designación que realice la Autoridad Administrativa de Trabajo, de manera posterior a la ejecución de actos preparatorios con las partes labores, y para elaborar el informe técnico correspondiente.

Finalmente, las reglas del empleador están dirigidas a que aquel facilite al órgano independiente o a la Autoridad Administrativa de Trabajo la información pertinente, así como el acceso a las instalaciones, a fin de que se realice el recojo de información, constatación que amerita para la elaboración del informe técnico. La negativa a este deber de colaboración, habilita al órgano independiente o a la Autoridad Administrativa de Trabajo que puedan efectuar las presunciones en contra de la postura del empleador.

Teniendo en cuenta estas reglas, si el procedimiento de divergencia culmina con un pronunciamiento de fondo⁶³, de cara a la comunicación de huelga, la organización

⁶³ Los procedimientos de divergencia que han meritado el pronunciamiento de un órgano independiente se encuentran en los iniciados por el Sindicato Único de Trabajadores de la Compañía Minera Antamina S.A. (Expediente N° 198-2017-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Obreros de Unión Cervecerías Peruanas de Backus y Johnston S.A.A. (Expediente N° 144-2018-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Único de Trabajadores Mineros de "San Rafael" – MINSUR S.A. (Expediente N° 170-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Unificado de Trabajadores Antapaccay (Expediente N° 050-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Trabajadores Empleados de Gloria S.A. (Expediente N° 179-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Trabajadores Obreros de Gloria S.A.

sindical tendrá que cumplir con presentar la nómina de trabajadores sobre la base de la determinación efectuada por el órgano independiente referida a las posiciones o puestos de trabajo, así como el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos, entre las otras especificaciones. Y, de cara a la comunicación de servicios mínimos, el empleador tendrá que dejar constancia de la decisión del órgano independiente, a través de la declaración jurada que prevé el artículo 8 de las Normas Complementarias, a menos que exista una variación sustancial de los procesos y, con ello, de las posiciones o puestos de trabajo.

Debe anotarse que cualquiera de estas formas de determinación constituye el presupuesto para satisfacer la exigencia de uno de los requisitos para ejercer de manera efectiva el derecho de huelga en el Perú: la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y actividades indispensables para la empresa (literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT).

Por otro lado, a diferencia de la comunicación de servicios mínimos a la cual se le ha establecido una vigencia de carácter anual, el acuerdo de partes y la decisión heterónoma no cuentan con un periodo límite, sino -a lo mucho- a la constatación de un cambio de condiciones sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores que deben ser cubiertos.

Como indica el último párrafo el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT:

“[M]ientras no se resuelva la divergencia, en caso de huelga, se consideran los acuerdos previos sobre servicios mínimos o la resolución de una divergencia anterior **en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente.** (...)” (resaltado agregado)

(Expedienten N° 180-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Trabajadores Unión de Concreteras (Expediente N° 154-2019-MTPE/2/14-PD), y el Sindicato de Trabajadores de Corporación Mapfre Perú (Expediente N° 181-2019-MTPE/2/14-PD).

Por tanto, la normativa no ha establecido un periodo de vigencia para la determinación objetiva de los servicios mínimos a la que se arribe en el procedimiento de divergencia.

Para culminar este apartado, resulta necesario indicar que el procedimiento de divergencia sobre servicios mínimos no califica como un procedimiento trilateral, sino como uno lineal.

En efecto, conforme al TUO de la LPAG, el procedimiento trilateral es iniciado de oficio o por la presentación de una reclamación. En la mayoría de casos, no se está frente a una colisión de derechos subjetivos, en sentido estricto, sino frente a conflictos de intereses derivados de la intención de maximizar sus posiciones o conveniencias, motivos por los cuales existe el interés de la autoridad por que se favorezca la solución concertada de tales controversias (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2017, pág. 282). Asimismo, el procedimiento trilateral presenta caracteres jurídicos típicos que lo distinguen de otros procedimientos, entre ellos, se tiene la predominancia de los principios de contradicción y debido proceso, en virtud a los cuales las partes activan el procedimiento con su reclamo y con la contestación (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2017, págs. 274-275).

En el caso del procedimiento de divergencia, la parte laboral recurre a este no en búsqueda de presentar una reclamación ni de obtener un acuerdo con el empleador; sino que, recurre a fin de obtener un pronunciamiento técnico de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que permita definir los servicios mínimos a ser observados en el marco del ejercicio del derecho de huelga.

Repárese que, para el inicio del procedimiento de divergencia, la parte laboral presenta no una reclamación sino una solicitud que, de forma sustentada, cuestiona la comunicación realizada por el empleador para el mantenimiento de los servicios mínimos; la cual da lugar a la labor del órgano independiente, y no a la contestación

del empleador. Ello es así, en tanto el órgano independiente no labora en función de “dúPLICAS y réplicas”, sino en base a información técnica que, en su oportunidad, remitió el empleador a la Autoridad Administrativa de Trabajo con la comunicación de servicios mínimos; y que, ahora, remite la parte laboral, con su solicitud de inicio del procedimiento de divergencia.

De esta manera, el empleador participará en el procedimiento de divergencia como agente facilitador del procedimiento administrativo en los actos preparatorios (primer aspecto) o de colaboración al órgano independiente y/o a la Autoridad Administrativa de Trabajo en las acciones para la determinación de los servicios mínimos (segundo aspecto). De ahí que, para el primer aspecto, las Normas Complementarias establezcan la participación del empleador para la asunción de pago de los honorarios del órgano independiente; y, para el segundo aspecto, el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT contemple la obligación del empleador de remitir la información requerida y permitir el ingreso a sus instalaciones. En este último caso, bajo apercibimiento de que “el órgano independiente o la Autoridad Administrativa de Trabajo puedan efectuar presunciones en contra de la postura del empleador”.

Desde luego, la condición de agente facilitador que tiene el empleador no impide que, una vez resuelto el procedimiento de divergencia, pueda contradecir la resolución emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo, de considerar que aquella desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo.

2.2.3. La regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos: ¿Quién cubre los servicios mínimos?

Con lo desarrollado en el apartado anterior queda claro que el ámbito objetivo de los servicios mínimos puede ser determinado por medio de cualquiera de las tres (3) técnicas que establece la normatividad. Asimismo, se ha adelantado que la confección de la nómina para los servicios mínimos le corresponde de manera

exclusiva a la organización sindical porque este sujeto colectivo es quien se encuentra obligado a garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

Ahora bien, de lo anterior, se desprende la siguiente interrogante ¿de qué manera la organización sindical debe elaborar la nómina de para los servicios mínimos?

Esta es una pregunta que no encuentra respuestas concretas. En efecto, de la revisión del TUO de la LRCT, el Reglamento de la LRCT y las Normas Complementarias, no se advierten reglas específicas que indiquen cómo la organización sindical debe elaborar la nómina para el mantenimiento de los servicios mínimos, ni los criterios a tomar en cuenta para estos efectos.

Si se quiere, el artículo 82 del TUO de la LRCT contiene la única regla que ofrecería cierto insumo para encontrar una respuesta a esta interrogante; no obstante, la interpretación que puede darse a ella no guardaría correspondencia con la finalidad de los servicios mínimos y su funcionalidad en el ejercicio del derecho de huelga.

Que la organización sindical deba presentar la nómina de trabajadores con el objetivo de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos (literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT) no implica que estos servicios deban ser cubiertos exclusivamente por los trabajadores afiliados a la organización sindical que comunica el ejercicio del derecho de huelga.

Si el marco normativo no considera a la sindicalización como un criterio para que el empleador determine de manera unilateral los puestos y el número de trabajadores con la comunicación de servicios mínimos, así como tampoco para que el órgano independiente o, de ser el caso, la Autoridad Administrativa de Trabajo, determine los puestos y el número de trabajadores mínimos en el procedimiento de divergencia, ¿por qué la organización sindical sí tendría que observar este criterio?

Las razones para asumir que los trabajadores afiliados a la organización sindical que comunica el ejercicio del derecho de huelga no tienen la obligación exclusiva de garantizar los servicios mínimos y, en consecuencia, que la nómina no se elabore en función de ellos, será desarrollado en el apartado 3.4.1. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

Por otro lado, es de advertir que la normatividad no solo no ofrece reglas específicas o criterios respecto de la elaboración de la nómina para el mantenimiento de los servicios mínimos, sino que tampoco brinda respuestas a determinados supuestos de hecho que pueden presentarse en el ejercicio del derecho de huelga como, por ejemplo, cómo opera el mantenimiento de los servicios mínimos si la organización sindical que va a ejecutar la huelga es mayoritaria o no dentro del ámbito de la paralización, o si existen otras organizaciones sindicales dentro de la empresa.

2.2.4. El doble control estatal sobre el ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos.

Desde que el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú establece que el derecho de huelga se regula para que se ejerza en armonía con el interés social, se desprende que el desenvolvimiento de este derecho es objeto de control por parte de un órgano calificador, encargado de cautelar su ejercicio democrático.

Este órgano calificador pudo recaer en un órgano independiente al Estado o el Estado, en este último caso, a través del Poder Judicial⁶⁴ o la Autoridad

⁶⁴ Este órgano calificador ha sido considerado en los ordenamientos jurídicos de Paraguay (artículo 378 de la Ley N° 273 que establece el Código de Trabajo) Colombia (artículo 451 del Código de Trabajo, a propósito de la modificación realizada por el artículo 2 de la Ley 1210 del año 2008), y El Salvador (artículo 546 del Código de Trabajo). En el caso de España, si bien no existe norma sustantiva que contemple reglas sobre el órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga, la calificación de la huelga (legalidad o ilegalidad) se efectúa por vía indirecta, a través de los pronunciamientos que emitan los jueces en los procesos de tutela de los derechos fundamentales (jurisdicción social), tutela que proviene del numeral 2 del artículo 53 de la Constitución Española. Por su parte, el Código de Trabajo de Panamá contempla un proceso judicial especial para el empleador solicite la declaración de ilegalidad de la medida de fuerza, la cual podrá ser presentada hasta el tercer día de iniciada la huelga (artículo 499). De no hacerlo dentro del plazo previsto, la huelga se considerará legal (artículo 500). Finalmente, el Código de Trabajo de Costa Rica, con la

Administrativa de Trabajo⁶⁵. El Perú ha optado porque la Autoridad Administrativa de Trabajo sea el órgano que califique el ejercicio del derecho de huelga, sobre la base de su estructura descentralizada⁶⁶.

De otro lado, si bien la Constitución Política reconoce los derechos a la sindicación, negociación colectiva y huelga, el constituyente ha utilizado distintos verbos rectores para referirse a los deberes que tiene el Estado frente a estos derechos fundamentales: se “garantiza” la libertad sindical, se “fomenta” la negociación colectiva y se “regula” el derecho de huelga.

Evidentemente, estos verbos rectores denotan distintos niveles de intensidad de cara al tratamiento jurídico de los derechos laborales de naturaleza colectiva, los cuales condicionan la actuación de los sujetos que interactúan en torno a dicho tratamiento jurídico: el Estado, el empleador y las propias organizaciones sindicales.

Considerando que la actuación del Estado no se orienta a garantizar o promover el ejercicio del derecho de huelga⁶⁷, la actuación del Estado, en cuanto órgano

modificación de la Ley N° 9343 del 2016, incorpora la facultad de los empleadores (artículo 383) y de los trabajadores (artículo 384) a solicitar ante la jurisdicción de trabajo la declaración de ilegalidad o legalidad, respectivamente.

⁶⁵ La Autoridad Administrativa de Trabajo se encuentra como órgano calificador en los ordenamientos jurídicos de Honduras (artículo 570 de su Código de Trabajo, aprobado por el Decreto N° 189 del año 1959) y Argentina (Decreto Nacional 272/2006, Reglamentación del artículo 24 de la Ley 25.877 sobre Reforma Laboral). En el caso de Bolivia, la Ley General del Trabajo no contiene reglas precisas sobre la calificación de la huelga ni sobre el órgano calificador; no obstante, en la práctica lo efectúa el Tribunal Arbitral conformado por un miembro de cada parte y presidido por el Director General del Trabajo en la Paz (Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social) (artículo 110), lo que implica que la Autoridad Administrativa de Trabajo termina dirimiendo la calificación de la huelga. Por este motivo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT realizó una solicitud directa al Gobierno de Bolivia (Adopción:2005, Publicación: 95ª reunión CIT, 2006).

⁶⁶ Véase el apartado 1. a) del primer capítulo del presente trabajo de investigación.

⁶⁷ Con una interpretación diferente, que parte de la lectura a una norma orgánica para referirse al porcentaje de comunicaciones de huelga que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado improcedente, MIRANDA ha señalado que “[L]a Autoridad Administrativa de Trabajo tiene su razón de existir en la garantía de los derechos fundamentales del trabajo, como lo es la libertad sindical. Conviene recordar que el inciso a) del numeral 8.2 de la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece que el MTPPE “garantiza y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales (...) como la libertad sindical (...)”. No obstante ello, (...), se aprecia que la Autoridad Administrativa de Trabajo parece estar bastante lejos de garantizar o promover el derecho de huelga; antes bien, parece ser un agente de afectación deliberado de ella” (La huelga y sus límites, 2016, págs. 63 - 64). Tal como lo expone, parece que

calificador, se traduce en declarar su voluntad para producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, es decir, en la emisión de actos administrativos. Por tal motivo, desde otra mirada, puede indicarse que, en el ordenamiento jurídico peruano, el derecho de petición administrativa canaliza el ejercicio del derecho de huelga, en la medida que la organización sindical debe acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que califique su conformidad o no contrariedad con el ordenamiento jurídico, dotándole de efectos jurídicos, esto es, efectividad al derecho de huelga.

Ahora bien, como se ha señalado en el apartado 1.4 del primer capítulo, el derecho de huelga se ejercitará de conformidad o no contrariedad con el ordenamiento jurídico cuando la organización sindical observe las condiciones y requisitos establecidos en el TUO de la LRCT y el Reglamento de la LRCT. Siguiendo esa línea, cabría preguntarse entonces ¿en qué consiste la actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo frente al ejercicio del derecho de huelga?

En puridad, se trata de un acto de corroboración, por medio del cual el Estado ejerce un control, por un lado, respecto de lo que declara o la documentación que presenta la organización sindical para acreditar que el derecho de huelga se va a ejercer de conformidad o no contrariedad con el ordenamiento jurídico y, de otro lado, respecto de la actuación de la organización sindical o de los trabajadores comprendidos en la medida de fuerza y su concreta observancia a la normatividad vigente.

De esta manera, en los párrafos siguientes, se mostrará que el esquema normativo del ejercicio del derecho de huelga contempla un doble control a cargo del Estado:

dicho autor identifica en la calificación a la comunicación de huelga y su materialización, una manifestación de la función que tiene el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de garantizar y promover el ejercicio del derecho fundamental a la huelga. Desde la perspectiva que ofrece el autor en el presente trabajo de investigación, la función de garantizar y promover el ejercicio del derecho de huelga no están referidas a la específica actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo en cuanto órgano calificador, sino a las acciones de promoción que permitan su ejercicio efectivo, como, por ejemplo, la difusión y capacitación de la normatividad correspondiente, la asistencia técnica a los administrados, la emisión de opiniones técnicas que asienten criterios institucionales ante dudas que generen las disposiciones normativas, dotando de seguridad jurídica a los administrados, etc.

a la comunicación de huelga y a la ejecución de huelga. Asimismo, se expondrá cómo este esquema genera – a su vez- que el mantenimiento de los servicios mínimos sea objeto de este doble control: presentación de la nómina para servicios mínimos y cumplimiento de la nómina para servicios mínimos, lo cual posibilita que, ante su inobservancia, la Autoridad Administrativa de Trabajo acuda a una doble causal de ilegalidad para dar por finalizada la paralización de labores promovida por la organización sindical⁶⁸.

2.2.4.1. La calificación al ejercicio del derecho de huelga.

El acto de corroboración que realiza el Estado sobre el ejercicio del derecho de huelga se denomina calificación⁶⁹, en virtud del cual, actualmente, se utilizan las categorías de procedencia/improcedencia, en el supuesto del control a la comunicación de la huelga, y de ilegalidad, en el supuesto del control a la ejecución de la huelga.

Previo a ingresar al desarrollo de cómo se presenta el esquema normativo vigente de la calificación al ejercicio del derecho de huelga en el Perú, resulta necesario recordar –brevemente- cuál es su antecedente normativo. Para ello, corresponde abordarlo en su contexto jurídico, tomando en cuenta la regulación existente que habilitaba el ejercicio de dicho derecho, así como el establecimiento de competencias al órgano calificador.

⁶⁸ Sobre el particular, la aplicación simultánea de ambas causales se pueden apreciar en la RDG N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

⁶⁹ En relación a esta terminología, PASCO ha señalado que “hay gran variedad de vocablos utilizados por los doctrinarios y por las legislaciones para referirse al tema. En México, por ejemplo, simplemente se constata la existencia de la huelga: si el conflicto se ajusta a derecho, existe; si no se ajusta, no es que sea ilegal, simplemente no existe. Tal terminología es simple, didáctica y esclarecedora: si un conflicto no cumple los requisitos para ser considerado ejercicio del derecho de huelga, simplemente no es huelga. Dentro de la diversidad de denominaciones encontramos, entre otras: improcedencia, ilegalidad, ilicitud, ilegitimidad, injusticia, y muchas más” (La huelga en el Perú, 1996, pág. 215).

En atención a lo anterior, cabe señalar que las primeras reglas que indicaban cómo ejercer el derecho de huelga en el Perú estaban contemplados en el Decreto Supremo N° 017 de 02 de noviembre de 1962 y la atribución de competencias a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la calificación de las huelgas en el Decreto Supremo N° 003-72-TR⁷⁰.

Así, en este primer esquema normativo, el Estado debía calificar el ejercicio del derecho de huelga sobre la base de tres (3) requisitos⁷¹: i) comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo con una anticipación de por lo menos 72 horas, ii) indicar la hora de votación en la que se acordó la huelga, no siendo posible que sea después de las 12 de la noche, y iii) acreditar la voluntad mayoritaria, para lo cual se debía indicar el número de trabajadores votantes y el número de trabajadores que la organización sindical afilie. Asimismo, se garantizó el derecho de contradicción de las organizaciones sindicales, en tanto se previó la doble instancia administrativa.

Baje este escenario, LOVATÓN refiere que:

“(…) desde mediados de 1975 la Autoridad de Trabajo comenzó a declarar en primer lugar la improcedencia del plazo de huelga que se le cursaba y posteriormente en base a esta declaración, la ilegalidad de la huelga misma. Luego el procedimiento se irá acortando: La Autoridad de Trabajo ya no esperará la Resolución final de declaración de improcedencia del plazo de huelga sino que comenzará a declarar ilegal la huelga desde el mismo momento en que ésta se produce” (sic) (La huelga en el Perú, 1990, pág. 50).

⁷⁰ Además de estas normas, DE LA JARA BASOMBRIO agrega que “no existe en realidad ninguna otra norma sobre las etapas, requisitos, duración, facultades de las partes, etc. de este procedimiento de calificación. Tan solo existe un memorándum, el N° 82-74-710000 de 17 de mayo de 1974, expedido por el encargado de la Dirección de la 1era. Región de Trabajo, Empleo y Seguridad de ese entonces, en el que se dan una serie de directivas sobre los plazos de huelga (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 296).

⁷¹ A través del Decreto Supremo N° 070-90-TR, el Poder Ejecutivo incorporó el requisito de la nómina para asegurar que no se interrumpan los servicios esenciales y las actividades indispensables para la empresa, lo que será el antecedente directo del requisito de la nómina para los servicios mínimos.

Por su parte, DE LA JARA BASOMBRIO relata que:

“[C]omunicado el plazo de huelga al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la lógica del mecanismo de calificación se desdobra en dos etapas. Primera se califica el plazo de huelga, pudiéndose declarar improcedente mediante Auto Divisional, (...)

Como se trata de la calificación de un plazo de huelga, al declararse su improcedencia, se ordenará a los trabajadores “que estos se abstengan de materializar dicha medida bajo apercibimiento de ley”, que consiste en la declaración de ilegalidad de la huelga misma, lo que constituirá la segunda faceta de este mecanismo de calificación.

Hay que adelantar que esta lógica de calificar primero el plazo y después la huelga, en la actualidad ha desaparecido pues lo que se hace ahora es declarar, en un solo auto divisional, apenas recibido el preaviso por la Autoridad, improcedente el plazo e ilegal la huelga desde que se inicia (...)” (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 297).

Como se aprecia, la utilización de las categorías improcedencia e ilegalidad estuvieron presentes en el primer esquema normativo que ha tenido el Perú para la calificación al ejercicio del derecho de huelga. Ciertamente, al no contar con más reglas que las referidas a los requisitos y la competencia, se ha resaltado que dicho procedimiento se caracterizó por ser producto de “directivas internas del Ministerio de Trabajo y de la costumbre” (De La Jara Basombrio, 1989, pág. 296). De ahí se explica que discrecionalmente la actuación administrativa haya transitado de un control compuesto por dos etapas (improcedencia y, posteriormente, ilegalidad) a un control concentrado (improcedencia e ilegalidad en un solo acto) del ejercicio del derecho de huelga, sin mayor sustento técnico-normativo.

Posteriormente, el 02 de julio de 1992 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Ley N° 25593. Con esta decreto ley y el Reglamento de la LRCT se

concentró todo el tratamiento normativo de las relaciones de trabajo de carácter colectivo en el Perú al regular las materias sobre libertad sindical, negociación colectiva y huelga⁷². Y, sobre este último derecho, implementó el segundo esquema de calificación al ejercicio del derecho de huelga, sustituyendo aquel previsto en el Decreto Supremo N° 017 de 02 de noviembre de 1962 y el Decreto Supremo N° 003-72-TR. Aunque, posteriormente, el TUO de la LRCT ingresa al ordenamiento jurídico peruano para consolidar las modificaciones efectuadas al Decreto Ley N° 25593, en esencia no se reporta alteración en cuanto a la materia de la calificación.

En el TUO de la LRCT, la calificación al ejercicio del derecho de huelga es objeto de un doble control: en el primero, si la organización sindical no cumple con los requisitos del artículo 73, la Autoridad de Trabajo pronuncia sobre la improcedencia de la declaración de huelga (artículo 74); y, en el segundo, si la organización sindical o los trabajadores involucrados en la paralización incurrir en alguna causal prevista en el artículo 84, la Autoridad de Trabajo declara la ilegalidad de la ejecución de la huelga.

La normatividad ha contemplado reglas, procedimientos y efectos diferenciados para cada uno de estos controles, según se expone a continuación.

Primer control: comunicación del derecho de huelga

Para que la organización sindical ejerza el derecho de huelga, primero tiene que comunicarlo al empleador y a la Autoridad de Trabajo, observando las reglas contenidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y en el artículo 65 del Reglamento

⁷² Si bien resulta reprochable que el nuevo sistema normativo de relaciones colectivas de trabajo se haya gestado a poco más de dos meses del golpe de Estado, ejecutado por el régimen de Fujimori (05 de abril de 1992), lo cual demuestra su ausencia de valores democrático y, por ende, legitimidad; en términos jurídicos se ha defendido su vigencia de cara a la Constitución Política de 1993. Así, se ha señalado que “[L]a Constitución es, pues, posterior a la Ley, pero no propicia ningún tipo de contradicción con aquella que pudiera significar su abrogación por incompatibilidad. Antes bien, de alguna manera la LRCT preanunció en su momento al precepto constitucional pues incorpora elementos de garantía del ejercicio democrático de la huelga que son novedad, y que la Constitución anterior no proveía ni menos imponía”. (Pasco Cosmópolis, La huelga en el Perú, 1996, pág. 203).

de la LRCT que, según se ha sustentado en el apartado 1.4. del primer capítulo, pueden agruparse entre condiciones y requisitos (Véase Tabla 4).

El trámite procedimental de este control está previsto en el artículo 74 del TUO de la LRCT, el cual prevé que:

“[D]entro de los tres (3) días útiles de recibida la comunicación, la Autoridad de Trabajo deberá pronunciarse por su improcedencia si no cumple con los requisitos del artículo anterior.

La resolución es apelable dentro del tercer día de notificada a la parte. La resolución de segunda instancia deberá ser pronunciada dentro de los dos (2) días siguientes, bajo responsabilidad”.

Como se observa, este procedimiento de inicia a solicitud de la organización sindical y el acto de corroboración que realiza el Estado deviene en una declaración de improcedencia, si la organización sindical no observa la normatividad; no obstante, de observarla, no se indica que esta se declare procedente, pese a que – en estricto – lo sea, sino que solo hace mención a los efectos jurídicos que genera. Sobre el particular, de lo previsto en el artículo 77 del TUO de la LRCT y en los artículos 62 y 70 del Reglamento de la LRCT, se observa que el principal efecto es la suspensión perfecta del vínculo laboral de los trabajadores comprendidos en la medida de fuerza.

Segundo control: ejecución del derecho de huelga

La materialización del derecho de huelga es el nivel en que opera el segundo control efectuado por el Estado. En este nivel no se efectúa el control de manera automática, sino que está condicionada a la constatación de hechos, solicitada por el empleador, cualquier tercero, o de oficio. Igualmente, es importante resaltar que

la normatividad únicamente contempla la ilegalidad como medida de control a la ejecución del derecho de ejercicio. No existe declaración de legalidad⁷³.

A diferencia del anterior esquema de calificación, el artículo 84 del TUO de la LRCT admite una relación de causalidad con lo acaecido en el control sobre la comunicación del ejercicio del derecho de huelga, pero no en todos los casos.

Véase, la normatividad recoge cinco (5) causales que, de constatarse en la materialización de la huelga, conllevará a que el Estado califique su ilegalidad:

- (i) Comunicación improcedente
- (ii) Violencia sobre bienes o personas
- (iii) Huelga irregular
- (iv) No garantizar los servicios mínimos
- (v) Paralización pese a notificación de laudo arbitral

De lo anterior, el autor del presente trabajo de investigación considera que la no superación del primer control que ejerce el Estado sobre el ejercicio del derecho de huelga condiciona la posibilidad de superar el segundo control únicamente para la primera causal: si se materializa la huelga no obstante haber sido declarada improcedente. Ello es así porque la no superación del primer control no constituye un presupuesto para el surgimiento de las demás causales⁷⁴, pues la ejecución de

⁷³ Esta aclaración se efectúa de cara a lo desarrollado en el apartado 3.5. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

⁷⁴ Por ejemplo, si los trabajadores incurren en violencia sobre los bienes o las personas durante la ejecución de la huelga, esta se declarará ilegal sin importar si la comunicación del ejercicio del derecho de huelga fue declarada procedente o improcedente. Lo mismo ocurre con la causal establecida en el literal e) del artículo 84: si la paralización de labores persiste a pesar de a la notificación del laudo arbitral que pone término a la controversia. En este caso, el supuesto habilitante no se origina en la procedencia o improcedencia de la comunicación de la huelga, sino en la negativa a respetar la solución definitiva brindada por el Estado en su intervención para resolver el conflicto que genera la paralización. Debe tenerse en cuenta que el artículo 68 del TUO de la LRCT habilita la intervención del Estado en el conflicto colectivo “cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o deriva en actos de violencia o, de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias”. Cabe anotar que existen posturas que admitirían otros supuestos de aplicación del literal e) del artículo 84 del TUO de la LRCT. Por un lado, el profesor ARCE ORTIZ adopta la posición de que

la huelga puede ser declarada ilegal pese a que la organización sindical supere el control a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Incluso puede que la organización sindical no haya transitado por el primer control y aun así se declare la ilegalidad de la huelga⁷⁵.

Ahora bien, en cuanto al trámite procedimental de este control, el artículo 84 del TUO de la LRCT prescribe que la resolución que declare la ilegalidad de la huelga se expide dentro del plazo de los dos (2) días de producidos los hechos y, en segunda instancia, dentro de los dos (2) días de presentada la impugnación por parte de la organización sindical o el empleador. Nótese que la norma no establece cuál es el plazo de impugnación; no obstante, mediante el Informe N° 1576-2019-MTPE/4/8, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha concluido que debe aplicarse, por analogía, el plazo de tres (3) días previsto para el procedimiento de declaración de improcedencia de la huelga⁷⁶.

esta causal de ilegalidad aplica a la huelga en los servicios esenciales. Así, fundamenta su postura, en que “si la huelga, según el artículo 62° de la LRCT, debe ser alternativa al arbitraje, ¿en qué casos puede haber una huelga simultánea con el arbitraje? Seguramente en el caso de la huelga en servicios esenciales, en la medida que esta posible excepción a la regla general actuaría como medida compensatoria por las restricciones a la que este tipo de huelga es sometida por nuestro ordenamiento” (Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, pág. 396). Por otro lado, a propósito de la emisión de la opinión legal contenida en el Informe N° 2154-2020-MTPE/4/8, de fecha 23 de noviembre de 2020, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo admitiría la aplicación de esta causal de ilegalidad en el supuesto de la ejecución de una huelga, cuya comunicación fue declarada procedente, y un arbitraje potestativo. En efecto, la posibilidad de un ejercicio efectivo del derecho de huelga en paralelo a un arbitraje potestativo se desprende de lo señalado en el numeral 3.30 de dicho informe cuando menciona que “(...) podría interpretarse que, ante un arbitraje potestativo del empleador, al momento de designar a un árbitro o de ser éste elegido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la parte laboral dé a entender que su postura es contraria al arbitraje, descartándose así la aceptación tácita del mismo, con lo cual la huelga podría ejercerse en simultáneo al arbitraje sin que se configure la causal de improcedencia de la huelga señalado en el literal d) del artículo 73 del TUO de la LRCT”.

⁷⁵ Esto último sucede con el literal c) del artículo 84 del TUO de la LRCT, el cual establece como causal de ilegalidad incurrir en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81. Adviértase que –entre otros supuestos- el referido artículo considera como huelga irregular la paralización intempestiva, esto es, aquella huelga en la que la organización sindical no se observa el deber de comunicación al empleador y la Autoridad Administrativa de Trabajo, imposibilitando que esta sea objeto de calificación por parte del Estado.

⁷⁶ A esta conclusión también se arribó en el Informe Jurídico N° 020-2019-JUS/DGDNCR, emitido por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, cabe agregar que con este informe de la Oficina General de Asesoría Jurídica cambia la posición asumida en el Informe N° 2934-2018-MTPE/4/8, en el cual se consideró

Finalmente, de la lectura del artículo 85 del TUO de la LRCT y artículo 73 del Reglamento de la LRCT, se desprende que el único efecto que establece el ordenamiento jurídico a la declaración de ilegalidad de la huelga es su finalización, lo que conllevará al reinicio de actividades de los trabajadores involucrados en la medida de fuerza, esto es, la obligación de retorno al centro de trabajo. Ello implica la desprotección jurídica a los trabajadores huelguistas y, con ello, la habilitación de la potestad sancionadora del empleador respecto de las posteriores inasistencias al trabajo, materia que se abordará en el apartado 3.5. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación⁷⁷.

2.2.4.2. La calificación al cumplimiento de la normatividad sobre los servicios mínimos.

Como se ha visto, las reglas vinculadas al mantenimiento de los servicios mínimos no se encontraban en el primer esquema de calificación al ejercicio del derecho de huelga. Recién en el año 1990, con la emisión del Decreto Supremo N° 070-90-TR, se incorpora la obligación de la organización sindical de proporcionar la nómina de trabajadores para asegurar la continuidad de los servicios esenciales (artículo 5) y de las actividades indispensables de la empresa (artículo 6)⁷⁸.

que debía aplicarse el plazo de quince (15) días hábiles, previsto en el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG.

⁷⁷ Sin perjuicio de ello, es posible que, durante la ejecución de la huelga, los trabajadores incurran en actos que se encuentran considerados como faltas graves previstas en el artículo 25 del TUO de la LPCL, como la reiterada paralización intempestiva de labores (literal a), los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores (literal f), o el daño intencional a los bienes e la empresa o en posesión de esta (inciso g) o se trate de la falta grave prevista en el artículo 82 del TUO de la LRCT (no cumplir con mantener los servicios mínimos de manera injustificada). Frente a estos casos, no se extiende la protección jurídica que ofrece el ejercicio del derecho de huelga (incluso aun cuando se trate de un ejercicio efectivo), pues se trata de incumplimientos a obligaciones derivadas de la esfera individual de las relaciones de trabajo.

⁷⁸ A lo mucho, el artículo 59 del proyecto de ley general de relaciones colectivas de trabajo, redactada por la comisión designada por las Resoluciones Supremas 270-TR de 26 de octubre de 1970 y 350-TR de 28 de diciembre de 1970, y presidida por el profesor Ricardo Nugent, contemplaba que “durante la huelga es obligatorio el trabajo de personal necesario para evitar perjuicios en materias primas, sembríos, máquinas o instalaciones” (Nugent, 2006, pág. 346), sin considerar el mecanismo por medio del cual debía asegurarse la presencia de dicho personal.

Teniendo como base lo dispuesto la norma precitada, el TUO de la LRCT y el Reglamento de la LRCT impregnan a la obligación de mantener los servicios mínimos como objeto del doble control que realiza el Estado al ejercicio del derecho de huelga, según se expone a continuación.

Primer control: presentación de la nómina de trabajadores para los servicios mínimos en la comunicación de huelga

De acuerdo a lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 del TUO de la LRCT, la organización sindical tiene el deber de poner en conocimiento del empleador y la Autoridad Administrativa de Trabajo la declaración de la huelga, con la debida antelación⁷⁹ y acompañando copia del acta de votación. A esta comunicación, el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT añade que debe adjuntarse “la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley”.

De este modo, la presentación de la nómina de trabajadores para mantener los servicios mínimos se concibe como un requisito de la comunicación del derecho de huelga que, de no observarse, la Autoridad Administrativa de Trabajo la calificará de improcedente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 74 del TUO de la LRCT.

Ciertamente, este requisito encuentra su fundamento en el artículo 82 del TUO de la LRCT, el cual señala que los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, motivo por el cual el empleador tiene la carga de presentar anualmente la comunicación de servicios mínimos con el objeto de que “los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga”.

⁷⁹ Con cinco (5) días o diez (10) días útiles (o hábiles), tratándose de servicios públicos esenciales.

Expuesto lo anterior y considerando que la no observancia de este requisito determina la improcedencia de la comunicación de huelga y, por su relación de causalidad con el segundo control, en la ilegalidad de la ejecución de huelga, dando por finalizado el ejercicio de este derecho; se plantea el siguiente cuestionamiento: de cara a la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos ¿cuál es el sentido de que la presentación de la nómina de trabajadores sea objeto de control en la comunicación de huelga? La respuesta a este cuestionamiento se expondrá en el apartado 3.2.1. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

Segundo control: cumplimiento de la nómina de trabajadores para los servicios mínimos en la ejecución de huelga

En la calificación que realiza el Estado a la materialización del derecho de huelga se encuentra el segundo control vinculado a la obligación de mantener los servicios mínimos. Así, el literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT contempla como causal de ilegalidad “no cumplir los trabajadores con lo dispuesto en el artículo 78 o en el artículo 82”.

De lo anterior se desprende que, si durante la ejecución de la huelga, se constata que los trabajadores no cumplen con lo consignado en la nómina para los servicios mínimos presentada por la organización sindical, la Autoridad Administrativa de Trabajo calificará la ilegalidad de dicha paralización de labores. Asimismo, podría afirmarse que esta causal no aplicaría para el supuesto en que la comunicación de huelga haya sido declarada improcedente debido a que organización sindical no presenta o presenta de manera defectuosa la nómina de servicios mínimos. Ello es así porque jurídicamente no resultaría razonable esperar el cumplimiento de aquello que no se presentó o, de presentado, no resultase acorde a lo exigido.

Sin embargo, la ausencia de reglas específicas sobre el ámbito de aplicación de esta causal de ilegalidad podría generar la aplicación concurrente de dos causales

de ilegalidad: la huelga ejecutada no obstante haber sido declarada improcedente (inciso a) y la huelga ejecutada en la cual los trabajadores no cumplieron con el mantenimiento de los servicios mínimos (inciso e).

El análisis y crítica sobre este punto será desarrollarlo en el apartado 3.2. y 3.2.2. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

2.3. La aplicación de la normatividad peruana respecto de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

En los apartados 2.1. y 2.2. del presente capítulo se han desarrollado aspectos vinculados al surgimiento de la categoría servicios mínimos y su funcionalidad en el ejercicio efectivo del derecho de huelga, así como su configuración normativa en el ordenamiento jurídico peruano, respectivamente.

Para este tercer apartado, se ingresará a analizar cómo se ha aplicado la normatividad sobre los servicios mínimos en el Perú. Con dicha finalidad, se acudiría a los pronunciamientos que se han emitido sobre el ejercicio del derecho de huelga y su relación con la normatividad de los servicios mínimos, tanto en sede administrativa (Autoridad Administrativa de Trabajo, al calificar las comunicaciones de huelga) como en el Sistema de Administración de Justicia (el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, al resolver los conflictos jurídicos de intereses).

2.3.1. Los pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Considerando la delimitación del ámbito de estudio del presente trabajo de investigación, en el apartado 1.4. del primer capítulo se ha mostrado diversos gráficos que permiten visualizar los resultados del control que ha efectuado la Autoridad Administrativa de Trabajo a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Entre otros aspectos, estos resultados demuestran que el requisito de la “nómina para servicios mínimos”, previsto en el literal c) del artículo 65 del

Reglamento de la LRCT, es la regla que mayor nivel de inobservancia ha representado para las organizaciones sindicales al momento de comunicar el ejercicio del derecho de huelga.

En atención a ello, resulta indispensable indagar sobre los razonamientos que ha conllevado a la Autoridad Administrativa de Trabajo a determinar que el requisito en mención fue observado o no. Para tal efecto, se optará por clasificar dichos razonamientos en función a los diversos supuestos que se presentan en relación a la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos al momento que la organización sindical comunica el ejercicio del derecho de huelga.

Sobre el particular, según lo indicado en el apartado 2.2.2. del presente capítulo, recuérdese que no encontrarse determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos implica que el empleador no presentó comunicación de servicios mínimos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 del TUO de la LRCT. La consecuencia jurídica de la ausencia de comunicación de servicios mínimos de cara al ejercicio del derecho de huelga es la inexistencia de obligación de las organizaciones sindicales de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos y, en consecuencia, la inexigibilidad de presentar la nómina de trabajadores que prevé el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Por su parte, si el ámbito objetivo de los servicios mínimos se encuentra determinado es porque el empleador presentó la comunicación de servicios mínimos, las partes arribaron a acuerdo o la Autoridad Administrativa de Trabajo determinó los servicios mínimos, en el marco de un procedimiento administrativo de divergencia (decisión heterónoma). En cualquiera de estos casos, la consecuencia jurídica de cara al ejercicio del derecho de huelga es que la organización sindical tiene la obligación de observar los puestos de trabajo y el número de trabajadores para confeccionar y adjuntar la nómina de trabajadores en la comunicación del ejercicio del derecho de huelga.

Se deberá tener en cuenta lo anterior para comprender los distintos supuestos que han sido atendidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando se pronunció sobre la observancia o no del requisito referido a la “nómina para servicios mínimos”.

Primer supuesto: El ámbito objetivo de los servicios mínimos no se encuentran determinados.

Frente al supuesto en que la empleadora no presentó la comunicación de servicios mínimos, se advierte que la Autoridad Administrativa de Trabajo no ha tenido una posición uniforme al pronunciarse sobre el requisito de la “nómina para servicios mínimos”.

En algunos casos, ante la no presentación de la “nómina para servicios mínimos” por parte de la organización sindical, la Autoridad Administrativa de Trabajo se abstuvo de declarar la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, y, más bien, invocó a la organización sindical que “garantice de alguna manera la prestación del servicio a fin de evitar afectaciones a la seguridad de las personas y al libre tránsito y circulación” (Resolución Directoral General N° 009-2014-MTPE/2.14)⁸⁰.

En otras ocasiones, atendiendo a las labores de los trabajadores involucrados en la medida de huelga, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha acudido al criterio de la razonabilidad para reforzar su posición de que la organización sindical no se encuentra obligado a presentar “la nómina para servicios mínimos”.

Así, por ejemplo, no encontró razonable garantizar los servicios mínimos en las actividades de vendedores integrales, cajeros, operarios, asistentes de ventas,

⁸⁰ Tal invocación surgió a raíz de las labores realizadas por el personal comprendido en la medida de huelga (estaciones de peaje, pesaje, auxilio mecánico, personal de sistema y personal de mantenimiento), que – a consideración de la Autoridad Administrativa de Trabajo – “podría conllevar poner en riesgo la seguridad de las personas que transitan por dicha vía, así como una alteración del orden público, debido a las consecuencias derivadas de la paralización de labores”.

supervisores, personal de mantenimiento y sistemas administrativos y de servicios (Resolución Directoral General N° 143-2013-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 063-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 100-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 108-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 138-2014-MTPE/2.14, y Resolución Directoral General N° 0191-2014-MTPE/2.14); y en actividades de asesores comerciales, gestores de tarjeta, gestores de cobranza, procuradores de cobranza, gestores de cobranza telefónica, Jefe de Operaciones, cajeras, asesores de préstamos, captadores de tarjetas, supervisores comerciales y otros empleados administrativos del sector financiero (Resolución Directoral General N° 177-2014-MTPE/2.14),

Se advierte, además, que el criterio de razonabilidad se analizó no solo en función a las actividades realizadas por los trabajadores involucrados en la medida de huelga, sino en la actividad principal de la empleadora. Sobre dicha base, la Autoridad Administrativa de Trabajo consideró que no resulta razonable el mantenimiento de los servicios mínimos para la actividad pesquera de elaboración y procesamiento de harina y aceite de pescado (Resolución Directoral General N° 098-2014-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 099-2014-MTPE/2.14); la actividad de intermediación monetaria (Resolución Directoral General N° 185-2014-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 206-2014-MTPE/2.14), y la actividad de venta minoritaria de otros productos en almacén (Resolución Directoral General N° 204-2014-MTPE/2.14).

Asimismo, en virtud del criterio de razonabilidad, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha determinado que la organización sindical no se encuentra obligado a presentar la “nómina para servicios mínimos” si el empleador presenta una comunicación de servicios mínimos defectuosa o incompleta (Resolución Directoral General N° 044-2016-MTPE/2.14), equiparando sus efectos con la no presentación de la referida comunicación.

De otro lado, se ha verificado que, pese a que el empleador solo presentó la comunicación de servicios mínimos a la organización sindical y no a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el requisito bajo comentario se tuvo por no observado, trasladándose la carga de presentar la comunicación de servicios mínimos a la organización sindical (Resolución Directoral General N° 03-2014-MTPE/2.14).

Finalmente, dejando de lado el criterio de razonabilidad, para la Autoridad Administrativa de Trabajo ha sido suficiente la sola constatación de la ausencia de comunicación de servicios mínimos para que la Autoridad Administrativa de Trabajo declare el cumplimiento del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (Resolución Directoral General N° 141-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 205-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 21-2015-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 078-2018-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 205-2019-MTPE/2.14).

Como se aprecia, en este primer supuesto, la Autoridad Administrativa de Trabajo emitió pronunciamientos donde se abstuvo de declarar la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, posteriormente se acudió al criterio de razonabilidad para declarar que no resulta exigible para la organización sindical la presentación de la “nómina para servicios mínimos” y, finalmente, bastó la constatación de la ausencia de comunicación de servicios mínimos, para declarar el cumplimiento del requisito materia de comentario.

Segundo supuesto: El ámbito objetivo de los servicios mínimos sí se encuentran determinados

En las resoluciones analizadas no se han ubicado casos donde se haya determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos por acuerdo de partes o por decisión heterónoma. No obstante, es de advertir que, de haberse presentado, los casos se hubiesen disgregado de manera similar cuando los servicios mínimos

estaban determinados por decisión unilateral del empleador. Esto es, habiendo el empleador presentado la comunicación de servicios mínimos, ha sucedido que los trabajadores (i) no han presentado la “nómina para servicios mínimos”, o (ii) han presentado la “nómina para servicios mínimos” de forma distinta a los puestos o el número de trabajadores consignados en la comunicación de servicios mínimos.

Al respecto, cuando las organizaciones sindicales no han presentado la “nómina para servicios mínimos”, el criterio de la Autoridad Administrativa de Trabajo ha sido estable al declarar la inobservancia del requisito correspondiente (Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 041-2015-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 119-2016-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 011-2017-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 021-2018-MTPE/2.14, y Resolución Directoral General N° 103-2019-MTPE/2.14).

Sin embargo, cuando las organizaciones sindicales han presentado la “nómina para servicios mínimos” pero de manera distinta a los puestos o el número de trabajadores consignado en la comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha mostrado una posición mutable respecto de la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

Ante el argumento de la representatividad de la organización sindical, la Autoridad Administrativa de Trabajo declaró la inobservancia del requisito en mención, indicando, en la Resolución Directoral General N° 54-2014-MTPE/2.14, que:

“no obstante tratarse de un sindicato minoritario y que el número de trabajadores requeridos por LA EMPRESA para realizar las labores indispensables resulta superior al número de trabajadores afiliados a EL SINDICATO, correspondía que dicha organización sindical indique razonablemente, dentro de su ámbito y en atención a las labores

desempeñadas por sus afiliados, la relación de trabajadores a que hubiere lugar (...)"

La incorporación de trabajadores no afiliados en la "nómina para servicios mínimos", así como la falta de precisión de las ocupaciones, horarios, turnos o periodicidad, también ha generado que la Autoridad Administrativa declare la inobservancia del requisito comentado (Resolución Directoral General N° 82-2016-MTPE/2.14). Asimismo, esta declaración alcanzó para aquella nómina que presentaba una considerable diferencia entre el número de trabajadores ofrecido por una organización sindical y la requerida por el empleador en la comunicación de servicios mínimos (Resolución Directoral General N° 154-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 176-2019-MTPE/2.14); luego, cuando la identificación de los puestos de trabajo no correspondía con los indicados por la empleadora (Resolución Directoral General N° 252-2019-MTPE/2.14); o el periodicidad consignada en la nómina para el mantenimiento de los servicios mínimos no resultaba compatible con la duración de la huelga (Resolución Directoral General N° 140-2019-MTPE/2.14).

Ahora bien, con el objetivo de dar respuesta al supuesto en que la organización sindical cuestiona la comunicación de servicios mínimos, pero al, momento de la comunicación del ejercicio del derecho de huelga, la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por decisión heterónoma se encuentra pendiente; la Autoridad Administrativa de Trabajo ha pasado de preferir la comunicación de servicios mínimos a efectuar el análisis del "grado de exigibilidad" del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT⁸¹.

⁸¹ Este cambio de criterio ha sido advertido por SARZO TAMAYO, señalando que "[E]l MTPE no ha sido ajeno al problema que genera la regla de preferencia antes señalada y, por ello, ha modificado su criterio en torno a la obligación de garantizar los servicios mínimos en caso de huelga. De esta manera, observamos en varios pronunciamientos una lectura en clave de garantía sobre este requisito de procedencia. Así, en lugar de aplicar en las huelgas sometidas a su calificación los servicios mínimos determinados por el empleador, ahora el MTPE evalúa en cada caso en concreto el grado de exigibilidad de aquellos servicios mínimos, atendiendo a determinados criterios objetivos" (La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018, págs. 53-54).

En la primera posición, la Autoridad Administrativa de Trabajo tuvo como sustento la autonomía de la calificación de la huelga respecto del procedimiento de divergencia (Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2.14) y, la segunda posición lo sustentó en la conducta de las partes (Resolución Directoral General N° 88-2016-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 013-2017-MTPE/2.14) y en el resultado de un procedimiento de divergencia anterior⁸² (Resolución Directoral General N° 158-2016-MTPE/2.14). Posteriormente, se advierte que la primera posición fue retomada con la Resolución Directoral General N° 061-2018-MTPE/2.14).

En otros casos, si bien la diferencia entre el número de trabajadores requerido por el empleador y el reconocido por la organización sindical en la comunicación de huelga fue evidente, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha calificado el cumplimiento de requisito, apelando al criterio de razonabilidad, en razón que los trabajadores ofrecidos apuntaban a prestar labores en actividades de “control de mantenimiento de maquinarias”, “supervisión de almacén” y “control de calidad” (Resolución Directoral General N° 245-2017-MTPE/2.14).

Luego, frente a los casos de divergencia pendiente de resolver al momento de la comunicación del ejercicio del derecho de huelga y ya en vigencia del Decreto Supremo N° 009-2018-TR, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto en base a los criterios de prelación establecidos en el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT: acuerdos previos, resolución de una divergencia anterior, o, en defecto de ambas, la declaración realizada por el empleador (Resolución Directoral General N° 136-2019-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 192-2019-MTPE/2.14).

Por otro lado, se ha considerado como observado el mencionado requisito cuando la organización sindical, pese a la existencia cuestionamiento a la comunicación de

⁸² Al respecto, véase las consideraciones vertidas en el apartado 2.2.2 del presente capítulo sobre la vocación de permanencia de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por decisión heterónoma.

servicios mínimos, presentó la nómina correspondiente con los trabajadores afiliados encargados de cubrir dichas actividades e indicó que, al no contar con afiliados en determinados puestos de trabajo, no ofrece trabajadores (Resolución Directoral General N° 208-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 209-2019-MTPE/2.14, y Resolución Directoral General N° 226-2019-MTPE/2.14); y, por el contrario, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su inobservancia, cuando la organización sindical no ha expresado los motivos por los cuales decidió no cubrir los puestos de trabajo restantes requerido en la comunicación de servicios mínimos (Resolución Directoral General N° 197-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 253-2019-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 268-2019-MTPE/2.14).

Distinto a los casos antes mencionados, ha sido solida la posición de la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando la organización sindical presentó “la nómina para servicios mínimos” conforme a los puestos de trabajo y el número de trabajadores requeridos por el empleador en la comunicación de servicios mínimos (Resolución Directoral General N° 137-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 139-2019-MTPE/2.14, y Resolución Directoral General N° 169-2019-MTPE/2.14).

Según se ha expuesto, tanto para el primer y el segundo supuesto, la Autoridad Administrativa de Trabajo no ha tenido una posición uniforme al calificar la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Quizá las observaciones que se han realizado a la normatividad peruana en el apartado 2.2.2 del presente capítulo y el margen de discrecionalidad que admite las reglas sobre los servicios mínimos sean algunos de los factores que hayan contribuido para que las organizaciones sindicales se encuentren condicionadas para ejercer de manera efectiva el derecho de huelga en el Perú.

2.3.2. Las posiciones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre dos materias relacionadas al ejercicio del derecho de huelga.

Habiendo revisado cómo la Autoridad Administrativa de Trabajo ha aplicado la normatividad sobre los servicios mínimos en la calificación del ejercicio del derecho de huelga, corresponde explorar ahora las posiciones que han adoptado los órganos jurisdiccionales cuando han resuelto los conflictos jurídicos en casos concretos. Es decir, del impacto en la esfera colectiva se pasará al impacto en la esfera individual que ha tenido la aplicación de la normatividad sobre servicios mínimos.

Previo a ello, se debe tener en cuenta que, entre los años 2002 y el 2005, el Tribunal Constitucional erigió criterios en relación al derecho de libertad sindical y la protección que este irradia en las relaciones de trabajo. Basado en el relato de VILLAVICENCIO (La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación, 2010), este proceso comienza con la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-PA/TC, continuando con las sentencias recaídas en los expedientes 1469-2002-AA/TC y 008-2005-PI, y culmina con la sentencia recaída en el expediente 3311-2005-PA/TC.

Así, del *aspecto orgánico* y *aspecto funcional* del derecho constitucional de la libertad sindical se pasó a una clasificación de la libertad sindical *intuito persona* y libertad sindical *plural*. Cada una de ellas construidas para dar contenido al ámbito de protección que brinda el derecho de libertad sindical en las relaciones individuales o colectivas de trabajo.

De esta construcción es posible destacar tres postulados: (i) considerando el contenido axiológico de los derechos constitucionales, pueden desarrollarse futuras concretizaciones o formas de proyección del derecho de libertad sindical (Caso Telefónica, 2002, fundamento 8); (ii) cualquier acto que busque restringir de manera injustificada la posibilidad de acción de una organización sindical vulnera el contenido esencial del derecho de libertad sindical, por cuanto este incluye aquellos derechos de actividad o medios de acción que se ejerzan dentro del respeto a la Constitución y a la ley (Caso SITRAMUNP, 2004, fundamento 5); y, (iii) el derecho de huelga, entendido como el abandono temporal con suspensión colectiva de las

actividades laborales, se encuentra amparado por la ley dentro de determinadas condiciones (Caso Ley Marco del Empleo Público, 2005, fundamento 40).

Son estos postulados los que sitúan el ejercicio del derecho de huelga dentro del ámbito de protección del derecho de libertad sindical, siempre que aquel se materialice observando las disposiciones normativas que viabilizan su ejercicio. Reitérese, la Constitución Política reconoce el derecho de huelga y el ordenamiento jurídico regula su ejercicio (inciso 3) del artículo 28).

Teniendo en consideración lo anterior, se han identificado dos materias vinculadas al ejercicio del derecho de huelga donde los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han variado; estos son: **(i)** la potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo ocurridas por el ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente, y **(ii)** la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga. En esta última, será pertinente traer a colación algunos pronunciamientos que han sido emitidos también por la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

2.3.2.1. La potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo derivadas del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente.

Sobre la primera materia identificada, se repasarán los distintos pronunciamientos que han emitido tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial.

a) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto cuatro (4) posturas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

TABLA 6
Posturas del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora del empleador

Primera posición	Segunda posición	Tercera posición	Cuarta posición
No se pronuncia sobre determinadas acciones del empleador vinculadas a su potestad sancionadora.	Sí se pronuncia e indica que la potestad sancionadora solo opera en el supuesto previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	Deja abierta la posibilidad de reconocer que estas inasistencias constituyan una excepción a la regla prevista en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	Sí se pronuncia, validando la potestad sancionadora procede sin observar lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR

Elaboración propia.

Por resultar pertinente, a continuación, se revelan los hechos y fundamentos que motivaron al Tribunal Constitucional a adoptar cada una de las posturas mencionadas.

El Tribunal Constitucional y su indiferencia para analizar la legalidad de las acciones del empleador vinculadas a su potestad sancionadora.

La primera posición del Tribunal Constitucional quedó plasmada en la resolución recaída en el expediente 0076-2003-AA/TC, de fecha 19 de marzo de 2003.

La causa estaba referida a las cartas dirigidas por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. a los trabajadores afiliados del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A., las cuales tuvieron por finalidad que retornen a sus labores, pues la comunicación de huelga fue declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por considerar que la remisión de esas cartas afectaba el derecho de huelga de los trabajadores afiliados, la organización sindical interpuso demanda de amparo con el propósito de que se suspendan los efectos de dichas misivas.

En la parte considerativa de la resolución que emitió el Tribunal Constitucional, se aprecia que, por un lado, que la organización sindical había alegado que las referidas cartas fueron de preaviso de despido y, por otro lado, que el órgano de segunda instancia había confirmado la improcedencia limitar de la demanda, en atención que el despido de los trabajadores había variado la *causa petendi*.

Sin indagar sobre estos aspectos, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo, apoyando su decisión en el fundamento 3 que señala:

“(…) conforme es de verse en las cartas cursadas por la demandada, éstas contienen el emplazamiento formal a los trabajadores para que se reintegren a sus labores, sustentado en la declaración de improcedencia de huelga decretada por la autoridad administrativa de trabajo, y en él se les advierte que de no hacerlo incurrirán en falta grave, conforme a lo establecido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 03-97-TR”.

Si bien no se trataba de cartas de preaviso de despido, según se entiende a partir de lo expresado en el fundamento precitado, por cuanto en ellas no se imputaba falta grave; se observa que el Tribunal Constitucional optó por no pronunciarse sobre la validez del emplazamiento realizado por el empleador, ni sobre la legalidad de las consecuencias indicadas en dichas carta, las cuales consistían en calificar como falta grave las inasistencias derivadas de la ejecución de una huelga cuya comunicación fue previamente declarada improcedente.

Es decir, pese a que tuvo conocimiento que el empleador ejecutó su potestad sancionadora frente a estas inasistencias, el Tribunal Constitucional no emitió juicio

sobre la legalidad de las acciones ejecutadas por el empleador previo al despido de los trabajadores por considerar que las cartas remitidas solo constituirían un mero requerimiento formal de retorno al trabajo.

La potestad sancionadora del empleador se encuentra delimitado por lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Con la conformación de otros magistrados, la posición del Tribunal Constitucional de no pronunciarse sobre este aspecto varió en la sentencia recaída en el expediente 2865-2010-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2011.

Así, en esta causa, el Tribunal Constitucional analizó la validez de las cartas notariales remitidas por la empresa Compañía Minera Barrick Misquichilca S.A. a ocho trabajadores, por medio de las cuales les informó sus despidos por haber incurrido en faltas graves, consistente en las inasistencias injustificadas por más de tres días consecutivos.

Los trabajadores indicaron en su demanda de amparo que las inasistencias se dieron como consecuencia de haber participado en la huelga convocada por el Sindicato Único de Trabajadores Empleados de la Minera Barrick Misquichilca S.A. – Huaraz y la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú, motivo por el cual dichas cartas –alegaron- vulneraban sus derechos de sindicalización, a la huelga, entre otros.

De la sentencia recaída en recaída en el expediente 2865-2010-PA/TC, se extrae la siguiente secuencia de hechos:

FIGURA 14
Línea de tiempo en el Expediente 2865-2010-PA/TC



Elaboración propia.

Sobre la base de este escenario, el Tribunal Constitucional resolvió la causa con el segundo voto dirimente a cargo del magistrado Vergara Gotelli⁸³, quien declaró fundada la demanda de amparo. Esta decisión se plasmó en los fundamentos 7 y 8 del voto emitido por dicho magistrado, al señalar que:

“7. (...) la Resolución que confirmó la ilegalidad de la huelga fue emitida el 7 de julio de 2008, y los trabajadores demandantes se reincorporaron antes de dicha fecha, lo que implica que el empleador no podía imputar a los trabajadores la causal de falta grave por inasistencias injustificadas antes del 7 de julio de 2008, puesto que conforme a la normatividad citada, recién después de que el empleador notifica a los trabajadores con el hecho de que la huelga ha sido declarada ilegal en ambas instancias, puede computar las inasistencias.

8. Por ende, en el presente caso, el empleador ha considerado como falta grave días de huelga que no podían ser computados como tales en atención a que aún no se había comunicado a los trabajadores de la emisión de la resolución administrativa que confirmada la ilegalidad de la huelga. Por ello el

⁸³ Por mayoría, la posición de los magistrados de la Primera Sala fue declarar fundada la demanda de amparo. Debido al voto en discordia del magistrado Álvarez Miranda, quien declaró improcedente la demanda, se llamó a dirimir la causa al magistrado Urviola Hani, no obstante, este magistrado declaró infundada la demanda, instaurando una nueva posición. Por tal motivo, se tuvo que llamar a un segundo voto dirimente a cargo del magistrado Vergara Gotelli.

despido de los recurrentes ha sido arbitrario, en razón de que no se ha configurado la causal de falta grave previstos en los incisos a) y h) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...)."

Como se observa, a diferencia de la resolución recaída en el expediente 0076-2003-AA/TC, en esta oportunidad, el Tribunal Constitucional adoptó la posición de pronunciarse sobre la potestad sancionadora del empleador ante las inasistencias al trabajo ocurridas por el ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente, y declaró que aquella potestad solo es válida una vez que se configure el supuesto previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, esto es, que la decisión sobre la ilegalidad de la ejecución de huelga haya quedado consentida o ejecutoriada y el empleador haya efectuado el requerimiento colectivo.

La potestad sancionadora del empleador y la posibilidad de reconocer una excepción a la regla prevista en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

A propósito de un “amparo contra amparo”, el Pleno del Tribunal Constitucional alteró la posición asumida en el expediente 2865-2010-PA/TC, pronunciándose sobre la materia analizada en la sentencia recaída en el expediente 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional examinó si la sentencia de segunda instancia emitida en otro proceso de amparo vulneró o no los derechos fundamentales a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, de acuerdo a lo alegado por la empresa Southern Perú Copper Corporation – Sucursal del Perú.

Apoyándose en la resolución recaída en el expediente 1364-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional determinó que la sentencia cuestionada no brindó razones

suficientes sobre “las consecuencias que tendría el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para la procedencia de la huelga” (fundamento 15). Ello, en razón de que, en el proceso de amparo primigenio, aplicando lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, se declaró fundada la demanda de un grupo de trabajadores que fueron despedidos por las inasistencias acaecidas a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue previamente declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

El problema jurídico que exigía ser atendido en el proceso de amparo primigenio, a consideración del Tribunal Constitucional, fue “si, a pesar de que la huelga no cumplía los requisitos, ella podía ser soportada por el empleador, resignándose a no sancionar a sus trabajadores por sus inasistencias con motivo de una huelga acatada fuera del ordenamiento jurídico” (fundamento 19).

Por no atender ello, la demanda de amparo interpuesta por empresa Southern Perú Copper Corporation – Sucursal del Perú fue declarada fundada, ordenándose que el órgano jurisdiccional emplazado vuelva a pronunciarse y determinar “si el hecho de que una huelga fuese declarada improcedente suponía una excepción a la regla establecida en el artículo 39 del D.S. 001-96-TR” (fundamento 21).

Como se aprecia, la posición asumida en el expediente 2865-2010-PA/TC, referido a la aplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, fue cuestionada por el Tribunal Constitucional, dejando abierta la posibilidad de identificar en dicha regla una excepción cuando se trate de inasistencias que tengan una comunicación de huelga declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, supuesto en el cual no se extendería la protección jurídica que ostenta el ejercicio del derecho de huelga.

La posición del autor sobre esta materia, a propósito del último criterio asumido por el Tribunal Constitucional, será desarrollada en el apartado 3.5.1. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación; sin embargo, se debe indicar –desde ahora-

que no se está ante un problema jurídico derivado de la aplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, sino ante una “preocupación” –según expone el propio Tribunal Constitucional- por “el alcance de la protección que merece el derecho de huelga frente a las cargas que puede soportar el empleador producto del ejercicio de este derecho” (fundamento 21).

Ciertamente, que el ordenamiento jurídico tutele el ejercicio efectivo del derecho de huelga, como manifestación de la libertad sindical, nada tiene que ver con flexibilizar la aplicación de la regla prevista en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, el cual únicamente habilita la potestad sancionadora del empleador frente a un hecho específico: inasistencias producidas de manera posterior a la calificación de ilegalidad de la huelga y el requerimiento colectivo de retorno al trabajo efectuado por el empleador. Entre otros motivos, se considera que la “preocupación” del Tribunal Constitucional surge por no advertir que el ejercicio del derecho de huelga es objeto de un doble control por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para los cuales se han previsto consecuencias distintas tanto para el empleador, la organización sindical y los trabajadores individualmente considerados.

La potestad sancionadora del empleador procede sin observar lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Finalmente, en una reciente sentencia recaída en el expediente N° 2987-2017-PA/TC, la tendencia que se venía presentando se terminó de consolidar.

En este caso, el Sindicato de Trabajadores de La Ibérica cuestionó a través de esta garantía constitucional las resoluciones administrativas, emitidas por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa, por medio de los cuales declaro improcedente la comunicación de huelga y, posteriormente, ilegal la paralización de labores efectuada por los trabajadores afiliados. A

consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad de las amonestaciones escritas impuestas por su empleador.

El problema jurídico que le tocó resolver al Tribunal Constitucional fue si las sanciones impuestas por el empleador se encontraban conforme a ley, pese a que la declaración de ilegalidad se efectuó con posterioridad a los días de inasistencias de los trabajadores huelguistas.

Si bien, a diferencia de los casos anteriores, la demanda estuvo dirigida - principalmente - a cuestionar las deliberaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo que a las actuaciones del empleador; en este caso, el Tribunal Constitucional validó las sanciones impuestas a los trabajadores huelguistas, luego de corroborar que la calificación a la comunicación de la huelga y a la materialización de la huelga se efectuaron conforme a ley. Sin embargo, en ningún extremo de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional se refiere al artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR y los supuestos habilitantes para que el empleador active su potestad sancionadora frente a las inasistencias derivadas del ejercicio del derecho de huelga.

Resulta alarmante el proceder de este órgano jurisdiccional sobre el tratamiento jurídico que le otorga al supuesto que se ha venido comentando. Tal como se indicará a continuación, el Poder Judicial también ha ido por la línea de mantener posiciones que han variado en el tiempo, concluyendo con una que desconoce la aplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en estos casos.

b) Pronunciamientos del Poder Judicial.

Por su parte, el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha puesto de manifiesto tres (3) posturas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

TABLA 7**Posturas del Poder Judicial sobre la potestad sancionadora del empleador**

Primera posición	Segunda posición	Tercera posición
La facultad sancionadora del empleador está habilitada en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	La facultad sancionadora del empleador surge a partir de la declaración de improcedencia a la comunicación de huelga en tres (3) instancias administrativas.	La facultad sancionadora del empleador surge a partir de la primera declaración de improcedencia a la comunicación de huelga.

Elaboración propia.

Para visualizar el contenido de los razonamientos de este órgano jurisdiccional, en esta oportunidad se traerán a colación de manera textual los considerandos pertinentes donde la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha sentado la posición asumida en cada momento.

La facultad sancionadora del empleador opera con la concurrencia de los supuestos previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

En la Casación Laboral N 2698-2016 La Libertad, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, analizando como infracciones normativas la inaplicación del literal h) del artículo 25 TUO de la LPCL y la interpretación errónea del artículo 73 del Reglamento de la LRCT, resolvió la impugnación del despido de una trabajadora que tuvo seis (6) días de inasistencias en un periodo de treinta (30) días calendarios. El empleador, Banco de la Nación, calificó como injustificada dichas inasistencias, pese a que dos (2) días tuvieron como motivo la paralización de labores convocada a nivel nacional por la organización sindical a la que estaba afiliada.

Si bien esta medida de fuerza fue declarada improcedente y, posteriormente su materialización fue declarada ilegal, la Corte Suprema cuestionó la calificación de ausencia injustificadas realizada por el empleador, señalando, en el considerando décimo, que:

“[D]e acuerdo al artículo 73° del Decreto Supremo N° 0 11-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para efectos que se considere ausencia injustificada cuando la huelga haya sido declarada ilegal, primero debe ser declarada consentida o ejecutoriada la resolución de su propósito, y luego, el empleador debe requerir a los trabajadores que vuelvan a laborar, concordado con el artículo 39° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR (...)”.

En el caso, se determinó la ausencia de pruebas que *“demuestre que esta ilegalidad haya sido comunicada a la demandante a efecto del cómputo del plazo, ni que se haya requerido el retorno a sus labores”*; motivo por el cual concluyó que el despido fue fraudulento debido a que le imputó una ausencia injustificada sin cumplir con las formalidades de ley.

Asimismo, en la Casación Laboral N° 15537-2015 Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria resolvió las suspensiones que, como medida sancionadora, ejecutó la empresa Southern Perú Copper Corporation S.A. contra veintidós (22) trabajadores por ausentarse dos días al trabajo, en el marco del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada previamente improcedente. Cabe precisar que este caso, se analizó como infracción normativa la inaplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

En el considerando décimo octavo, la sentencia indicó que:

“(…) si bien de acuerdo al artículo 73° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR se ha señalado que es requisito que el Sindicato comunique a la Autoridad Administrativa su decisión de ejercer su derecho de huelga, requisito que el Sindicato ha cumplido y que dicha comunicación ha sido declarada improcedente (...), no obstante, es de señalar que dicho pronunciamiento por la Autoridad Administrativa no es definitivo, toda vez que no va a originar consecuencias a los trabajadores afiliados al sindicato, en tanto que esta parte puede ejercer su derecho de impugnación, como ha sido el caso, y solo cuando la autoridad declare ilegal la huelga y dicha decisión quede consentida, es que dicha medida se convertirá en irregular e ilegítima, y solo en dicho supuesto la inasistencia de los trabajadores a su centro de trabajo se convertirá en una inasistencia injustificada”.

De esta manera, se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la organización sindical, además porque se verificó que la empresa:

“(…) no ha cumplido con los dos supuestos requeridos en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en razón que (...) no se advierte que la demandada haya procedido con el requerimiento a los trabajadores su reincorporación al centro de trabajo mediante colocación de cartelones, dado que los trabajadores se reincorporaron antes de la emisión del Auto Directoral [que declaró ilegal la materialización de la huelga y tuvo la condición de consentida]” (fundamento vigésimo primero).

Tal como se aprecia, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria tenía posicionado el criterio que la potestad sancionadora del empleador en casos de inasistencia derivada del ejercicio del derecho de huelga debía observar con los supuestos habilitantes del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR⁸⁴.

⁸⁴ Es de resaltar que, en este último caso, el magistrado Arévalo Vela emitió voto singular señalando, sobre la base de la interpretación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, que “la sanción a los trabajadores huelguistas solo procedía desde el momento en el que el Auto Directoral [que

La facultad sancionadora del empleador opera a partir de la declaración de improcedencia a la comunicación de huelga en tres (3) instancias administrativas.

Posteriormente, a propósito de las sucesivas casaciones interpuestas por la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., que alegó como infracción normativa la inaplicación del artículo 77 del TUO de la LRCT, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria cambió la posición inicialmente asumida y estableció que:

“(…) esta legal y disciplinariamente habilitada la facultad del empleador de calificar la paralización ex profesamente sancionada como improcedente en 3 inasistencias por la autoridad administrativa de trabajo como una falta laboral sancionable disciplinariamente”.

El hecho que motivó dicho pronunciamiento es la inasistencia de quince (15) días en que incurrieron los trabajadores afiliados a una organización sindical en el marco del ejercicio del derecho de huelga; sin embargo, la materialización de la huelga se produjo pese a que la comunicación fue declarada improcedente.

La línea argumentativa de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, se aprecia en el considerando séptimo, donde interpretando el literal b) del artículo 77 del TUO de la LRCT, afirma que:

“(…) la participación del trabajador en una huelga legal o legítima está comprendida dentro del ejercicio del derecho fundamental de huelga y suspende válidamente la relación de trabajo del trabajador huelguista hasta el momento de su reincorporación efectiva al trabajo, y no puede dar lugar a

califica la ejecución de la huelga] (...) quedara firme; lo que no ocurrió, pues, el empleador aplicó la sanción disciplinaria por hechos ocurridos antes que la citada resolución fuera emitida”.

sanción alguna. Por el contrario, la participación del trabajador en una huelga ilegal o ilegítima no está comprendida dentro del ejercicio del derecho fundamental de huelga y no suspende válidamente la relación de trabajo, constituyendo un incumplimiento contractual, sancionable disciplinariamente por el empleador”.

Este razonamiento ha sido reiterado en varias sentencias en casación; como, por ejemplo, la Casación Laboral N° 21896-2018 Arequipa⁸⁵, Casación Laboral N° 18783-2018 Arequipa, y Casación Laboral N° 18622-2018 Arequipa.

Posteriormente, si bien la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria mantuvo su posición de declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., por tratarse de la misma paralización, en las sentencias en casación N° 18194-2018 Arequipa, N° 15085-2018 Arequipa, N° 21871-2018 Arequipa, N° 25527-2018 Arequipa, N° 27635-2018 Arequipa, N° 25792-2018 Arequipa, N° 25751-2018 Arequipa, y N° 20734-2018 Arequipa, se aprecia que la magistrada Rosa Bedriñana se apartó de dicha posición y en voto en discordia, señaló que:

“[E]l artículo 77 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, cuya inaplicación alega el recurrente, es totalmente impertinente al caso materia de autos, toda vez que la norma legal regula el supuesto de los efectos que se derivan de una huelga declarada legal, que observó el artículo 73 de la norma citada, situación que precisamente no se presenta, conforme así concluye la instancia de mérito cuando determinada que la huelga fue declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo” (considerando décimo primero).

Asimismo, la referida magistrada, añadió que:

⁸⁵ A su vez, con esta sentencia, el magistrado Arévalo Vela cambió la posición expuesta en la Casación Laboral N° 15537-2015 Lima.

“(…) el artículo 77° del Decreto Supremo citado, tampoco existe disposición alguna que ampare la imposición de una sanción disciplinaria por haberse configurado una huelga improcedente como aconteció en este caso concreto y de su texto no puede colegirse una interpretación que conduzca a la imposición de sanción disciplinaria a una organización sindical que como se acredita de autos con fecha dos de marzo de dos mil diecisiete, puso en conocimiento de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, la comunicación cursada a la demandada en la que anuncia la huelga indefinida a realizarse el día diez de marzo de dos mil diecisiete. Partir de una interpretación en contrario, esto es, de que el artículo 77° tantas veces citado, permite sancionar disciplinariamente a los trabajadores que como en este caso acataron una huelga que fue comunicada al empleador y luego a la Autoridad Administrativa de Trabajo oportunamente, pero que fue declarada improcedente puede generar actos adversos al desalentar a los trabajadores a que ejerzan el derecho de huelga que es reconocida en nuestra Constitución del Estado y en normas internacionales de trabajo”.

Por otro lado, es de advertir que el razonamiento de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria validó la sanción de los trabajadores huelguistas por los quince (15) días de inasistencia al trabajo, pero con distinto nivel de intensidad. Así, frente al mismo hecho, a algunos trabajadores se les suspendió con dos (2) días de licencia sin goce de haber, a otros, con siete (7) de licencia sin goce de haber e, incluso, a un trabajador solo se le hizo una “severa llamada de atención”.

La facultad sancionadora del empleador surge a partir de la primera declaración de improcedencia a la comunicación de huelga.

Para culminar este punto, se advierte que la segunda posición acogida por la Corte Suprema se ha encrudecido, llegando –incluso- a establecer doctrina jurisprudencial para posicionar el criterio de que la potestad sancionadora del empleador surge desde la primera declaración de improcedencia a la comunicación de huelga. En

otros términos, basta que la Autoridad Administrativa de Trabajo declare la improcedencia a la comunicación de huelga para que el empleador se encuentra habilitado a sancionar a los trabajadores que materializasen su medida de presión.

Se comentarán dos (2) casos: en el primero, la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. planteó –nuevamente- como causal de infracción normativa del artículo 77 del Reglamento de la LRCT; y, en el segundo, el Sindicato de Trabajadores de Forsac Perú S.A. postuló como causal de infracción normativa la interpretación errónea del artículo 73 del Reglamento de la LRCT.

En relación al primer caso, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió la Casación Laboral N° 25646-2017 Arequipa, en la cual se pronunció sobre la validez de la sanción de suspensión sin goce de haber de un (1) día a un trabajador que no asistió a trabajar dos (2) días.

Luego de agregar algunos considerandos a los ya establecidos en la posición anterior, en esta sentencia, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria optó por establecer doctrina jurisprudencial para los supuestos de sanciones a trabajadores por inasistencia derivadas del ejercicio del derecho de huelga⁸⁶.

En el considerando décimo segundo, el criterio posicionado es que:

“[L]a paralización de labores realizada por una organización sindical a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró improcedente su materialización, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores, sin perjuicio del descuento de las remuneraciones por los días no laborados.

⁸⁶ Debe advertirse que, recientemente, la Cuarta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Transitoria se ha apartado de esta posición con la emisión de la sentencia recaída en la Casación N° 27752-2018 Arequipa, retornando a la primera posición identificada en este apartado.

En ningún caso la medida disciplinaria a aplicarse a los huelguistas podrá ser el despido” (subrayado agregado).

De la lectura de esta regla, considerada como doctrina jurisprudencial, debe quedar anotado dos (2) observaciones, sin perjuicio de la ampliación del sustento que el autor del presente trabajo de investigación va a realizar en el apartado 3.5.1. del tercer capítulo. El primero es que la normatividad no ha contemplado que la declaración de improcedencia se efectúe a la materialización de la huelga, sino a la comunicación. Son controles que se realizan sobre el ejercicio del derecho de huelga en momentos distintos. Así, tal criterio contiene una imprecisión evidente. Y, la segunda observación es que la habilitación de la potestad sancionadora se aleja de la necesidad de que la declaración de improcedencia se realice en tres (3) instancias administrativas.

Posteriormente, en la Casación Laboral N° 26421-2017 Arequipa se resolvió un caso similar con el mismo resultado.

En relación al segundo caso, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió la Casación Laboral N°23631-2017 Lima Norte, validando la sanción de amonestación escrita impuesta por el empleador a diecinueve (19) trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores de Forsac Perú S.A., declaró infundado el recurso de casación interpuesto.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación Laboral N° 25646-2017 Arequipa, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, consideró que “la huelga general indefinida realizada por el Sindicato de Trabajadores de FORSAC PERÚ S.A. (...), fue ilegal, en tanto se materializó no obstante haber sido declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, conforme a la causal prevista en el artículo 84 del TUO LRCT” (considerando noveno).

Por tal motivo, en esta sentencia, se concluyó que “al haber devenido en ilegal la huelga general indefinida (...), no son aplicables los efectos que contiene el artículo 73° del Decreto Supremo N° 011-92-TR; en consecuencia, los trabajadores que no prestaron servicios (...) eran pasibles de aplicación de medidas disciplinarias, pues, no prestaron trabajo efectivo durante los días de paralización de labores” (considerando décimo primero).

Un primer aspecto que resulta cuestionable al razonamiento expuesto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria es que establece, en el considerando quinto, que el artículo 70 del Reglamento de la LRCT prevé el supuesto de una huelga legal, desconociendo que el ordenamiento jurídico peruano no ha contemplado una declaración de legalidad de la huelga, sino únicamente la ilegalidad prevista en el artículo 84 del TUO de la LRCT. De este modo, lo que pareciera es que el Poder Judicial considera que el ejercicio del derecho de huelga solo se presenta cuando la organización sindical obtiene una declaración de procedencia de la huelga (control sobre la comunicación de huelga)⁸⁷.

El segundo aspecto cuestionable que se deriva del razonamiento de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria es que se subroga en la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectuar la calificación de ilegalidad, pues en dicha sentencia en ningún momento se da cuenta de la existencia de esta declaración, y valida la sanción que ejecutó la empleadora contra los trabajadores cuando aún –ni siquiera- se había resuelto la impugnación interpuesta contra la resolución que declaró improcedente la comunicación de huelga, dejando de lado la anterior posición.

Finalmente, no se entiende la afirmación de que no resultaría aplicable el artículo 73 del Reglamento de la LRCT por haber devenido en ilegal la huelga, cuando precisamente la declaración de ilegalidad de la huelga consentida o ejecutoriada,

⁸⁷ El autor del presente trabajo de investigación sentará su posición sobre la materia en el apartado 3.5.1. del siguiente capítulo.

junto con el requerimiento colectivo, forma parte del supuesto habilitante para que los trabajadores tengan la obligación de retornar al trabajo. Si se aplicase la lectura en contrario de dicha afirmación (al estilo de la posición anterior), ¿el artículo 73 del Reglamento de la LRCT sí sería aplicable si se declara legal la huelga? Nótese, además, que esta sentencia fue suscrita por la magistrada De La Rosa Bedriñana, cuando en anteriores oportunidades emitió voto en discordia ante razonamientos similares de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.

2.3.2.2. La determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga.

Sobre la segunda materia identificada, el Tribunal Constitucional y, en menor medida, el Poder Judicial y la Autoridad Inspectiva de Trabajo también han tenido ocasión de pronunciarse, como se relata a continuación:

a) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha recorrido por distintos criterios cuando ha conocido casos vinculados a la determinación subjetiva de los servicios mínimos. Estos criterios son:

TABLA 8

Posturas del Tribunal Constitucional sobre la determinación subjetiva de los servicios mínimos en caso de huelga

Primera posición	Segunda posición	Tercera posición
No se cuestiona la competencia del empleador en la determinación subjetiva de los servicios mínimos.	La designación realizada por el empleador no vulnera el derecho de huelga.	La designación realizada por el empleador sí vulnera el derecho de huelga.

Elaboración propia.

Siguiendo el método efectuado para tratar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la primera materia identificada, se mencionará aquellos casos que motivaron sus posiciones en esta segunda materia.

El Tribunal Constitucional y la indiferencia para analizar la facultad del empleador en la determinación subjetiva de los servicios mínimos.

Se han ubicado tres pronunciamientos que van en línea a esta primera posición: la resolución recaída en el expediente 04684-2008-PA/TC, de fecha 13 de octubre de 2009, y las sentencias recaídas en los expedientes 01088-2013-PA/TC, de fecha 18 de noviembre de 2015, y 03618-2014-PA/TC, de fecha 25 de abril de 2018.

- En el expediente 04684-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Unificado de Trabajadores de Southern Perú Copper Corporation – Ilo contra su empleadora, la cual fue declarado improcedente en primera y segunda instancia.

El hecho que se cuestionó en esa oportunidad fue la lista de trabajadores elaborada por su empleadora (que incluía a sus afiliados), en la que se designaba a los trabajadores encargados de laborar en servicios esenciales durante la huelga programada para el 12 de mayo de 2008. Este hecho motivó a la organización sindical solicitar que se declare inaplicable dicha lista y ordenar a la empresa que se abstenga de designar a sus afiliados e incluirlos en estas listas, motivando su pretensión en la evidente amenaza al derecho de huelga de sus trabajadores afiliados.

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por considerar que la amenaza invocada por la organización sindical no cumplió los requisitos de certeza e inminencia, toda vez que no se materializó la huelga y que, a la fecha de interposición de la demanda de amparo, esa lista de trabajadores ya no constituía una amenaza.

- Por su parte, en el expediente 01088-2013-PA/TC, el caso que llegó al Tribunal Constitucional se trató de un despido por la falta grave prevista en el literal h), del artículo 25 del TUO de la LPCL, esto es, inasistencias injustificadas.

La empleadora, Empresa Administradora Cerro S.A.C., imputó esta falta a un trabajador afiliado al Sindicato de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de Volcán Compañía Minera S.A.A., alegando que no acudió a trabajar los días en que se ejecutó la huelga, pese a que lo designó como personal en servicios esenciales y que notificó ello a su organización sindical.

En su defensa, el trabajador alegó que la designación de los trabajadores de emergencia no le corresponde a su empleadora, sino a la Autoridad Administrativa de Trabajo y la nómina de trabajadores debe ser proporcionada por su organización sindical. Además, que nunca tuvo conocimiento de la designación realizada por su empleador, configurando su despido en una vulneración, entre otros derechos, al derecho de huelga.

Para el Tribunal Constitucional, la resolución de la controversia giraba en torno a una constatación de hecho: si el demandante tomó conocimiento no de su designación, declarando improcedente la demanda porque no se contaba con los medios probatorios que generen certeza sobre aquello. Cabe indicar que, en dicha sentencia, se dejó constancia que ni la empresa ni el sindicato habían presentado los documentos requeridos por el Tribunal Constitucional para mejor resolver.

- De otro lado, en el expediente 03618-2014-PA/TC, el Tribunal Constitucional resolvió el despido de otro trabajador por las inasistencias derivadas de la ejecución de la misma huelga y por el incumplimiento a la misma designación de servicios mínimos que hiciera la Empresa Administradora Cerro S.A.C., según lo descrito para el expediente 01088-2013-PA/TC.

En esta oportunidad, se declaró fundada la demanda, bajo el sustento de que el empleador no probó haber informado al trabajador sobre su designación ni cumplió con su deber de colaboración procesal; es decir, en este caso, a diferencia del anterior, se optó por aplicar la técnica procesal de la carga de la prueba.

Sin perjuicio de la desazón que genera los distintos resultados en sus decisiones⁸⁸, cabe advertir que en ambos casos el Tribunal Constitucional acogió aquella posición que se identificara en la primera materia identificada, esto es, no se pronuncia sobre la potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo ocurridas por el ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente.

Ahora, en los tres casos, se aprecia que el Tribunal Constitucional no se detuvo a analizar si la designación de los trabajadores para los servicios mínimos (determinación subjetiva) que realizara el empleador resultaba acorde a la normatividad. Qué duda que esta era la materia de fondo y de puro derecho que requería ser atendida por el Tribunal Constitucional. No identificar debidamente el problema jurídico conllevó a que dichos casos sean resueltos, acudiendo a aspectos tangenciales como la inminencia de la amenaza o aspectos de índole probatorio.

La designación realizada por el empleador no vulnera el derecho de huelga.

En la sentencia recaída en el expediente 02211-2009-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2010, se ha registrado una posición donde el Tribunal Constitucional se pronunció de manera concreta sobre la designación de los trabajadores realizada

⁸⁸ Si bien los pronunciamientos fueron emitidos por la Segunda Sala y el Pleno, respectivamente, los magistrados que adoptaron ambas posiciones discordantes son los mismos; evidenciándose que solo hubo un cambio de criterio de orden procesal: carga de la prueba.

por el empleador para los servicios mínimos y su relación con el ejercicio del derecho de huelga.

En este caso, el Sindicato Unificado de Trabajadores de SPCC – Ilo interpuso demanda de amparo contra la empresa Southern Perú Copper Corporation por haber remitido cartas notariales a sus afiliados para que concurran a laborar y cubran los servicios esenciales de la empresa, durante la ejecución de la huelga convocada por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú. Debido a que la empleadora ejerció su poder sancionador contra los trabajadores afiliados por no acatar su requerimiento y no asistir al trabajo, la organización sindical solicitó declarar nulas dichas cartas, invocando vulneración al derecho de huelga.

Específicamente, en el fundamento 22 de la sentencia precitada, el Tribunal Constitucional delimitó su pronunciamiento, cuando señala que:

“22. De autos se advierte que con la comunicación de declaratoria de huelga de fecha 26 de octubre de 2007 el sindicato remitió a la empresa un listado de nombres de los trabajadores que, a su criterio, debían cubrir los cargos de los servicios esenciales durante el desarrollo de la huelga. Esta nómina difería sustancialmente del número de trabajadores que, a criterio de la empresa, eran necesarios para cubrir los servicios esenciales; por tal razón, **la empleadora procedió a designar de manera unilateral al número restante de trabajadores que debían cumplir los referidos servicios; procediendo a remitir sendas cartas notariales instando a los trabajadores designados a concurrir a laborar.** Estando, así las cosas, **corresponderá a este Tribunal dilucidar si con la remisión de las aludidas cartas notariales se había vulnerado o no el derecho a la huelga de los trabajadores afiliados al sindicato demandante**”. (resaltado agregado)

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y, en consecuencia, determinó que no se acreditó la violación al derecho de huelga, en razón de que comunicación de puestos indispensables presentada por el empleador es de calificación automática y el cuestionamiento de la organización sindical (divergencia) es de evaluación previa y sujeto a silencio administrativo negativo, según el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

De manera expresa, en el fundamento 24 de esta sentencia, el Tribunal Constitucional indicó que:

“24. Este Tribunal, teniendo en cuenta las características de los procedimientos establecidos en el TUPA del Ministerio de Trabajo (...) considera que **con la remisión de las aludidas cartas notariales no se ha vulnerado el derecho de huelga** de ningún otro derecho constitucional en agravio de los trabajadores afiliados al sindicato demandante, toda vez que **es facultad de la empresa ejercer su poder sancionador, allí cuando, a su criterio, se haya infringido las normas legales o reglamentarias**, lo cual no quiere decir que las sanciones puedan o no resultar arbitrarias o desproporcionadas (...). (resaltado agregado)

Sobre el particular, se tiene que el Tribunal Constitucional determinó que la designación de los trabajadores para los servicios mínimos (determinación subjetiva) realizada por el empleador estuvo habilitada por la calificación de aprobación automática que le reconoció el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a la comunicación de servicios mínimos⁸⁹. Nuevamente, no identificar el

⁸⁹ Mediante la Resolución Ministerial N° 107-2019-TR, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo eliminó la comunicación de servicios mínimos de su TUPA debido a que advirtió que no contaba con base legal para su inclusión. Este proceso de gestión se efectuó en el marco de la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria prevista en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, modificado por el Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria. De lo anterior, se tiene que la comunicación de servicios

problema jurídico por parte del Tribunal Constitucional devino en un razonamiento deficiente para la resolución del caso.

Como se ha indicado en el apartado 2.2.2 del presente capítulo, los puestos de trabajo y el número de trabajadores encargados de cubrir los servicios mínimos (determinación objetiva) pueden provenir: (i) de manera unilateral del empleador (con la comunicación de los servicios mínimos), (ii) acuerdo de partes, o (iii) la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo (en el marco del procedimiento de divergencia. Y, por otro lado, la identificación concreta de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos (determinación subjetiva) se materializa una vez que se comunica el ejercicio del derecho de huelga.

Sin explorar las diferencias y consecuencias entre ambos momentos, el Tribunal Constitucional utilizó un argumento relacionado a la determinación objetiva para validar la actuación del empleador en la determinación subjetiva de los servicios mínimos.

La designación realizada por el empleador sí vulnera el derecho de huelga.

La posición adoptada por el Tribunal Constitución sobre la segunda materia identificada, y ante hechos con características similares a los casos anteriores, ha variado en los últimos años.

Así, el inicio de esta variación de criterio se aprecia en el auto recaído en el expediente 01943-2018-PA/TC, por medio del cual el Tribunal Constitucional declaró nulo los fallos de las instancias inferiores, que declararon improcedente la

mínimos ni era un procedimiento administrativo ni existía norma con rango de ley que sustenten su incorporación en el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin embargo, en su momento, el Tribunal Constitucional no consideró las reales “características” de estos instrumentos de gestión a las que alude en la sentencia precitada, aplicando una regla de aprobación automática en una materia (comunicación de servicios mínimos) que no constituye procedimiento administrativo.

demanda, y dispuso que se la admita a trámite, a fin de que se examine si hubo o no afectación al derecho de huelga invocada por el Sindicato Cerro Verde.

Con la emisión de este auto, el Tribunal Constitucional reconoció la necesidad de que se analice la facultad del empleador para designar los trabajadores para servicios mínimos y la posible vulneración al derecho de huelga, pues como se establece en su fundamento 6:

“(…) en este caso se encuentran comprometidos los derechos a la libertad sindical y de huelga, lo cual se vería reflejado en el hecho de que la empresa emplazada habría designado de manera arbitraria trabajadores indispensables a aquellos que no estaban comprendidos en la nómina enviada por su sindicato, para posteriormente imponerles sanciones disciplinarias por acatar la medida de fuerza convocada por su sindicato (…)”.

Es con la emisión de la sentencia recaída en el expediente 02302-2015-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2019, que el criterio del Tribunal Constitucional se asienta respecto de la materia comentada. Cabe mencionar que, a diferencia de los anteriores, en este caso los puestos de trabajo y el número de trabajadores encargados de cubrir los servicios mínimos (determinación objetiva) sí se encontraban determinados, por medio de un procedimiento de divergencia resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

De esta manera, analizando la normatividad referida a los servicios mínimos, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 9, refirió que:

“9. De la normatividad citada *supra* se desprende que el ente facultado para elaborar y entregar al empleador la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando en caso de huelga, es la organización sindical, quien debe observar el número y ocupación de trabajadores que se requiere para su permanencia en las actividades indispensables en caso de producirse la

suspensión colectiva del trabajo. **La observancia, o no del referido número y ocupación de trabajadores será evaluada por la Autoridad de Trabajo al momento de pronunciarse por la procedencia o improcedencia de la huelga**". (resaltado agregado)

Y, en relación al caso analizado, en el fundamento 11 se concluyó que:

"11. (...) la designación de los trabajadores para laborar en las áreas esenciales por parte del empleador constituye una afectación al derecho de huelga de los trabajadores afiliados a la recurrente, pues las cartas que dirigió la empresa demandada (...) no fue a la organización sindical como responsable de cumplir con la nómina de trabajadores, sino que estuvieron dirigidas a los mismos trabajadores, con el fin de obligarlos a asistir a laborar los días 24 y 25 de diciembre de 2020, en los cuales se había anunciado la paralización de labores, e impedirles el libre ejercicio del derecho de huelga".

Con esta sentencia queda evidenciado que el Tribunal Constitucional se acogió a un tercer criterio referida a la facultad del empleador de designar los trabajadores para los servicios mínimos, identificando en ella una vulneración al derecho de huelga. De esta última posición, se desprende que dicha facultad es exclusiva de la organización sindical y que su inobservancia repercute en la calificación de la comunicación de la huelga más no en las relaciones individuales de trabajo, aspectos que no habían sido analizados en anteriores pronunciamientos.

No obstante lo anterior y para culminar los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, se aprecia que el razonamiento de este órgano jurisdiccional ha esclarecido el tema sobre a quién corresponde designar los trabajadores para servicios mínimos, pero no sobre cómo se conforma la nómina respectiva ni en qué

momento surge la potestad sancionadora del empleador por el incumplimiento de dichos trabajadores⁹⁰.

b) Pronunciamientos del Poder Judicial.

En relación a esta materia, se ha tenido conocimiento de algunos pronunciamientos judiciales – en primera instancia- que fueron emitidos por el Juzgado Mixto de Motupe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en los Expedientes N° 86-2018, 88-2018, 89-2018, 92-2018 y 93-2018, a propósito de la paralización de actividades derivado del ejercicio del derecho de huelga.

De la lectura de estas sentencias, se aprecia que los trabajadores demandantes postularon la nulidad de despido por la causal prevista en el literal a) del artículo 29 del TUO de la LPCL (participar en actividades sindicales), señalando que su empleadora, previo a materializar el ejercicio del derecho de huelga, los designó para trabajar en los servicios mínimos.

En relación a ello, los considerandos de dichas sentencias permiten afirmar que el número de trabajadores y los puestos de trabajo estaban determinados por el empleador de manera unilateral, toda vez que, al momento de materializar el ejercicio del derecho de huelga, se encontraba pendiente de resolver el procedimiento de divergencia (decisión heterónoma); y, debido a que la organización sindical no ofreció la nómina de trabajadores en correspondencia a lo requerido por el empleador, éste procedió a designar unilateralmente a los trabajadores demandantes como personal de servicios mínimos. Finalmente, los hechos del caso culminan con el despido de los trabajadores demandantes porque no se presentaron a laborar los días en que se materializó la huelga, entendiendo la empleadora que incurrieron en dos faltas graves previstas en el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL (el incumplimiento de obligaciones de trabajo que

⁹⁰ Estos aspectos serán tratados en el apartado 3.3. y 3.4. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación, respectivamente.

suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo que reviste gravedad).

Para resolver estos casos, el Juzgado Mixto de Motupe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque analizó la gravedad de la infracción imputada por el empleador, a partir de la concurrencia de distintos elementos, como: la antigüedad del trabajo, el hecho de que no haya sido sancionado con anterior, la existencia o no de advertencias previas al trabajo, etc.; y, de igual modo, efectuó una calificación a priori de si el empleador presta o no servicios esenciales, a fin de sustentar si existía la necesidad de que cuenta con trabajadores indispensables; declarando fundada la demanda interpuesta por los trabajadores demandantes.

Al respecto, lo que se aprecia es que dicho órgano jurisdiccional no identificó el conflicto jurídico que se le había planteado en esos casos.

En efecto, no resultaba correcto proceder con el análisis de la gravedad porque ello supone admitir que la discusión del despido no pasaría por la tipificación de la infracción, sino por la razonabilidad de la medida, lo cual no correspondía a los casos analizados, según las consideraciones que se extraen de las sentencias. Asimismo, tampoco resultaba pertinente que el juzgado realice una declaración de esencialidad a priori a los servicios que presta el empleador, máxime si el mantenimiento de los servicios mínimos no es exclusivo para las empresas que prestar servicios esenciales, sino también para aquellas que cuenten con actividades indispensables (artículo 78 del TUO de la LRCT); que –por lo demás– era la categoría que había alegado la empresa para la presentación de su comunicación de servicios mínimos.

Tal como estaba planteado el caso, el conflicto jurídico que debía resolver el juzgado era si empleador tiene la competencia para designar unilateralmente a los trabajadores encargados de prestar servicios mínimos.

La posición asumida en el apartado 3.4. del tercer capítulo del presente trabajo de investigación permitirá advertir que la respuesta es que el empleador no tiene dicha competencia, motivo que hubiese sustentado que el despido hubiese sido declarado fraudulento (claro está salvando las particularidades procesales que ameritan este proceder en los procesos laborales por audiencias).

c) Pronunciamientos de la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

Por su parte, la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos ha sido objeto de pronunciamiento por la Autoridad Inspectiva de Trabajo. Así, en dos (2) casos recientes, las empleadoras han sido encontradas como responsables de incumplir las normas socio laborales, vinculadas a la afectación del derecho a la libertad sindical.

En el primer caso, el expediente sancionador N° 1496-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE3, da cuenta de las investigaciones realizadas por la Autoridad Inspectiva de Trabajo a una empleadora por presuntamente haber incurrido en actos que afectan la libertad sindical; ello, en tanto sancionó con días de suspensión sin goce de haber a trabajadores que acataron una huelga, al ser considerados por la empresa como trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos.

A tal efecto, según consta en los considerandos de la Resolución de Sub Intendencia N° 711-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE3 y Resolución de Intendencia N° 001-2020-SUNAFIL/ILM, la Autoridad Administrativa de Trabajo verificó que – al momento de materializar el ejercicio del derecho de huelga - se encontraba aún pendiente de resolver el procedimiento de divergencia sobre los servicios mínimos; siendo que la parte laboral había cuestionado que la empleadora consideró en su comunicación de servicios mínimos a la mayor cantidad de trabajadores sindicalizados. Asimismo, que la parte laboral, en la comunicación de la huelga, había ofrecido trabajadores en un número mucho menor de la cantidad consignada por el empleador en su comunicación de servicios mínimos.

Al respecto, luego de las verificaciones correspondientes, la Autoridad Inspectiva de Trabajo concluyó que la actuación de la empleadora habría tenido por finalidad limitar la eficacia de la medida de huelga, afectando así el pleno ejercicio del derecho de libertad sindical de los trabajadores sindicalizados, quienes fueron sancionados con suspensión sin goce de haber tras haber ejercido su derecho de huelga. A consideración de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, la empresa debió esperar que el procedimiento de divergencia sea resuelto en forma definitiva para que pueda tener certeza de qué trabajadores eran los realmente obligados a cubrir los servicios mínimos en caso de huelga, antes de aplicar las sanciones.

En el segundo caso, las actuaciones obran en el expediente sancionador N° 710-2020-SUNAFIL/ILM. Según lo expuesto en la Imputación de Cargos N° 1616-2020-SUNAFIL/ILM/AI1, la Autoridad Inspectiva de Trabajo investigó a la empleadora por presuntamente haber incurrido en actos antisindicales que atentan contra la libertad sindical; ello, en tanto la empresa remitió cartas notariales individuales y colocó afiches en las vitrinas de los centros de trabajo, comunicando quiénes eran los trabajadores designados como indispensables, y que por tanto debían permanecer en sus puestos de trabajo el día convocado para la huelga.

De manera similar al caso anterior, el procedimiento de divergencia sobre los servicios mínimos se encontraba pendiente de resolver, al momento de materializar el ejercicio del derecho de huelga; sin embargo, la empleadora decidió el día de la huelga hacer cumplir los servicios mínimos que unilateralmente había determinado, tomando como base para ello a los trabajadores sindicalizados, pese a que pudo haber dispuesto de trabajadores no sindicalizados, según indica la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

Luego de las verificaciones correspondientes, la Autoridad Inspectiva de Trabajo concluyó que la actuación de la empresa habría tenido por finalidad limitar la eficacia de la medida de huelga, buscando programar y hacer laborar a los trabajadores

sindicalizados en el día que ejercieron su derecho de huelga pese a que ello no era necesario. Asimismo, la Autoridad Inspectiva de Trabajo resaltó que los puestos de servicios mínimos se determinan no en función a la condición de afiliado o no a la organización sindical que materializa la huelga; por lo que, la empresa no podría decidir la nómina de los trabajadores que estarán obligados a cubrir los servicios mínimos.

Si bien se aprecia un avance en los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, por cuanto introducen criterios que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial no han considerado frente a conflictos jurídicos similares, existen aspectos que ameritan algunas precisiones, los cuales se tocarán en el siguiente capítulo, a modo de propuestas.

Por lo demás, el repaso de los criterios que han sido acogidos tanto a nivel administrativo, por la Autoridad Administrativa de Trabajo y la Autoridad Inspectiva de Trabajo, como a nivel jurisdiccional, por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, permite señalar que la normatividad de los servicios mínimos no ofrece un panorama estable en las relaciones colectivas de trabajo.

El resultado de la aplicación de la normatividad referida demuestra que el ejercicio efectivo del derecho de huelga tiene poco espacio para que se desarrolle en el Perú, afectando, de manera indirecta, a la esfera individual de los trabajadores, toda vez que los órganos jurisdiccionales han avalado la potestad sancionadora del empleador frente a paralizaciones, cuya comunicación de huelga es declarada improcedente.

Ante esta realidad, en el siguiente capítulo se ofrecen determinadas propuestas que el autor del presente trabajo de investigación considera puede aportar a revertir el panorama revelado, resguardando el mandato constitucional previsto en el inciso c) del artículo 28 de la Constitución Política del Estado.

CAPÍTULO III

Propuestas para el ejercicio efectivo del derecho de huelga y la garantía en la prestación de los servicios mínimos

En el primer capítulo se ha indicado algunas consideraciones sobre el derecho de huelga y su ejercicio efectivo en el Perú. Si bien este ejercicio implica no solo que las organizaciones sindicales observen la normatividad sobre los servicios mínimos, sino también aquellas otras referidas a las condiciones y requisitos previstas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y el artículo 65 del Reglamento de la LRCT⁹¹, la inobservancia a estas otras reglas ha tenido un importante impacto en el ejercicio efectivo del derecho de huelga, aunque en menor medida que la referida a los servicios mínimos, pues se ha constatado que este último constituye la principal inobservancia por parte de las organizaciones sindicales para ejercer el derecho de huelga en el Perú.

En función de esta afirmación, en el segundo capítulo se ha expuesto sobre la garantía de los servicios mínimos desde su concepción por parte de la Organización Internacional del Trabajo, así como, en mayor incidencia, desde la normatividad peruana, disgregando las diversas reglas que giran en torno a cuatro (4) tópicos: (i) la regulación del contenido de los servicios mínimos, (ii) la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, (iii) la regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos, y (iv) la regulación del doble control estatal sobre el ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos.

Por corresponder al objeto de estudio del presente trabajo de investigación, la finalidad del tercer capítulo es desarrollar algunas propuestas para que, según este

⁹¹ A saber, en el caso de las condiciones: objeto de la huelga, voluntad colectiva, existencia de sentencia firme en el caso que el conflicto sea jurídico, y la relación a la activación previa del arbitraje laboral; y, en el caso de los requisitos: comunicación previa, declaración jurada y el refrendo del acta de asamblea.

autor, la normatividad peruana permita el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú, en resguardo de la garantía del mantenimiento de los servicios mínimos.

Seis son las temáticas que se abordarán para situar las propuestas que se ofrecen en este capítulo: i) sobre la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga, ii) sobre el doble control de los servicios mínimos, iii) las reglas sobre la determinación del ámbito objetivo de los servicios, iv) las reglas sobre la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos, v) la relación entre las causales de ilegalidad y la potestad sancionadora del empleador, y vi) aspectos a considerar para un pronunciamiento oportuno de la Autoridad Administrativa de Trabajo ante el ejercicio del derecho de huelga.

3.1. La titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga en el Perú: análisis y perspectivas.

La intervención del Estado en la calificación al ejercicio del derecho de huelga ha sido cuestionada por la doctrina esbozada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Así, por ejemplo, este órgano ha indicado que “la declaratoria de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al gobierno sino a un órgano independiente de las partes” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 907)⁹².

Como se aprecia, para la Organización Internacional del Trabajo, el órgano independiente que califique el ejercicio del derecho de huelga debe ser una autoridad “imparcial”, lo cual supone que no sea parte ni se encuentre involucrada con alguna de las partes en conflicto, permitiendo que dicha autoridad cuente con la confianza de aquellas.

⁹² Nótese que el órgano independiente al que se alude para la calificación sobre el ejercicio del derecho de huelga es distinto al órgano independiente que debe determinar el ámbito objetivo de los servicios mínimos, aunque nada impide que dichas acciones recaigan en un mismo ente o institución.

Siguiendo estas notas distintivas, ¿en qué ente o institución debería recaer la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga en el Perú?

3.1.1. Imparcialidad y discrecionalidad del órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga.

Ya se ha indicado que el doble control que se ejerce sobre el ejercicio del derecho de huelga consiste en la corroboración de cumplimiento o no de condiciones y requisitos (en caso de la comunicación de huelga) y en la verificación de causales de ilegalidad (en caso de la ejecución de huelga).

En esa línea, si el control supone la realización de actos de corroboración y verificación, ¿podría afirmarse que las decisiones que adopte la Autoridad Administrativa de Trabajo no son imparciales y que las decisiones que adopte el Poder Judicial, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, u otro ente, sí lo son?

Parecería que, al menos en el Perú, defender que la calificación del ejercicio del derecho de huelga lo realice un órgano independiente tendría como fin buscar una “sensación de imparcialidad”, que la imparcialidad en sí misma.

Resulta innegable que la imparcialidad es una característica fundamental cuando se trata de que alguna institución ejerza control sobre el ejercicio de derechos constitucionales. Sin embargo, considerando que el control sobre el ejercicio del derecho de huelga consiste en actos de corroboración y verificación, la controversia no pasaría por establecer qué ente o institución debería ejercer dicho control, sino por garantizar que se cuente con reglas claras, sobre las condiciones y los requisitos, así como sobre las causales de ilegalidad previstas para el ejercicio efectivo del derecho de huelga. Tener claridad sobre las reglas aplicables brinda predictibilidad a los sujetos involucrados sobre la acción de control respecto al

ejercicio del derecho de huelga; y, cubre los vacíos normativos que puedan conllevar a una amplia discrecionalidad del órgano calificador.

Promover una regulación clara y concisa que limite la discrecionalidad del órgano calificador al adoptar una decisión, resulta más sustancioso que promover reglas referidas a los criterios de elección y conformación de un nuevo órgano calificador.

La imparcialidad es una característica que se predica respecto de las personas. No podría sostenerse que una entidad, ente o institución es por sí misma imparcial o no, ya que estas no son más que un conjunto de personas que las conforman o que las lideran. Siendo ello así, aunque se apostase por un órgano calificador bajo determinados criterios, difícilmente podría decirse que está 100% garantizada su imparcialidad, en tanto esta característica se predica en cabeza de quien asume como órgano calificador (que puede ser una o más personas).

En ese sentido, se advierte que la importancia de un órgano calificador imparcial es solo un medio para lograr el fin querido: una calificación objetiva sobre el ejercicio del derecho de huelga; y que, para el logro de dicho fin, contribuye en mayor medida contar con una regulación idónea (reglas claras sobre condiciones y requisitos, así como causales de ilegalidad previstas para el ejercicio efectivo del derecho de huelga) que limite la amplia discrecionalidad del órgano calificador en un control que -como se ha indicado líneas arriba- consiste en actos de corroboración y verificación.

Cabe resaltar que, con ello, no se está buscando la eliminación de la discrecionalidad, sino su limitación para un adecuado ejercicio de la misma; esto, en contraposición con una amplia discrecionalidad, fruto de vacíos normativos, que es sustento para “estructuras de ejercicio abusivo del poder público en beneficio privado” (Montoya Vivanco, 2014, pág. 214).

¿Por qué es importante tener reglas claras? Porque “las reglas del juego democrático son sólo como los rieles de un tranvía: canalizan el conflicto, no lo eliminan. Pero hacen predecible la acción política y dan continuidad al sistema, haciendo posible el buen gobierno” (Pease García, 2014, pág. 222).

Ahora bien, no basta que las reglas a las que se hace mención sean claras, sino que también tengan legitimidad por los actores sociales involucrados. Actualmente, el texto primigenio de las normas que regulan las relaciones colectivas de trabajo en el Perú provienen de un Decreto Ley, el cual -por su naturaleza- adolece de legitimidad, en tanto fueron normas que se establecieron sin ánimo de consenso con la ciudadanía.

Repárese que, a la luz del principio constitucional de buen gobierno, regulado indirectamente en el artículo 44 de la Constitución Política del Perú y desarrollado por el Tribunal Constitucional⁹³:

“(…) la legitimidad de la administración ya no sólo descansa en la ejecución de la ley (lo que es insuficiente cuando existe discrecionalidad), ni siquiera en la eficacia, eficiencia y economía de sus actuaciones (como propugna el New Public Management) sino que encuentra una fuente adicional en el modo de adoptar las decisiones, en un contexto de buena gobernanza y de relaciones entre actores públicos y privados (…)” (Ponce Solé, 2014, pág. 87).

Asimismo, se ha señalado que “(…) la eficacia del derecho no radica únicamente en los métodos de coerción y sanción sino también en la persuasión y la aceptación de las normas jurídicas por ser percibidas como legítimas” (Castro Barriga, 2014, pág. 256).

⁹³ A mayor abundamiento, puede revisarse el texto de Castro, Alberto. “Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el Sector Público: un análisis desde la perspectiva del buen gobierno”. En Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014, p. 246-250.

Uno de los subprincipios del principio de buen gobierno, vinculados a la generación de propuestas normativas, es el de participación, por el cual -entre otros- se brindan las condiciones necesarias para que los ciudadanos, empresas o sociedad civil en general pueda acceder y participar en el proceso de elaboración de normas.

Existen mecanismos para garantizar la participación ciudadana en la generación de propuestas normativas; sin embargo, el diagnóstico de la regulación peruana es que, en la mayoría de entidades, no se realiza una consulta pública desde el diseño o formulación de las propuestas normativas con los actores afectados o grupos de interés. El momento en que se suele realizar una consulta pública es cuando la propuesta normativa ya está elaborada; siendo el mecanismo más empleado, en estos casos, la pre-publicación. En otros casos, los actores involucrados ni si quiera llegan a participar en etapa alguna, sino que se enteran de la existencia de la norma cuando ésta ya está publicada en el Diario Oficial El Peruano.

No obstante, cabe resaltar que -desde hace unos años- en atención a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) contenidas en el documento “Política Regulatoria en el Perú”, en el Perú se viene trabajando en la implementación de la mejora regulatoria, la cual contempla a la consulta pública con el objetivo de lograr la transparencia, predictibilidad, apertura y participación activa en el proceso de elaboración de propuestas normativas, e incluso en el momento previo al diseño, a fin de identificar el problema público detrás de la regulación y analizar las posibles alternativas de solución y sus impactos.

Para tal efecto, como herramientas de consulta pública que contribuyen a garantizar la participación de los actores afectados o grupos de interés se tiene, por ejemplo,

a: talleres, reuniones con expertos, grupos focales, paneles de ciudadanos, comisiones consultivas, pre publicaciones, entre otros⁹⁴.

3.1.2. Análisis sobre la Autoridad Administrativa de Trabajo como órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga en el Perú.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, ¿en quién debería recaer la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga? El autor del presente trabajo de investigación considera que resulta más adecuado que la titularidad recaiga en la Autoridad Administrativa de Trabajo, a que recaiga en el Poder Judicial u otro ente o institución⁹⁵.

¿Y por qué resulta más adecuado? No solo por el componente técnico y de especialización del personal que labora en la Autoridad Administrativa de Trabajo (tratándose de una calificación consistente en actos de corroboración y verificación), y porque en términos operativos y prácticos resulta más eficiente la atención por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo en comparación del Poder Judicial: dada la estructura vigente del proceso judicial en materia laboral sobre plazos, etapas e instancias judiciales, la decisión final sobre el ejercicio efectivo del derecho de huelga se vería retrasado⁹⁶; sino porque, principalmente, existe un mayor componente de rendición de cuentas y un menor margen de discrecionalidad en la Autoridad Administrativa de Trabajo, en contraste con el Poder Judicial u otro ente o institución como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

⁹⁴ La elección de la herramienta dependerá de la complejidad de la materia, magnitud, recursos disponibles, entre otros aspectos; asimismo, será importante que la convocatoria a participar no solo sea transparente sino también inclusiva, de modo que se utilicen los medios adecuados para una mejor comunicación y acceso, así como se tenga en cuenta la particularidad de los participantes (componente intercultural), entre otros.

⁹⁵ Una posición contraria se puede encontrar en Sarzo Tamayo, La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, que en Colombia el tiempo de duración total del proceso de calificación de la huelga asciende a casi 14 meses, según las estimaciones realizadas por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), el cual se puede revisar en Manual sobre relaciones laborales colectivas: 2. Huelga, 2020.

En efecto, respecto a la rendición de cuentas, debe tenerse en cuenta que este es otro subprincipio del principio de buen gobierno, el cual se constituye en un “mecanismo de transparencia y control de la gestión pública que forma parte del *accountability* o responsabilización” (Luna Cervantes, 2014, pág. 202).

Asimismo, LUNA ha señalado que:

“Existen dos tipos de rendición de cuentas: la vertical (control social), que es el control que ejerce la ciudadanía sobre el Estado; y, la horizontal (control intergubernamental), que es la que un organismo gubernamental competente ejerce sobre las entidades de la administración pública” (Sobre la legitimización constitucional del ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la administración pública y un ejemplo paradigmático de su praxis, 2014, pág. 202).

En el ordenamiento jurídico peruano se han previsto mecanismos de rendición de cuentas que suponen un mayor control sobre la actuación de los funcionarios o servidores públicos (como es el caso del personal de la Autoridad Administrativa de Trabajo), en comparación con los previstos sobre la actuación del Poder Judicial u otro ente o institución como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Estos mecanismos refieren, por ejemplo, a los principios, obligaciones y prohibiciones que deben observarse en la Administración Pública, bajo apercibimiento de responsabilidad (la cual, en sede administrativa, puede ser disciplinaria o funcional).

Así pues, una norma común, de aplicación transversal, es el TUO de la LPAG, norma que establece el régimen jurídico aplicable para la actuación de la Administración Pública, a fin de tutelar que esta sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general (artículo III del Título Preliminar de la referida Ley).

De este modo, se tiene al principio de legalidad, que es el soporte de las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos, así como los principios de imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, verdad material, predictibilidad o de confianza legítima, y ejercicio legítimo del poder. Una actuación no conforme a dichos principios puede ser objeto de cuestionamiento por parte de los administrados; y, de ser el caso, puede dar lugar a una determinación de responsabilidades. Precisamente, el principio de responsabilidad es uno recientemente incorporado en la Ley N° 27444, a partir de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1272, en virtud al cual se establece que la autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados a consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa.

Ahora bien, respecto a la discrecionalidad, debe tenerse en cuenta que en el Poder Judicial las decisiones a adoptarse estarían sujetas al criterio del juez de turno; ello, debido a la autonomía con la que cuentan los magistrados, como manifestación de la independencia judicial. Si bien se asume que las decisiones judiciales de un juez deben apegarse a Derecho, esta autonomía le otorga un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre el ejercicio del derecho de huelga, lo cual no resultaría pertinente si se tiene presente que el control que se realiza es de corroboración de requisitos y condiciones, así como de verificación de causales de ilegalidad.

Por su parte, en caso que la condición de órgano calificador recayese en otro ente o institución, se tendría que su actuación sería como la de una instancia arbitral; y, en ese sentido, los miembros de dicho órgano también contarían con un amplio margen de discrecionalidad, siendo que sus decisiones solo podrían ser cuestionadas en vía judicial o constitucional, con los plazos y etapas que ello conlleva.

De otro lado, con relación a los cuestionamientos que puede tenerse respecto a los funcionarios que asumen como directivos en los órganos competentes de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sea porque son puestos de confianza o por su alta rotación, debe distinguirse los problemas que aquejan la regulación sobre el control del ejercicio del derecho de huelga, de los problemas que aquejan al servicio civil peruano. En efecto, el hecho de que los puestos de los funcionarios de la Autoridad Administrativa de Trabajo que califican las huelgas se encuentren en manos de puestos de confianza no puede entenderse que -por sí mismo- suponga una amenaza al fin de tener una calificación objetiva; y que, por tanto, sea sustento suficiente para proponer un cambio en el órgano calificador.

Como se ha señalado líneas arriba, para alcanzar el fin de tener calificaciones objetivas de huelgas, lo importante será establecer reglas claras para dichas calificaciones, que reduzcan el margen de discrecionalidad de los funcionarios de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Con ello, aunque el puesto fuese de confianza, se tendrá un mejor control de los administrados sobre la actuación de la autoridad.

En conclusión, si bien la OIT apuesta por la intervención de un órgano independiente en la calificación al ejercicio del derecho de huelga, expuesto el contenido del doble control que prevé el ordenamiento jurídico peruano, la parcialidad que se busca evitar no se conseguiría con quitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo la titularidad para ejercer este control y trasladarlo a otro órgano calificador, sino con reducir los márgenes de discrecionalidad con la generación de reglas claras y respaldadas con la legitimidad que brinden los actores sociales involucrados. Y, analizando comparativamente el potencial uso de facultades discrecionales, resulta adecuado que la Autoridad Administrativa de Trabajo continúe ejerciendo el doble control en la calificación al ejercicio del derecho de huelga en el Perú.

Dicho lo anterior, cabe dejar sentado que esta posición se reduce al control sobre el ejercicio del derecho de huelga del sector privado, reconociendo el autor del

presente trabajo de investigación que para el escenario de huelgas en el sector público sean otras las consideraciones a tomar en cuenta.

3.2. El doble control de los servicios mínimos: necesaria reestructuración.

En el apartado 2.2.4. del segundo capítulo del presente trabajo de investigación se ha hecho notar que únicamente la garantía de los servicios mínimos es objeto de un doble control por parte del Estado: en la comunicación de huelga, con la presentación de la nómina para servicios mínimos (literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT) y, en la ejecución de huelga, con el no cumplimiento de la nómina para servicios mínimos (literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT).

Asimismo, dada su estructura normativa, la no presentación de la nómina para los servicios mínimos (en la comunicación de huelga) admitiría, de materializarse la medida de fuerza, la generación de una doble causal de ilegalidad⁹⁷: una propia, referida al ya mencionado no cumplimiento de la nómina para servicios mínimos y, una impropia, referida a la ejecución de una huelga cuya comunicación fue previamente declarada improcedente (literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT).

Para el presente autor, ambas situaciones deberían ser objeto de modificación normativa por cuanto su configuración representa una regulación excesiva que, de acuerdo a los datos arrojados en el primer capítulo, impacta de manera directa y con gran intensidad en el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú.

Antes de mencionar estas modificaciones, se debe advertir que su funcionalidad dependerá de que, en el caso en concreto, el ámbito objetivo de los servicios mínimos del empleador se encuentre previamente establecido por cualquiera de las técnicas de determinación expuestas en el apartado 2.2.2 del segundo capítulo del

⁹⁷ La aplicación simultánea de ambas causales se pueden apreciar en la RDG N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

presente trabajo de investigación: voluntad unilateral del empleador, acuerdo o decisión heterónoma.

3.2.1. Propuestas sobre la pertinencia del control a la nómina de trabajadores y la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos.

Si el primer control que efectúa el Estado (a la comunicación de huelga) tiene por finalidad velar que las organizaciones sindicales, en tanto administrados, observen la normatividad para ejercer el derecho de huelga, la actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo no será otra más que de corroborar si lo comunicado por la organización sindical guarda conformidad con las condiciones y requisitos establecidos en el TUO de la LRCT y el Reglamento de la LRCT.

Ciertamente cada una de las estas reglas tendría que tener un propósito; no obstante, ni el Decreto Ley N° 25593, texto primigenio de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ni el Decreto Supremo N° 011-92-TR cuentan con una exposición de motivos (al menos no están publicados) que sustenten las razones que conllevaron al Poder Ejecutivo a incorporar las condiciones y requisitos previstos en el artículo 73 y 65, respectivamente.

Pese a lo anterior, podría estimarse cuáles serían las finalidades de estas reglas.

Por ejemplo, en cuanto a las condiciones, indicar el objeto de la huelga busca que la Autoridad Administrativa de Trabajo corrobore que la comunicación de huelga guarde correspondencia con los intereses profesionales y socioeconómicos de los trabajadores y no con fines puramente políticos⁹⁸. Asimismo, constatar que el objeto

⁹⁸ Es reiterado el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo respecto a las huelgas cuya finalidad es puramente políticas, las cuales no entran en el ámbito de los principios de libertad sindical (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 760). En el Perú, este criterio ha sido acogido por MIRANDA cuando indica que “este requisito opera en un sentido negativo para excluir las huelgas “puramente políticas”, y no en un sentido positivo, de tal forma que, la autoridad administrativa de trabajo no pueda calificar los derechos o intereses socioeconómicos que los trabajadores crean tener o quieren resolver” (La huelga y sus límites, 2016, pág. 65).

de la huelga no haya sido sometido a arbitraje (cuando se trate de pliego de reclamos) permite a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar que el conflicto aún no ha encontrado un mecanismo alternativo de solución al conflicto. Luego, informar si se cuenta o no con una sentencia firme en caso de conflicto jurídico posibilita a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar si, previo a adoptar la decisión de acudir a la huelga, las instancias jurisdiccionales correspondientes se han pronunciado; y, pese a ello, persiste dicho conflicto por incumplimiento del empleador. Finalmente, adjuntar el acta de asamblea a la comunicación de huelga tiene como propósito que la Autoridad Administrativa de Trabajo corrobore la existencia de voluntad mayoritaria de los trabajadores de acudir a la huelga.

En cuanto a los requisitos, la declaración jurada y el acta de asamblea refrendada por Notario Público o, a falta de este, por el Juez de Paz permite a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar la veracidad de la información brindada en la comunicación de huelga para el cumplimiento de las condiciones antes señaladas⁹⁹¹⁰⁰.

Mención aparte merece el requisito de la comunicación previa al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, pues, además de tratarse un mero acto de

⁹⁹ Resulta pertinente la observación de SARZO TAMAYO, cuando advierte que “la declaración jurada que exige el RLCT debería acreditar por sí misma que la decisión de huelga obedece a una voluntad mayoritaria, expresada en asamblea y conforme a los estatutos de la organización sindical. Sin embargo, para estos mismos efectos, la RLRCT exige adicionalmente la presentación del acta de asamblea y el acta de votación. Así, una exigencia simultánea de estos tres documentos (declaración jurada, acta de asamblea y acta de votación) convierten en inútil el requisito de la declaración jurada” (La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018, pág. 83).

¹⁰⁰ A propósito de los diversos mecanismos de simplificación administrativa que el Decreto Legislativo N° 1272 ha incorporado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se ha previsto la posibilidad de sustituir los documentos originales o copias legalizadas notarialmente por la presentación de copias simples, acompañada de declaración jurada del administrado acerca de su autenticidad, a fin de dar cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos (numeral 49.1.1 del inciso 49.1 del artículo 49 del TUO de la LPAG). Por efecto de ello, es posible reemplazar el acta de asamblea refrendada por Notario Público por “copia del acta de Asamblea, acompañada de declaración jurada acerca de su autenticidad” en el procedimiento de declaración de huelga. Lo antes indicado ha sido recogido en el procedimiento 10 del TUPA del MTPE, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2006-TR y modificado por la Resolución Ministerial N° 317-2018-TR.

corroboración de plazos, con este requisito se reconocería una función instrumental: buscar que las partes cuenten con una última oportunidad antes de ejecutar su medida de presión. Como indica el Comité de Libertad Sindical, esta exigencia legal “tiene la finalidad de otorgar a las partes un plazo de reflexión, (...) Esta cláusula de contemporización puede permitir a ambas partes entablar nuevas negociaciones y, eventualmente, llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a la huelga” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 802). Aunque, la doctrina también ha reconocido que este requisito puede permitir al empleador “adoptar medidas preventivas ante el conflicto, a fin de evitar que se provoquen daños que no se les pueda pedir razonablemente que soporten, como podría ocurrir en caso contrario a resultas de una huelga sorpresa” (Cruz Villalón, 2012, pág. 557).

Ahora bien, ¿cuál sería la finalidad del requisito referido a la presentación de la nómina de trabajadores que deben seguir laborando para los servicios mínimos?

Asumiendo que el contenido del control que realiza el Estado sobre la comunicación del ejercicio del derecho de huelga consiste en un acto de corroboración, ¿qué sentido tendría que el Estado corrobore la presentación de una nómina de trabajadores por parte de la organización sindical? ¿se entendería que los servicios mínimos se encontrarían garantizados con la presentación de la nómina de trabajadores en la comunicación de huelga? Si de lo que se trata es de garantizar de manera concreta el mantenimiento de los servicios mínimos ¿no sería adecuado que esta nómina de trabajadores sea objeto de corroboración de cara a la materialización y no a la comunicación de la huelga?

Estas interrogantes motivan la generación de las siguientes sugerencias de orden normativo.

La primera modificación que se considera necesaria realizar es que el requisito de la presentación de la nómina se retire del primer control sobre el ejercicio del

derecho de huelga (calificación a la comunicación de huelga), en tanto que el cumplimiento de dicho requisito no constituye un fin en sí mismo, sino que se muestra como un instrumento para garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga. De esta manera, como cualquier instrumento, es posible modificarlo si existiesen otras opciones menos lesivas a los derechos fundamentales involucrados y que permitan obtener la misma finalidad.

Véase, la garantía del mantenimiento de los servicios mínimos tiene por finalidad que los trabajadores en conflicto cubran los puestos de trabajo involucrados durante la ejecución de la huelga. Si eso es así, la presentación de la nómina no garantiza la prosecución de dicha finalidad.

En efecto, si la organización sindical no presenta la nómina (instrumento), ello no determina que la garantía del mantenimiento de los servicios mínimos no se logre (fin), pues nada impide que, durante la ejecución de la huelga, los trabajadores (afiliados o no afiliados) opten por acudir al centro de trabajo y laboren en aquellos puestos de trabajo determinados como servicios mínimos. De otra parte, si se presenta la nómina (instrumento) es posible que tampoco se garantice el mantenimiento de los servicios mínimos (fin), pues los trabajadores asignados para cubrir los servicios mínimos puede que no acudan a sus labores durante la ejecución de la huelga¹⁰¹.

Nuevamente, si la presentación de la nómina no garantiza el mantenimiento de los servicios, ¿cuál es el sentido que el Estado califique el cumplimiento o no de este requisito?

¹⁰¹ Claro está que, únicamente, en este supuesto las repercusiones negativas sí se presentarían tanto en la esfera del trabajador como en la esfera de la organización sindical, pues para el primero significará haber incurrido en una falta grave (artículo 82 del TUO de la LRCT) y para el segundo la declaratoria de ilegalidad a la ejecución de la huelga (literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT). Es decir, no se garantiza el mantenimiento de los servicios mínimos pero la parte laboral sí se vería severamente afectada.

Considerando que calificar el cumplimiento de este requisito (en la comunicación de huelga) resulta excesivo y, posiblemente, ineficaz; la segunda modificación normativa pasa por admitir que el mantenimiento de los servicios mínimos sea objeto de control en la ejecución de la huelga (segundo control). En efecto, tendría que ser en esta oportunidad (al momento de ejecutar la huelga) donde el Estado dilucide si la organización cumplió o no con su obligación de mantener los servicios mínimos.

Pero, ¿cómo el Estado puede verificar si la organización sindical cumplió su obligación de mantener los servicios mínimos si no se presenta la nómina de trabajadores?

Aquí viene la tercera modificación normativa: la nómina de trabajadores confeccionada por la organización sindical únicamente debiera ser comunicada al empleador para que sea éste quien ponga en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo la nómina de trabajadores alcanzada por la organización sindical. Naturalmente, la puesta en conocimiento al Estado que realiza el empleador solo ocurriría cuando, al materializarse la medida de fuerza, advierta que la organización sindical no haya garantizado el mantenimiento de los servicios con los trabajadores incluidos en dicha nómina, motivo por el cual debe estar acompañado de los motivos que sustenten su advertencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la nómina comunicada al empleador podría ser conocido por el Estado como resultado de la constatación de oficio que efectúe la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Es decir, en la materialización de la huelga, el empleador informaría sobre el incumplimiento de la organización sindical o, de oficio, el inspector verificaría la identidad de los trabajadores que no asistieron a laborar, a fin de que la Autoridad Administrativa de Trabajo corrobore dicha información con la nómina que la organización sindical le hubiese proporcionado al empleador.

Téngase presente que, finalmente, esta corroboración no se reduce a un *check list* por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo (acto de corroboración que sí se realiza en el control a la comunicación de huelga) por cuanto podrían presentarse supuestos en los cuales la inasistencia de un trabajador incluido en la nómina responda a una causal de suspensión del vínculo laboral (vacaciones, descanso médico, permiso, etc.) o que su asistencia no se ajuste a la asignación de turnos, debido a una repentina variación efectuada por el empleador y/o ausencia de comunicación a la organización sindical con anterioridad a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Ante estos supuestos, el Estado tiene que realizar un acto de verificación cuando efectúe el control a la ejecución de la huelga (segundo control).

Se plantea este cambio de esquema en atención a la distribución de cargas que deberían soportar los involucrados en el conflicto laboral. De esta manera, frente al empleador, la organización sindical tendrá la carga de remitir la nómina de trabajadores para los servicios mínimos y de garantizar su cumplimiento al momento y durante la ejecución de la huelga. Por su parte, frente a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el empleador tendrá la carga de ponerle en conocimiento sobre el incumplimiento incurrido por la organización sindical.

Con estas reglas, se propone modificar el instrumento acogido por la normatividad peruana para garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos (presentación de la nómina para los servicios mínimos en la comunicación de huelga), el cual resulta excesivo y, posiblemente, ineficaz; y sustituir con otro esquema que se muestra como una opción menos lesiva a los derechos fundamentales involucrados, permitiendo obtener la misma finalidad.

3.2.2. Precisiones sobre el control de ilegalidad en relación a la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos.

En cuanto a la doble causal de ilegalidad que admitiría la no presentación de la nómina para los servicios mínimos en la comunicación de huelga, se debe indicar lo siguiente:

Si se supera el primer control sobre los servicios mínimos, es decir, si la organización sindical cumple con adjuntar la nómina de trabajadores en la comunicación de huelga, no significa que el Estado no pueda declarar ilegal la materialización del ejercicio del derecho de huelga (segundo control). Sin embargo, si la organización sindical no supera el primer control sobre los servicios mínimos, el ejercicio del derecho de huelga se encontrará severamente condicionado, pues de materializarse se declarará su ilegalidad.

De lo anterior, se desprenden tres (3) supuestos en los cuales, la Autoridad Administrativa de Trabajo podría declarar la ilegalidad de la huelga, en función a la presentación o no de los servicios mínimos en la comunicación de huelga.

Estas posibilidades se grafican de la siguiente manera:

FIGURA 15
Supuestos de ilegalidad vinculados a los servicios mínimos



Elaboración propia.

Como se aprecia, las reglas vigentes permiten que, sea que la organización sindical se esfuerce o no por adjuntar la nómina de trabajadores en la comunicación de huelga con el propósito de superar el primer control, podría declararse la ilegalidad de la huelga en el segundo control, situación que constituye un evidente despropósito para el ejercicio efectivo de dicho derecho fundamental.

Tiene que existir una relación directa entre la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Para tal efecto, se propone precisar que la causal de ilegalidad prevista en el literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT no comprenda al supuesto de incumplimiento de la presentación de la nómina de los servicios mínimos, evitando una aplicación concurrente con la causal de ilegalidad prevista el literal d)¹⁰². Así, esta última causal sería el único supuesto habilitante que sancione la ilegalidad de la huelga cuando la Autoridad Administrativa de Trabajo constate que la organización sindical no cumplió con garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos al momento y durante la ejecución de la huelga, pese a que se haya presentado o no la referida nómina directamente al empleador.

En otros términos, como consecuencia de la primera modificación, la no observancia a la garantía de los servicios mínimos se reflejaría en la existencia de una sola causal de ilegalidad (y no dos como en la normatividad vigente). Basta la corroboración del incumplimiento de los servicios mínimos para que se active la causal prevista actualmente en el literal d) del art. 84 del TUO de la LRCT.

Y, en caso la inobservancia provenga de una comunicación declarada improcedente porque no se cumplió los otros requisitos y condiciones previstos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y 65 del Reglamento de la LRCT, únicamente se aplicaría el

¹⁰² Sobre el particular, la aplicación simultánea de ambas causales se pueden apreciar en la RDG N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

literal a) del TUO de la LRCT. Es decir, el solo hecho de materializar una huelga cuya comunicación de huelga fue declarada improcedente (donde no se califica la presentación de la nómina para los servicios mínimos) activaría la causal de ilegalidad prevista en el literal a) del TUO de la LRCT.

3.3. Sobre las reglas para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos: cuestiones pendientes.

De lo expuesto en el apartado 2.2.2. del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, se ha comentado algunos aspectos que contiene la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos. En atención a ello, en el presente apartado, se propondrán diversos puntos que -se considera- pueden superar algunos vacíos e imprecisiones que presenta la regulación de las distintas técnicas de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

El propósito que se busca es que los actores laborales y la Autoridad Administrativa de Trabajo se desenvuelvan en un escenario que permita una adecuada gestión de los conflictos que se presentan en las relaciones colectivas de trabajo, salvaguardando las posibilidades del ejercicio efectivo del derecho de huelga en armonía con la garantía en la prestación de los servicios mínimos.

3.3.1. Precisiones en torno a la determinación por la voluntad unilateral del empleador.

Para esta técnica de determinación, es pertinente señalar que, durante un significativo periodo de tiempo, la Autoridad Administrativa de Trabajo entendía a la comunicación de servicios mínimos como un “procedimiento administrativo” y lo recogía como tal en su TUPA; no obstante, a partir de la emisión de las Normas Complementarias, se precisa que la comunicación de servicios mínimos se da en cumplimiento una obligación sustantiva prevista en el segundo párrafo del artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo,

aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y normas complementarias, por lo que no constituye fuente para el inicio de un procedimiento administrativo¹⁰³.

Si bien dicho aspecto fue superado, contribuyendo a que se deje de procedimentalizar una materia que no requiere del pronunciamiento deliberativo de la Administración, se advierte que subsisten aspectos pendientes de mejora.

En esa línea, se consideran las siguientes propuestas normativas, que pueden incorporarse a nivel reglamentario:

- Precisar que la comunicación de servicios mínimos debe efectuarse en el mes de enero de cada año tanto a la Autoridad Administrativa de Trabajo, como a los trabajadores u organizaciones sindicales involucrados en las ocupaciones que el empleador requiere cubrir, debiendo la empresa adjuntar en la comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo el cargo de recepción de la comunicación presentada a trabajadores. Esta propuesta busca evitar que los empleadores comuniquen solo a ciertos trabajadores o a una organización sindical que no tiene representatividad con relación al total de las ocupaciones comprendidas en los servicios mínimos, restando la posibilidad de que los involucrados tomen conocimiento sobre dicha comunicación y que, en consecuencia, formulen sus cuestionamientos.
- Precisar el órgano encargado o competente para conocer la comunicación de servicios mínimos dentro de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Para tal efecto, se debería tener presente dos (2) consideraciones:

La primera es que la Autoridad Administrativa de Trabajo que conozca la comunicación de servicios mínimos también cuente con la competencia para

¹⁰³ Contrástese con lo expuesto en el apartado 2.2.2 del segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

tramitar la declaratoria de huelga, toda vez que se encuentran vinculados entre sí: la comunicación de servicios mínimos dota de información indispensable a la Autoridad Administrativa de Trabajo para evaluar el requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, al momento de calificar la comunicación de huelga. Operativamente, no guarda sentido y sería un despropósito, de cara a observar los plazos cortos que prevé el TUO de la LRCT para que la Autoridad Administrativa de Trabajo califique la comunicación de huelga, que órganos distintos cuenten con información vinculada para el ejercicio del derecho de huelga.

La segunda tiene que ver con el criterio para delimitar la competencia territorial de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Así, a diferencia de los procedimientos contemplados en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR (ubicación de los trabajadores involucrados), la competencia para conocer la comunicación de los servicios mínimos tendría que definirse por la ubicación de aquellas posiciones que el empleador reclama el mantenimiento de los servicios mínimos. Es decir, para el conocimiento de la comunicación de servicios mínimos se pasaría del enfoque subjetivo contemplado en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR a un enfoque objetivo. No obstante, nuevamente, por vincularse a la calificación del ejercicio del derecho de huelga, se considera pertinente mantener el criterio de este decreto supremo referido a la actividad económica del empleador y su impacto en la economía nacional.

De esta manera, la propuesta sería que la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces en las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo conozca de la comunicación de servicios mínimos cuando esta comprenda ocupaciones que se ubiquen en centros de trabajo de una determinada región; y, cuando estas se ubiquen en más de una región (o la actividad económica del empleador tenga efecto o impacto notorio en la economía de más de una región o a nivel nacional), la encargada sea la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y

Promoción del Empleo; esto último, siguiendo los criterios aplicables para el trámite de la calificación de la huelga establecidos en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR.

Ahora, frente al supuesto que una comunicación de huelga se presente a una Autoridad Administrativa de Trabajo distinta a la que conoció la comunicación de servicios mínimos, corresponderá acudir a lo establecido en el Sub capítulo III del Capítulo II del Título II del TUO de la LPAG, referido a la colaboración entre entidades.

- Precisar que la comunicación de servicios mínimos no tiene por finalidad que estos sean cubiertos de manera exclusiva por los trabajadores sindicalizados; en tal sentido, en la confección de la comunicación, no puede contemplarse una nómina de trabajadores, sino solo la descripción general de los puestos considerados mínimos, sin mención a trabajadores específicos (con nombre y apellidos). Repárese que la nómina será confeccionada posteriormente por la organización sindical a propósito de la huelga a la que recurra, pero no es elaborada por el empleador.

En relación a ello, se propone como medida de control, que la comunicación de servicios mínimos elaborada en función a la identificación de los trabajadores sindicalizados sea considerada como un acto que afecta la libertad sindical, para efectos de lo dispuesto en el numeral 25.10. del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

- Modificar el “Formato de comunicación de servicios mínimos”, al que refiere la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR, en atención a lo señalado en el punto previo y a fin de delimitar los campos que deben completarse para la comunicación de servicios mínimos.

Así, por ejemplo, no basta con señalar la identificación del “centro de trabajo”, resulta necesario -además- que se precise el nombre o razón social del empleador, la dirección del centro de trabajo, y si se trata de una actividad indispensable o de un servicio público esencial (esto último, con la vinculación a alguna de las categorías consideradas en el TUO de la LRCT).

Además, teniendo en cuenta el esquema organizativo de las empresas, previo a informar sobre los puestos, será importante que se puedan circunscribir dichos puestos consignando un campo en el formato de “área donde se desempeñan los servicios mínimos”; de igual modo, previo a informar sobre “turno/horario”, debiese considerarse un campo en el formato donde se informe sobre “jornada o sistema de trabajo”, el cual permita a los empleadores aterrizar en los turnos y horarios que gestionan para su personal.

Asimismo, se propone dotar de carácter obligatorio el “Formato de comunicación de servicios mínimos”, por cuatro motivos: (i) este carácter del formato resulta concordante con la naturaleza que tiene la comunicación de servicios mínimos; (ii) evitaría que empleadores pretendan elaborar una nómina de los sujetos obligados a propósito de la comunicación de servicios mínimos; (iii) su corrección formal es importante en tanto a partir de dicha comunicación se realiza la divergencia y el informe técnico del órgano independiente; y, (iv) dado el alcance que puede llegar a tener la comunicación de servicios mínimos, derivada de la voluntad unilateral del empleador, es necesario garantizar que esta no resulte arbitraria ni se extralimite en su contenido afectando el derecho a la libertad sindical.

Para efectos de lo anterior, se adjunta una propuesta de formato como Anexo 1 en el presente trabajo de investigación.

- Establecer que el informe técnico, además de sustentar la puesta en riesgo, sustente la relación de ocupaciones y especificaciones contenidas en la

comunicación de servicios mínimos, debiendo guardar correspondencia entre sí; siendo que, de existir discordancias, prevalezca lo expuesto en el informe técnico.

- Adicionar un supuesto para la aplicación de la declaración jurada como mecanismo para dar cumplimiento a la obligación de comunicación de servicios mínimos, el cual sea el siguiente: “existiendo un procedimiento de divergencia en trámite, hasta que se notifique la resolución de segunda instancia o que agota la vía”.

3.3.2. Precisiones en torno al alcance del acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organización sindical sobre los servicios mínimos.

En relación a la segunda técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos que ha sido expuesto en el apartado 2.2.2. del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, corresponde hacer dos anotaciones con miras a precisar reglas referidas al alcance de los acuerdos sobre los servicios mínimos.

La primera anotación es que, a diferencia de la comunicación de servicios mínimos que tiene una vigencia anual, el acuerdo tendría vocación de permanencia.

La vocación de permanencia se invoca porque el contenido del acuerdo no versa sobre aspectos obligacionales, supuesto en el cual las partes pueden establecer un periodo de vigencia determinado o determinable, sino sobre aspectos objetivos referidos a la limitación del ejercicio del derecho de huelga derivado del mantenimiento de servicios mínimos.

Por ejemplo, no resultaría lógico arribar a un acuerdo para determinar por tres (3) años la existencia de servicios mínimos en los puestos de trabajo vinculados al mantenimiento o supervisor de la caldera de vapor, o el área de ventilación (en caso de actividad minera) en una determinada empresa. Estas actividades requerirán

servicios mínimos por la naturaleza riesgosa de la actividad, sin importar la delimitación temporal que le otorguen las partes. En otros términos, la voluntad concurrente de las partes no podría limitar su existencia a un periodo de tiempo.

No reconocer la vocación de permanencia de esta segunda técnica conllevaría al despropósito de admitir que, finalizada la vigencia de los acuerdos sobre los servicios mínimos, la comunicación de servicios mínimos (primera técnica) vuelva a considerar, eventualmente, puestos de trabajo y número de trabajadores que el empleador en algún momento reconoció que no constituían servicios mínimos.

Por ello, admitiendo la vocación de permanente a los acuerdos arribados sobre los servicios mínimos, esta técnica de determinación solo resistiría modificación de existir variación en los procesos de producción que impliquen la reducción o ampliación de puestos de trabajo y, por consiguiente, el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos.

La segunda anotación tiene que ver con el carácter vinculante que pueden tener los acuerdos sobre el ámbito objetivo de los servicios mínimos, teniendo en cuenta el carácter de mayoritario o minoritario que adquiera una organización sindical. Así, como los servicios mínimos no admitirían la imposición de un periodo de vigencia acordada por las partes, tampoco consentirían las reglas de representación que en materia de negociación colectiva ha establecido la normatividad peruana, las cuales se fijan en función al número de trabajadores afiliados con el que cuente una o varias organizaciones sindicales en el ámbito de la empresa.

Dado el carácter técnico que supone el reconocimiento de servicios mínimos, solo cabría la existencia de dos (2) reglas ante la existencia de acuerdo sobre la materia.

La primera regla sería que la determinación sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos tendrá vocación de permanencia y será oponible si el acuerdo fue arribado por el empleador y una sola

organización sindical en el ámbito de la empresa, sin importar si esta es minoritaria o mayoritaria. Así, no podría sostenerse que el universo de este posible acuerdo solo se circunscribe a los puestos de trabajo y al número de afiliados que cuente la organización sindical, de ser minoritario, o a todos los puestos de trabajo y al número de trabajadores del ámbito de la organización sindical, de tener legitimidad negocial. Tal como se indicó líneas arriba, el aspecto subjetivo (los trabajadores) están excluidos en el análisis de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

La segunda regla sería que la determinación sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos tendrá vocación de permanencia y será oponible si el acuerdo fue arribado por el empleador y todas las organizaciones sindicales existentes en la empresa (y no solo del ámbito), sin importar si esta es minoritaria o mayoritaria. Al igual que en caso anterior, fijarse sobre los puestos de trabajo y el número de afiliados que cuente una determinada organización sindical o la otra, significaría sustraer de los servicios mínimos el carácter objetivo y técnico que esta posee como límite al ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, en orden a tener una determinación clara y precisa, como propuesta normativa, se considera importante precisar que dicho acuerdo debe estar contenido en un acta, en la cual se identifique al empleador y a la organización sindical que suscribe, sus representantes, su ámbito y si dicha organización es mayoritaria o minoritaria (esto, a fin de determinar su representatividad y alcance). Asimismo, en concordancia con los otros mecanismos de determinación de servicios mínimos, será importante que como parte del contenido del acta de acuerdo se considere un “cuadro resumen” (cuyo formato puede ser regulado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), el cual consolide la determinación de los servicios mínimos acordada, y la conclusión respecto a si se trata de un servicio público esencial o una actividad indispensable. Todo esto con la finalidad que la información proporcionada sea lo más clara y sencilla posible para los sujetos

intervinientes, considerando las características organizacionales que posee cada estructura empresarial.

3.3.3. Precisiones en torno a la determinación sobre los servicios mínimos por decisión heterónoma (divergencia).

Finalmente, sobre la tercera técnica de determinación y siendo que la divergencia sobre la comunicación de servicios mínimos constituye un procedimiento administrativo, se advierte que adolece de una regulación más integral conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, además de otros aspectos que se considera pueden ser mejorados normativamente, a nivel reglamentario. Para tal efecto, y tratándose de un procedimiento administrativo, la propuesta normativa tendrá que pasar por la evaluación del Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) Ex Ante, que lidera la Presidencia del Consejo de Ministros.

Así, a través del presente trabajo de investigación, se exponen las siguientes propuestas normativas en torno al procedimiento de divergencia:

- Precisar que se trata de un procedimiento administrativo de evaluación previa sujeto a silencio negativo. Este silencio encuentra justificación en que lo resuelto en el marco del procedimiento de divergencia puede tener un impacto respecto a servicios mínimos vinculados a bienes jurídicos de interés público¹⁰⁴.
- Precisar que el plazo de diez (10) días hábiles entre la notificación de la designación del órgano independiente, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, y la aceptación o no por parte de aquel, se trata de un plazo

¹⁰⁴ Al respecto, de acuerdo a lo previsto en el numeral 38.1 del artículo 38 del TUO de la LPAG, la calificación del procedimiento administrativo de evaluación previa sujeto a silencio negativo “es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e indica en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación (...)”.

referencial y no perentorio; ello, en atención a que se trata de un periodo de tiempo en el cual se llevarán a cabo actos preparatorios a cargo de las partes laborales, como las reuniones de coordinación y la aceptación de la propuesta de honorarios del órgano independiente. En todo caso, corresponde al órgano independiente comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo de las dilaciones derivadas de los actos preparatorios, a fin de que aquella aguarde y no designe a otro órgano independiente.

- Establecer que los empleadores brinden las facilidades necesarias (permisos) a los trabajadores para que asistan a la reunión de coordinación con el órgano independiente, en tanto dicha reunión se considera como un acto de asistencia obligatoria.
- Regular los requisitos para el planteamiento de la divergencia, en tanto solicitud administrativa. Al tal fin, se proponen los siguientes requisitos: (i) solicitud según formato; y, (ii) informe con observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad. La consecuencia de incorporar estos requisitos consiste en garantizar que el cuestionamiento específico de los puestos de trabajo esté identificado, permitiendo que el inicio y trámite del procedimiento de divergencia cuente con la información necesaria para que el órgano independiente o, en todo caso, la Autoridad Administrativa de Trabajo emita el informe técnico correspondiente.
- Precisar el órgano encargado de tramitar el procedimiento administrativo de divergencia dentro de la Autoridad Administrativa de Trabajo. En línea a lo expuesto en el apartado 3.3.1. del presente capítulo, se propone que el órgano encargado en las DRTPE o GRTPE sea la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces, cuando la posible paralización de labores tenga carácter local o regional, en tanto se trataría del órgano encargado de

tramitar la declaratoria de huelga, siendo este un procedimiento estrechamente vinculado con la divergencia sobre servicios mínimos.

Esta sugerencia se realiza debido a que no existe uniformidad en los documentos de gestión de las autoridades regionales respecto a qué dependencia tiene la competencia para tramitar el procedimiento de divergencia.

Por ejemplo, en los gobiernos regionales de Arequipa¹⁰⁵ y Piura¹⁰⁶, la competencia está a cargo de la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas y el Área de Registros Generales y Negociaciones Colectivas, respectivamente, teniendo como superior jerárquico a la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos. En cambio, en los gobiernos regionales de Lambayeque¹⁰⁷ y Tacna¹⁰⁸, la competencia es de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos, teniendo como órgano de segunda instancia a la Gerencia de Trabajo y Promoción del Empleo y Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo, respectivamente.

- Regular las causales de improcedencia del procedimiento de divergencia. A tal fin, se proponen las siguientes causales: (i) si se cuenta con una divergencia resuelta o este se encuentre pendiente de resolver, posteriormente no se iniciaría divergencia en caso se trate de los mismos puestos; (ii) si el cuestionamiento a la posición o puesto de trabajo se sustenta en que la misma está cubierta por un trabajador sindicalizado; y, (iii) si se cuestionan servicios mínimos que han sido materia de acuerdo previo, salvo se haya producido una

¹⁰⁵ Conforme se aprecia del procedimiento 250 del TUPA del Gobierno Regional de Arequipa, aprobado por la Ordenanza Regional N° 411-AREQUIPA.

¹⁰⁶ Conforme se aprecia del procedimiento 12 del TUPA de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Piura, aprobado mediante la Ordenanza Regional N° 302-2014/GRP-CR.

¹⁰⁷ Conforme se aprecia del procedimiento 147 del TUPA del Gobierno Regional de Lambayeque, actualizado mediante Decreto Regional N° 039-2018-GR.LAM/GR.

¹⁰⁸ Conforme se aprecia del procedimiento 308 del TUPA del Gobierno Regional de Tacna, actualizado por Decreto Regional N° 002-2020-GR/GOBIERNO REGIONAL TACNA.

variación sustancial en la composición o estructural empresarial.

- Regular las causales para la culminación del procedimiento de divergencia. A tal fin, se proponen las siguientes causales: (i) desistimiento de la organización sindical solicitante; (ii) acuerdo entre la organización sindical solicitante y la empresa; (iii) desaparición de los puestos de trabajo materia de divergencia; y, (iv) abandono (por ejemplo, en caso la organización sindical no acuda a las reuniones del órgano independiente o no atienda a requerimientos realizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el órgano independiente necesarios para el desenvolvimiento del procedimiento).
- Regular las causales de abstención para los profesionales que conforman el órgano independiente, con las cuales se evite -por ejemplo- un conflicto de intereses respecto a quienes hayan podido elaborar el informe técnico que sustenta la comunicación de servicios mínimos presentada por el empleador.

Asimismo, en relación a lo anterior, establecer un procedimiento para que las partes puedan cuestionar el incumplimiento de las condiciones de idoneidad o de imparcialidad del órgano independiente o de alguno de los profesionales que lo conforman, sin que se interrumpan ninguno de los plazos previstos para el procedimiento de divergencia. Lo resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto a dicho cuestionamiento, se comunica a las partes laborales y al órgano independiente; pudiendo dicha decisión ser recurrible solo con la interposición del recurso contra la resolución que ponga fin a la instancia.

- Establecer un contenido mínimo del informe que elabore el órgano independiente, que comprenda el desarrollo de aspectos como: antecedentes de reuniones de coordinación; metodología utilizada para el análisis de los servicios mínimos; análisis unitario de las ocupaciones cuestionadas; cuadro resumen según formato; y, conclusión respecto a si se trata de un servicio público esencial o actividad indispensable.

- Regular cómo proceder en caso exista concurrencia de divergencias de periodos distintos. A tal fin, se proponen los siguientes criterios: (i) los cuestionados en el año anterior son determinados en el procedimiento de divergencia pendiente de resolver; y, (ii) los cuestionados a propósito de la presentación de la declaración jurada son determinados en el procedimiento de divergencia del año en curso. En tal escenario, debe quedar claro que no puede existir un doble pronunciamiento respecto de las mismas posiciones/ocupaciones y número de trabajadores cuestionados por la organización sindical.

De otro lado, en el marco de la relación entre la divergencia y la huelga, a través del presente trabajo se exponen las siguientes propuestas normativas:

- Precisar que, si se presenta una huelga, y el empleador se encuentra en el plazo para presentar comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo toma en cuenta los criterios de prelación (acuerdo previo, divergencia resuelta o última comunicación).
- Precisar que, ante la ausencia de comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo toma en cuenta el siguiente orden de prelación, según se trate de actividades indispensables o actividades en servicios públicos esenciales. Así, en el caso de las actividades indispensables, se propone el siguiente orden: (i) acuerdo de partes; y, (ii) última resolución firme de divergencia. Mientras que, en el caso de actividades en servicios públicos esenciales se propone el siguiente orden: (i) acuerdo de partes; (ii) última resolución firme de divergencia; y, (iii) última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente.

En cuanto a los formatos, si bien la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR solo aprobó el formato de comunicación de servicios mínimos, se propone que el

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo apruebe: (i) el “formato obligatorio de divergencia”, esto es, la que contiene las observaciones justificadas de la organización sindical, de modo que se facilite la correspondencia entre estas observaciones con los servicios mínimos determinados por el empleador; y, (ii) el “formato obligatorio de resumen para determinación de servicios mínimos”, por el cual este consolida la determinación de los servicios mínimos y la clasificación de los mismos (actividad indispensable o servicio público esencial). La aprobación de ambos formatos, de uso obligatorio, contribuiría a una eficiente gestión en el marco del procedimiento de divergencia, a fin de contar con una pronta resolución sobre dicha controversia.

Para efectos de lo anterior, se adjunta propuesta de los formatos referidos como Anexos 2 y 3 en el presente trabajo de investigación. Claro está, estos formatos acompañarían la propuesta normativa general que tenga por objetivo, entre otros, mejorar la regulación del procedimiento administrativo de divergencia sobre servicios mínimos.

Finalmente, se propone que, a mediano plazo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implemente un sistema virtual que progresivamente facilite la tramitación de (i) la comunicación de los servicios, (ii) el procedimiento de divergencia y (iii) la verificación del cumplimiento de la nómina de servicios mínimos en el marco de la huelga; ello, a través de la sistematización, cruce y memoria de la información.

3.4. Reglas sobre la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos: necesaria precisión.

En el apartado 2.2.3 del segundo capítulo del presente trabajo de investigación se deslizó dos afirmaciones: (i) una interpretación inadecuada del artículo 82 del TUO de la LRCT sugeriría que únicamente los trabajadores afiliados deben formar parte de la nómina para los servicios mínimos, y (ii) la normatividad peruana no ofrece

reglas claras respecto a cómo debe confeccionarse la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

A continuación, se abordarán algunas ideas que explican lo antes señalado y se brindarán algunas sugerencias con la finalidad de atender estas deficiencias, de cara a una lectura que armonice el ejercicio de los derechos fundamentales tanto del empleador como de la organización sindical en un escenario de conflicto.

3.4.1. Reglas para evitar una interpretación perversa del artículo 82 del TUO de la LRCT.

En cuanto a la primera afirmación, cabe mencionar que el artículo 82 del TUO de la LRCT requiere una urgente modificación normativa, con el objeto de precisar quiénes deben formar la nómina para los servicios mínimos, toda vez que los enunciados “los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario”, así como, la comunicación de servicios mínimos “tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los representa cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga”, parecieran sugerir que el universo elegible para la confección de la nómina se reduce a los trabajadores afiliados a la organización sindical que opta por ejercer el derecho de huelga.

Quiénes pueden conformar la referida nómina no debe responderse a partir de una interpretación aislada del artículo 82 del TUO de la LRCT, sino a partir del contenido de los servicios mínimos (en cuanto a su materialización).

Así, en el apartado 2.2.1 del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, se ha señalado que no son los trabajadores huelguistas los que importan en la limitación de los servicios mínimos, sino las posiciones y/o los puestos de trabajo implicados en una paralización de actividades producto del ejercicio del derecho de huelga. De igual manera, se ha sostenido que el carácter objetivo que se reconoce

al contenido de los servicios mínimos ha sido reforzado por las reglas establecidas en la Decreto Supremo N° 009-2018-TR y las Normas Complementarias, al generar la obligación del empleador de justificar técnicamente la inclusión de puestos de trabajo y el número de trabajadores en su comunicación de servicios mínimos, así como detallar información complementaria vinculada a los puestos de trabajo.

Si esto es así, ¿cuál sería el motivo para considerar que el mantenimiento de los servicios mínimos únicamente se encontraría a cargo de los trabajadores huelguistas?

En ocasiones, el criterio de la reserva exclusiva de los trabajadores huelguistas para los servicios mínimos ha sido acogido por la Autoridad Administrativa de Trabajo al momento de ejercer el control sobre la comunicación del ejercicio del derecho de huelga (ver apartado 2.3.1.). Por otro lado, algunos empleadores también han acogido este criterio al imponer medidas disciplinarias a sus trabajadores por no haber garantizado los servicios mínimos, a partir de la interpretación que han efectuado del artículo 82 del TUO de la LRCT. Sobre esto último, si bien se han estimado las demandas interpuestas por los trabajadores para cuestionar estas medidas disciplinarias ante el Poder Judicial, es de notar que los jueces no han encontrado fundamentos sólidos para calificar su no conformidad con el ordenamiento jurídico (ver apartado 2.3.2.2.).

Las consecuencias de acoger una interpretación inadecuada del artículo 82 del TUO de la LRCT no solo atenta contra la naturaleza técnica que posee la determinación objetiva de los servicios mínimos, sino que limita severamente el ejercicio efectivo del derecho de huelga debido a, por lo menos, dos motivos:

El primer motivo es que, si se hubiese determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos por medio de la voluntad unilateral del empleador, la organización sindical tendría que consignar en la nómina de trabajadores únicamente a sus

afiliados para que la comunicación de huelga cumpla el requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

El riesgo que plantea el escenario propuesto es que los puestos y el número de trabajadores identificados por el empleador para los servicios mínimos podrían tener como finalidad no de garantizar dichos servicios, sino de neutralizar la materialización del derecho de huelga. Así, por ejemplo, si se trata de una organización sindical minoritaria que cuenta con cincuenta (50) afiliados, al empleador solo le bastaría identificar las posiciones donde se ubican dichos trabajadores para considerar sus puestos de trabajo como mínimos.

Esta situación dejaría a la organización sindical en la encrucijada de decidir si presentan su comunicación de huelga observando el requisito de la nómina, con el riesgo que ello conllevaría, o exponerse a que se declare improcedente y, posteriormente, ilegal el ejercicio del derecho de huelga. Evidentemente, no tiene sentido que la comunicación de huelga supere el primer control si la materialización de este derecho conlleva a una paralización de labores de pocos o ningún trabajador.

Y, el segundo motivo, derivado del primero, es que, si la organización sindical opta por materializar el ejercicio del derecho de huelga con una comunicación de huelga declarada improcedente, los trabajadores se verían expuestos tanto por la calificación que efectúe la Autoridad Administrativa de Trabajo como por las medidas disciplinarias que ejecute el empleador.

Concretamente, en el ámbito colectivo, la materialización del derecho de huelga sería declarada ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo, dando por terminada la huelga (literal d) del artículo 85 del TUO de la LRCT), y, en el ámbito individual, los trabajadores que paralizaron padecerían de las sanciones impuestas por el empleador, ya sea porque no cumplieron con la obligación de garantizar los servicios mínimos (artículo 82 del TUO de la LRCT) o porque no asistieron a laborar

pese a que la comunicación de huelga fue declarada improcedente (acto administrativo consentido o ejecutoriado) y el empleador efectuó el requerimiento colectivo de retorno (literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL y artículo 39 del Reglamento de la LFE)¹⁰⁹.

En cuanto a la segunda afirmación y sobre la base de lo expuesto anteriormente, la ausencia de reglas claras respecto a cómo debe confeccionarse la nómina de trabajadores para los servicios mínimos no solo repercute en la indebida interpretación que se le puede brindar al artículo 82 del TUO de la LPCL (con todas las consecuencias que ello genera), sino también en la potencial contingencia que se le puede presentar al empleador por proceder de esta manera.

Efectivamente, en el presente trabajo, se ha expuesto dos (2) casos en donde la Autoridad Inspectiva de Trabajo propuso multar a los empleadores por vulnerar el derecho de huelga de aquellos trabajadores sindicalizados que fueron designados por el empleador para los servicios mínimos y, posteriormente, sancionados por acatar una medida de fuerza¹¹⁰.

De manera que, es urgente una modificación normativa al artículo 82 del TUO de la LRCT para precisar que la obligación de garantizar los servicios mínimos alcanza a los trabajadores que objetivamente se encuentran involucrados en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos, sin tomar en cuenta su condición de afiliado o no a la organización sindical que va a ejercer el derecho de huelga.

Por otro lado, considerando que los efectos del ejercicio efectivo del derecho de huelga podrán variar en función de la representatividad de la organización

¹⁰⁹ Incluso, según lo expuesto en el apartado 2.3.2.1. del segundo capítulo del presente trabajo, para el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial el poder sancionador del empleador estaría activado desde la mera declaración de improcedente a la comunicación de huelga, sin exigir la concurrencia de la declaración de ilegalidad a la ejecución de la huelga ni el requerimiento colectivo de retorno que debe realizar el empleador, lo cual terminaría por agravar la situación de los trabajadores.

¹¹⁰ Ver apartado 2.3.2.2. del segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

sindical¹¹¹, es necesario -además- incluir reglas que ofrezcan criterios a los trabajadores, a los empleadores y a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre cómo se debe confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

3.4.2. Criterios para confeccionar la nómina de trabajadores que cubran los servicios mínimos.

El artículo 77 del TUO de la LRCT regula los efectos de una huelga realizada de manera efectiva; esto es, aquella cuya comunicación haya observado las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y el artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Entre estos efectos, se encuentran (i) la abstención total de actividades de los trabajadores comprendidos en el ámbito de la huelga, con excepción de los trabajadores de dirección o de confianza y de los trabajadores encargados de atender los servicios mínimos (literal a) y (ii) la suspensión de todos los efectos de contratos individuales de trabajo (literal b).

Asimismo, los alcances de estos efectos están precisados en el artículo 62 del Reglamento de la LRCT, en función del ámbito en el que se adoptó la decisión de acudir a la huelga¹¹². De esta manera, la norma prevé que la suspensión abarcará a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito (afiliados y no afiliados) si la decisión resultase mayoritaria en dicho nivel; en cambio, únicamente repercutirá en

¹¹¹ No se utiliza el término legitimidad por cuanto este se vincula con la negociación colectiva (artículo 9 del TUO de la LRCT) y los efectos del convenio colectivo (artículo 42 del TUO de la LRCT).

¹¹² El ámbito de la organización sindical para el ejercicio de los derechos colectivos se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico peruano de manera ejemplificativa, carácter que se deriva del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT cuando señala que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes (...)”, y del artículo 4 del TUO de la LRC, al establecer que “[E]l Estado, (...) deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen”. De ahí que, por ejemplo, la organización sindical pueda definir su ámbito, desde una perspectiva horizontal o material, a nivel de establecimiento, sección, categoría, empresa, actividad, gremio u oficios varios (artículo 5 del TUO de la LRCT y artículo 4 del Reglamento de la LRCT); y/o, desde una perspectiva vertical o espacial, a nivel local, regional o nacional (artículo 7 del TUO de la LRCT), entre otras opciones.

los afiliados, si la decisión no resultase mayoritaria en el ámbito, pero sí de la organización sindical¹¹³.

Acudir a dichas disposiciones normativas resulta pertinente porque impacta en la funcionalidad misma de los servicios mínimos y en las reglas que se deben observar para la elaboración de la nómina de trabajadores encargados de cubrirlos.

En efecto, de cara al mantenimiento de los servicios mínimos, no es lo mismo una huelga cuya decisión ha sido adoptada por más de la mitad de los trabajadores votantes del ámbito en asamblea que aquella tomada solo por la mayoría de trabajadores del sindicato, pero no del ámbito. La diferencia radica en el potencial alcance de los efectos de la huelga, el cual puede alterar el escenario de la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos.

Para explicar este impacto, requiere ser graficado con el siguiente ejemplo: la empresa "X" cuenta con (100) trabajadores obreros en su planilla y, además, una organización sindical en dicho ámbito; es decir, a nivel de empresa y en la categoría de obreros.

Ahora, dependerá del alcance de la decisión adoptada por dichos afiliados para determinar la suspensión de actividades de todos o algunos de los cien (100) trabajadores obreros. A continuación, se exponen dos (2) supuestos que evidenciará la necesidad de que la normatividad contemple criterios que permita a la organización sindical confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

¹¹³ Debe apreciarse que la decisión mayoritaria en el ámbito cobra importancia para efectos de la huelga, pero no para acudir a ella, por cuanto la norma es clara en señalar que "[L]a organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea" (primer párrafo del artículo 62 del Reglamento de la LRCT).

FIGURA 16
Decisión de huelga: sindicato mayoritario



Elaboración propia.

En el supuesto 1, asúmase que la organización sindical cuenta con setenta (70) afiliados de los cien (100) trabajadores obreros de la empresa. Bastaría con la decisión de cincuenta y uno (51) trabajadores (mayoría del ámbito y mayoría de los afiliados de la organización sindical) para ejercer el derecho de huelga. Ahora bien, en el escenario que se declare procedente su comunicación de huelga, la abstención de actividades y la suspensión de los vínculos laborales alcanzaría a los trabajadores afiliados a dicha organización sindical, así como a los treinta (30) trabajadores no afiliados.

En este panorama (abstención total de actividades que realizan los trabajadores obreros), para que la organización sindical se proyecte a cumplir con su obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos, debería tener en cuenta únicamente la identificación concreta de los trabajadores (afiliados o no afiliados) que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados objetivamente como servicios mínimos.

Sin embargo, que la organización sindical tome en cuenta qué trabajadores afiliados o no afiliados realizan dichas actividades determinadas objetivamente como

mínimas no implica que los incluya en la nómina de trabajadores que prevé el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

Con la finalidad de dar atención a este supuesto de hecho, la normatividad peruana debería contemplar dos reglas en específico:

- (i) Que la organización sindical únicamente ofrezca en su nómina a los trabajadores afiliados, a fin de que garanticen su concurrencia a laborar durante el periodo que se materialice el ejercicio del derecho de huelga, y
- (ii) Que la empresa posea la carga de elegir, entre los trabajadores no afiliados, quienes deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Esta distribución de cargas responde a la posibilidad de control que tiene tanto la organización sindical como el empleador frente a los afiliados y no afiliados, respectivamente.

La organización sindical tiene la capacidad de garantizar la asistencia al trabajo de sus afiliados para mantener los servicios mínimos, pues estos tienen el deber de observar los principios y reglas estatutarias que rigen a dicho sujeto colectivo como, por ejemplo, el acatar las decisiones provenientes de la decisión mayoritaria. Así, frente a un caso de inasistencia de afiliados, supuesto que determina el incumplimiento de la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos, la organización sindical tiene la posibilidad de activar contra dichos trabajadores los mecanismos disciplinarios que haya previsto en sus documentos internos de gestión.

Por su parte, el empleador es el único sujeto que puede garantizar la presencia de los no afiliados en sus puestos de trabajo durante la ejecución del ejercicio del derecho de huelga, por contar con los poderes que se derivan de la relación de subordinación con los no afiliados (organización, dirección y sanción).

La distribución de cargas propuesta no solo busca garantizar -en los hechos- la debida prestación de los servicios mínimos, sino también evitar que el trabajador no afiliado ostente el poder de decidir el desenlace del ejercicio del derecho de huelga.

Efectivamente, no establecer esta distribución de cargas y, por el contrario, considerar que la organización sindical debe incluir, en la nómina de trabajadores para los servicios mínimos, tanto a los trabajadores afiliados como no afiliados, podría generar que, ante la inasistencia de un (1) solo trabajador no afiliado, la Autoridad Administrativa de Trabajo declare la ilegalidad de la materialización de la huelga por la causal prevista en el literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT (no cumplir los trabajadores con garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos), dando por culminado el ejercicio de este derecho.

Como se aprecia, no existe razonabilidad en sostener que la organización sindical tiene la obligación de incluir a trabajadores no afiliados en la nómina de trabajadores para servicios mínimos, si la posibilidad real de garantizar la asistencia del no afiliado lo tiene el empleador y no la organización sindical, más aún si un posible incumplimiento individual (del trabajador no afiliado) puede definir el desenlace del ejercicio de un derecho colectivo.

Para finalizar el ejemplo en este supuesto 1, resulta necesario atender también un supuesto que podría surgir a consecuencia del primer escenario propuesto: concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en específicos puestos de trabajo determinados como mínimos, ante una paralización total de actividades.

En relación a ello, además de la carga de garantizar (cuando corresponda) la presencia de sus afiliados, la normatividad peruana debería contemplar un deber de información a cargo de la organización sindical respecto del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

Nótese que es posible construir esta información sobre la base de la comunicación de servicios mínimos presentada por el empleador (artículo 4 de las Normas Complementarias) y el padrón de afiliados de la organización sindical¹¹⁴.

De ambas fuentes de información se obtiene, tanto el número total y el número mínimo de trabajadores por puesto de trabajo¹¹⁵, como el número de trabajadores afiliados por puesto de trabajo, respectivamente. Contrastando dichos datos, se extrae la información del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

En línea a lo anterior, establecer para la organización sindical la obligación de informar el número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos tiene sentido porque le permite sustentar ante el empleador y, posteriormente, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo el criterio adoptado para la elaboración de la nómina de trabajadores exigida en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. En otras palabras, el detalle del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos permitirá a la organización sindical motivar por qué decidió incluir o no incluir determinados trabajadores en la nómina antes referida.

Es pertinente manifestar, a su vez, que la funcionalidad de esta obligación de información parte de la siguiente premisa: los primeros llamados a cubrir los servicios mínimos son los trabajadores no afiliados. Son los primeros, principalmente, por tres (3) razones: **(i)** el carácter vinculante de las decisiones de

¹¹⁴ El padrón de afiliados de la organización sindical debería contar no solo con datos personales de los trabajadores, sino también laborales como centro de trabajo, área, cargo, ocupación y puesto de trabajo. Desde luego, es posible que el empleador cuente con dicha información, sin embargo, ello será así en la medida de que la organización sindical se la brinde, a propósito de la comunicación de las afiliaciones para que se gestionen el descuento sindical, facilidades sindicales, entre otros.

¹¹⁵ La información del número mínimo de trabajadores por puesto de trabajo también puede provenir del acuerdo de partes o de la decisión heterónoma, en el marco de lo resuelto en el procedimiento de divergencia.

la organización sindical de paralizar actividades repercute en la esfera individual de sus miembros debido a su naturaleza gremial, siendo que el alcance a los no afiliados surge por una regla de derecho (artículo 62 del Reglamento de la LRCT); **(ii)** es la organización sindical, en representación de sus miembros, y no de los no afiliados, la que acude a un derecho de naturaleza instrumental (como es la huelga), con el propósito de disuadir al empleador para atender sus requerimientos; y, **(iii)** que los trabajadores no afiliados se acojan al argumento del ejercicio del derecho a la libertad de trabajo y a la libertad sindical negativa, para asistir a trabajar en los servicios mínimos en un escenario de ejercicio efectivo del derecho de huelga de eficacia general, encuentra mayor sustento en comparación a cuando los trabajadores afiliados o el empleador utilizan dicho argumento para incumplir el deber de abstención total de actividades que prevé el artículo 70 del Reglamento de la LRCT¹¹⁶.

Considerando lo expuesto, la información que proporcione la organización sindical permitirá advertir, por ejemplo, la ausencia de trabajadores en la nómina cuando exista concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en un específico puesto de trabajo.

A continuación, se presenta un cuadro que ejemplifica cómo se debería identificar el número de trabajadores afiliados para que la organización sindical, posteriormente, individualice a dichos trabajadores y los incorpore en la nómina para los servicios mínimos. Ello, partiendo de los puestos de trabajo y el número mínimo de trabajadores que el empleador informó en la comunicación de servicios mínimos o se determinó por acuerdo de partes o decisión heterónoma:

¹¹⁶ El conflicto entre el derecho al trabajo y el derecho de huelga en los trabajadores no sindicalizados es un tema amplio y que requiere un espacio mayor a la que ofrece el presente trabajo de investigación para abordarlo. No obstante, se puede indicar que, en el Perú, desde un enfoque distinto al mantenimiento de los servicios mínimos, este conflicto ha sido analizado por Ortega Cordero, Ricardo Julio en su texto de investigación “El derecho de huelga vs el derecho de continuar laborando, una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación”.

TABLA 9**Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato mayoritario**

Puesto de trabajo	N° total de trabajadores por puesto (comunicado por el empleador)	N° de trabajadores afiliados por puesto	N° de trabajadores no afiliados por puesto (deducción)	N° de trabajadores mínimos (determinado objetivamente)	N° de trabajadores afiliados incluidos en la nómina (huelga)
A	6	2	4	2	0
B	6	4	2	2	0
C	6	6	0	2	2

Elaboración propia.

De la mirada a cada uno de los puestos de trabajo indicados en este cuadro, se aprecia que son dos (2) trabajadores los que deben cubrir los servicios mínimos en caso de huelga, sin embargo, dichos trabajadores no tienen que ser necesariamente los afiliados a la organización sindical que optó por ejercer el derecho de huelga.

Una vez realizado el ejercicio de deducción para conocer el número de trabajadores no afiliados por puesto, la cual se obtiene de la información que brinde el empleador anualmente (número total de trabajadores por puesto) y que cuente la organización sindical (número de afiliados por puesto), es posible construir la nómina de trabajadores para garantizar los servicios mínimos de manera individualizada.

Así, en un escenario de abstención total de actividades, se aprecia que la organización sindical solo tendría que ofrecer a dos (2) de sus afiliados en el puesto de trabajo "C", a fin de cubrir los servicios mínimos. Ello, porque en dicho puesto no existiría ningún trabajador no afiliado que atienda al llamado del empleador de continuar laborando en caso de huelga. Situación distinta se presenta en los puestos de trabajo "A" y "B", donde el número de trabajadores mínimos puede entenderse con los trabajadores no afiliados que laboran en dichos puestos de trabajo. Partiendo de la segunda regla propuesta anteriormente, en este caso, corresponderá que la empresa elija, entre los trabajadores no afiliados, a los cuatro

(4) trabajadores que deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

De esta manera, ante la materialización del ejercicio efectivo del derecho de huelga, la organización sindical tendrá que garantizar la concurrencia al trabajo de los trabajadores afiliados que ofreció en su nómina y, ante las eventuales inasistencias de dichos trabajadores, soportar la consecuencia de índole colectivo: que se declare ilegal la huelga.

FIGURA 17
Decisión de huelga: sindicato minoritario



Elaboración propia.

De otro lado, en el supuesto 2, asúmase que la organización sindical cuenta con treinta (30) afiliados de los cien (100) trabajadores obreros de la empresa. Aún con la decisión unánime de la totalidad de trabajadores para ejercer el derecho de huelga, y en el escenario que se declare procedencia la comunicación de huelga, la abstención de actividades y la suspensión de los vínculos laborales solo generaría efectos en los trabajadores afiliados a dicha organización sindical y no en los setenta (70) trabajadores no afiliados.

A diferencia del supuesto 1, de cara a garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en este escenario, no resultaría aplicable la segunda regla propuesta: que la empresa tenga la carga de elegir entre los trabajadores no afiliados quienes deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Es decir, no varía el criterio de que la nómina se construye sobre la base de los trabajadores afiliados, a fin de garantizar su concurrencia a laborar durante el periodo que se materialice el ejercicio del derecho de huelga. Tampoco varía el deber de información¹¹⁷ que tiene la organización sindical en aquellos casos de concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en específicos puestos de trabajo determinados como mínimos.

Lo que sí varía es el fundamento de la funcionalidad de esta obligación de información. En el supuesto 2, el deber de información no tiene como premisa que “los primeros llamados a cubrir los servicios mínimos son los trabajadores no afiliados”, sino que reside en la consecuencia jurídica prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT y el artículo 70 del Reglamento de la LRCT: el efecto principal del ejercicio efectivo del derecho de huelga es que no se extiende a los no afiliados.

Ciertamente, respecto de los afiliados, el deber de trabajar se suspende durante la ejecución de huelga; mientras que, respecto de los no afiliados, este deber se mantiene.

Por tal motivo, ante la concurrencia de afiliados y no afiliados en un mismo puesto de trabajo determinado como servicio mínimo, el empleador ya no tendría la carga de elegir, entre los no afiliados, a los trabajadores que deben acudir a laborar por

¹¹⁷ Esto es, informar respecto del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

cuanto dichos trabajadores no se encontrarían dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Admitidas estas consideraciones y siguiendo el mismo ejemplo que en el supuesto 1, la organización sindical debería construir la nómina de trabajadores, únicamente sobre la base de la información que proporcione el empleador en la comunicación de servicios mínimos en relación al número total de trabajadores por puesto de trabajo y la información que cuente la organización sindical del número de afiliados.

TABLA 10
Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato minoritario

Puesto de trabajo	N° total de trabajadores por puesto (comunicado por el empleador)	N° de trabajadores afiliados por puesto	N° de trabajadores no afiliados por puesto (deducción)	N° de trabajadores mínimos (determinado objetivamente)	N° de trabajadores afiliados incluidos en la nómina (huelga)
A	6	2	4	2	0
B	6	4	2	2	0
C	6	6	0	2	2

Elaboración propia.

Así, en este ejemplo, la organización sindical solo tendría que ofrecer a dos (2) trabajadores afiliados para cubrir los servicios mínimos en el puesto de trabajo “C”, por cuanto no existiría ningún trabajador no afiliado que se encuentre obligado legal y contractualmente a asistir a laborar. Situación que cambiaría para los puestos de trabajo “A” y “B” pues existirían trabajadores que, por no encontrarse dentro del ámbito de la huelga, los contratos de trabajo no se suspenderían y, por lo tanto, persistiría la obligación de asistir a trabajar, manteniendo – a su vez- los servicios mínimos requeridos en la empresa.

3.5. Sobre la relación entre la inasistencia injustificada por el ejercicio del derecho de huelga y la potestad sancionadora del empleador.

En el apartado 2.3.2. del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, se ha expuesto las diversas interpretaciones que han efectuado tanto el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial para responder un mismo conflicto jurídico: las inasistencias del trabajador derivadas del ejercicio del derecho de huelga cuya comunicación fue declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Desde el respeto a la literalidad del artículo 39 del Reglamento de la LFE hasta la postulación de un supuesto de excepción a dicha disposición normativa o aplicación de una norma distinta (literal b) del artículo 77 del TUO de la LRCT) fueron algunas de las posiciones asumidas por tales órganos jurisdiccionales.

En atención a ello, se desarrollará algunas consideraciones sobre cuándo se encontraría habilitado el empleador para ejercer la potestad sancionadora en el supuesto del literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT.

El requisito de la nómina de trabajadores para los servicios mínimos y la posibilidad de calificar la ilegalidad de la huelga por dos causales permiten afirmar que el esquema de doble control que adopta el ordenamiento jurídico peruano es uno de los factores que influyó a que los servicios mínimos constituyan el principal obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Por otro lado, la ausencia de reglas excluyentes permitiría la concurrencia de dos (2) causales de ilegalidad frente a la inobservancia del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (adjuntar nómina de trabajadores para los servicios mínimos): el literal a) y el literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT. Finalmente, que estas situaciones exponen al trabajador al ejercicio de la potestad sancionadora del empleador.

En los últimos años, este panorama se ha visto encrudecido para las organizaciones sindicales y, principalmente, a los trabajadores por la tendencia del Tribunal

Constitucional y Poder Judicial a desconocer la correcta aplicación del artículo 39 del Reglamento de la LFE.

Sobre el particular, es necesario expresar algunas consideraciones que buscan sumar para el mejor entendimiento de las reglas que resultan aplicables al supuesto en que los trabajadores se ausentan al trabajo a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente.

Siguiendo lo establecido por la jurisprudencia constitucional (Caso Ley Marco del Empleo Público, 2005, fundamento 40), el derecho de huelga se encuentra amparado por la ley dentro de determinadas condiciones. Ello quiere decir que el incumplimiento del trabajador al deber de prestar servicios está amparado por el ordenamiento jurídico cuando esta se ejercite conforme a ley.

Ahora bien, ¿en qué consiste esta protección jurídica? De acuerdo a lo previsto en el literal h) del artículo 12 de la LPCL, el ejercicio del derecho de huelga constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo; así mismo, el artículo 77 de la LRCT establece que la huelga declarada conforme al artículo 73 “suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral”.

Como se puede advertir de las normas precitadas, la protección jurídica que el Estado le brinda al derecho de huelga, ejercitado conforme a ley, es convertir el incumplimiento al deber de trabajar en un supuesto de suspensión perfecta de labores. De esta manera, las inasistencias al trabajo derivadas del ejercicio de este derecho no son reportadas como injustificadas, siendo este un supuesto donde el poder sancionador del empleador se encuentra inactivo.

Sin embargo, el carácter justificado de las inasistencias al trabajo no es indeterminado. La normatividad peruana también prevé el momento en que estas inasistencias dejan de ser justificadas y pasan a considerarse injustificadas. Este

momento está conformado por la concurrencia de acciones sucesivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo y del empleador: la declaración de ilegalidad de la huelga consentida o ejecutoriada y, de manera posterior, el requerimiento colectivo de retorno al trabajo, respectivamente.

Así, la protección jurídica que el Estado brinda al ejercicio del derecho de huelga desaparecerá cuando confluyan estas acciones, según lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la LRCT y el artículo 39 del Reglamento de la LFE, activándose, a partir de ese momento, el poder sancionador del empleador para reaccionar – si así lo quisiese - ante los días considerados como inasistencias injustificadas, conforme al cómputo previsto en el literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

A partir de una lectura adecuada de las disposiciones normativas precitadas, el profesor BLANCAS BUSTAMANTE señala lo siguiente:

“(…) la no reincorporación de los trabajadores a sus labores después de tres días de haber sido requeridos, por haberse declarado la ilegalidad de la huelga, justifica su despido, pero éste no puede sustentarse en los días de inasistencia de los trabajadores previos al referido requerimiento. Por ello, no constituye abandono de trabajo la inasistencia al trabajo debido al estado de huelga, cuando los trabajadores acatan inmediatamente el mandato de la autoridad de trabajo que la suspendió, y se reincorporan a sus labores, o el trabajador que al declararse ilegal la huelga general que venía ejecutándose no se reincorpora por no haber sido requerido para ello por la empresa”.

Por otro lado, cabe preguntarse ¿qué significa que el derecho de huelga se ejercite conforme a ley? Significa que la organización sindical comunica el ejercicio del derecho de huelga cumpliendo con los requisitos y las condiciones establecidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT, pues solo en este supuesto el ordenamiento jurídico le reconoce efectos jurídicos (artículo 77 del TUO de la LRCT).

No obstante, ¿es correcto hacer una lectura en contrario y señalar que el derecho de huelga no se ejerce conforme a ley si la organización sindical no observa las reglas previstas en el artículo 73 del TUO de la LRCT?

Recuérdese que el Estado ha previsto un doble control al ejercicio del derecho de huelga. Bajo este esquema ¿podría sostenerse que basta no superar el primer control para que se entienda que automáticamente el derecho de huelga no se ejerció conforme a ley? Más bien, ¿no tendría que verificarse que la organización sindical no superó los dos controles para afirmarse que el ejercicio del derecho de huelga fue contrario a ley, máxime si el segundo control constituye una causal en sí misma para dar por finalizada la huelga?

Si ejercitar el derecho de huelga al margen de ley implica que la organización sindical no superó el control a la comunicación de la huelga ni el control a la materialización de la huelga tiene sentido que las inasistencias sean calificadas como injustificada recién a partir de la declaración de ilegalidad de la huelga y el requerimiento colectivo del empleador de retorno al trabajo.

En efecto, si bien el ejercicio del derecho conforme a ley viene acompañado con un manto jurídico protector frente a la potestad sancionadora del empleador, este no se reduce en aquella, sino que se extiende hasta el momento en que concurren las acciones previstas en el 73 del Reglamento de la LRCT y el artículo 39 del Reglamento de la LFE, antes descritas. Es decir, que el derecho de huelga no se ejerza conforme a ley no implica que el empleador se encuentra habilitado para sancionar a los trabajadores por las inasistencias injustificadas, pues los días que transcurran previo a la calificación definitiva de ilegalidad están cubiertos por una suerte de “presunción de legalidad”¹¹⁸.

¹¹⁸ Comentando la normatividad existente anterior a la LRCT, DE LA JARA BASOMBRIO diferenciaba entre “legalidad sustantiva” y “legalidad temporal o procesal”. La segunda –indica- “se refiere, en cambio, a la presunción de legalidad que se ha mencionado; es decir, al tiempo que transcurre desde la comunicación de la huelga hasta la calificación definitiva de la huelga. Y a este

Pese a lo expuesto, sí debe reconocerse que la redacción del artículo 77 del TUO de la LRCT requiere de una precisión, pues –en estricto- los efectos de la huelga se presentan no cuando se declara conforme a lo establecido en el artículo 73, sino cuando, habiéndose declarado conforme a ley, la huelga se materializa. O, en todo caso, debería interpretarse que, al no existir paralización concreta con la mera comunicación de huelga, los literales del artículo 77 del TUO de la LRCT solo prevén habilitaciones cuando se materialice el ejercicio del derecho de huelga.

Ciertamente, no tiene sentido que la comunicación de huelga declarada procedente determine “la abstención total de actividades” (literal a) o “suspenda todos los efectos de los contratos individuales de trabajo” (literal b), si la organización sindical nunca optó por materializar la huelga.

Para finalizar este punto, habría que mencionar que los efectos que establece el ordenamiento jurídico únicamente se presentan cuando la Autoridad Administrativa de Trabajo declara procedente la comunicación del ejercicio del derecho de huelga, con la precisión antes indicada, mas no cuando se la declara improcedente.

¿Cuáles serían los efectos de una comunicación de huelga declarada improcedente sin siquiera se tiene certeza de la ejecución de la huelga? Si la comunicación se declara improcedente y la organización sindical no materializa la huelga, no sucede nada con los vínculos laborales de los trabajadores huelguistas pues las obligaciones de ambas partes no se suspenden. Por el contrario, si se llegase a materializar la huelga, ya no se estaría hablando de efectos de la improcedencia, pues escapa del ámbito de control de la comunicación, sino que pasaría al control de la ejecución de la huelga y se declararían su ilegalidad.

nivel sí habría, aparentemente, un espacio de legalidad, puesto que la huelga no pierde la protección jurídica hasta que sea declarada ilegal” (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 305). Desde otro punto de vista, este espacio de tiempo donde el empleador no puede sancionar a los trabajadores por no asistir al trabajo pese a que la huelga no se ejerció conforme a ley, ha sido calificado como “defecto normativo” (Sarzo Tamayo, La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018, pág. 25).

De lo expuesto, se tiene que, a diferencia de los otros factores, el ejercicio efectivo del derecho de huelga y el impacto en las relaciones individuales de trabajo se han visto mermados no por la normatividad peruana, sino por los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

3.6. Consideraciones finales.

De lo desarrollado en el apartado 2.2. y 2.3 del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, se advierte que mantener los obstáculos normativos que no permiten - en la práctica - el ejercicio efectivo del derecho de huelga genera un escenario de afectación múltiple de derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Así, pese a los puntuales esfuerzos que se han realizado en los últimos años¹¹⁹ con el fin de superar estos obstáculos, la actual regulación sobre el derecho de huelga no solo dificulta su ejercicio efectivo, sino que, de materializarse pese a no superar el control de la comunicación de huelga, impacta en la esfera individual del trabajador, debido a que el poder sancionador del empleador se encuentra avalado por el último criterio asumido por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, afectando el derecho fundamental al trabajo de los trabajadores huelguistas.

Luego, por su carácter instrumental, los obstáculos normativos presentes para el ejercicio efectivo del derecho de huelga también repercuten en el derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores.

Como indica VILLAVICENCIO:

“(...) la huelga es la que mide la fortaleza del brazo sindical a la hora de la negociación colectiva. Un sindicato cuya huelga está reducida a mínimos,

¹¹⁹ Tanto a nivel de emisión de disposiciones normativas como pronunciamientos administrativos.

verdaderamente mínimos, evidentemente, a la hora del pulso en la negociación colectiva tiene un brazo bastante debilitado” (Perspectivas y posibilidades de la tutela colectiva sindical en el siglo XXI, 2010, pág. 41).

Si el derecho de huelga constituye el principal mecanismo de presión con el que cuenta la organización sindical para sostener sus pretensiones, que la normatividad no establezca reglas viables para su ejercicio efectivo revela que el Estado sitúa a la organización sindical en una situación desventajosa frente al empleador en la dinámica de la negociación colectiva.

En estas condiciones, la existencia de un convenio colectivo no siempre refleja el éxito de la negociación colectiva, ni las buenas prácticas de los actores que intervinieron en dicha negociación. Dicho de otro modo, que se cierre una negociación colectiva con la celebración de un convenio colectivo no implica la superación de la controversia que dio origen a la negociación colectiva. Al momento de decidir la celebración de un convenio colectivo, el transcurso del tiempo, la presión de los afiliados, el desgaste emocional de los representantes, entre otros factores, pueden ser más determinantes para la organización sindical que la satisfacción en los acuerdos arribados con el empleador. De igual manera, no son inusuales los casos en que la negociación colectiva nunca finaliza debido a la desaparición funcional (cuando los representantes de los trabajadores pierden el respaldo de sus bases) u orgánica (cuando producto de las desafilaciones o la voluntad de los miembros se pierde de la personería gremial) de la organización sindical.

Dada la realidad descrita, el ordenamiento jurídico peruano requiere una intervención del Estado, no desde la lógica intervencionista descrita en el apartado 1.1 del primer capítulo del presente trabajo de investigación, sino para cumplir la función de ordenar las estructuras de poder actualmente presentes en el sistema de relaciones colectivas de trabajo.

Por lo demás, la necesidad de ordenar el sistema de relaciones colectivas de trabajo tiene respaldo constitucional en el deber que tiene el Estado de “promover” formas de solución pacífica de los conflictos laborales (numeral 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Estado).

Al respecto, es pertinente traer a colación la reflexión a la que arriba CARRILLO cuando, al comparar los niveles de intervención previstas en la Constitución Política del Estado de 1979 y 1993, indica que:

“(…) Consideramos conveniente la eliminación de la intervención del Estado con capacidad decisoria en los conflictos colectivos de trabajo, pero creemos indispensable que el espacio que antes correspondía a la presencia estatal sea convenientemente ocupado por los actores sociales, quienes deben de tener unas fuerzas próximas al equilibrio estratégico, lo que exige el desarrollo de políticas públicas de promoción a favor del sujeto sindical. Si el retiro del Estado en esta materia no es acompañado de políticas de esa naturaleza, lo más seguro es que la fijación de las condiciones de trabajo deje de ser convencional, para pasar a ser establecida de manera unilateral por los empleadores, configurándose así un desequilibrado sistema de relaciones laborales” (La flexibilización del contenido laboral de la Constitución, 2001, pág. 85).

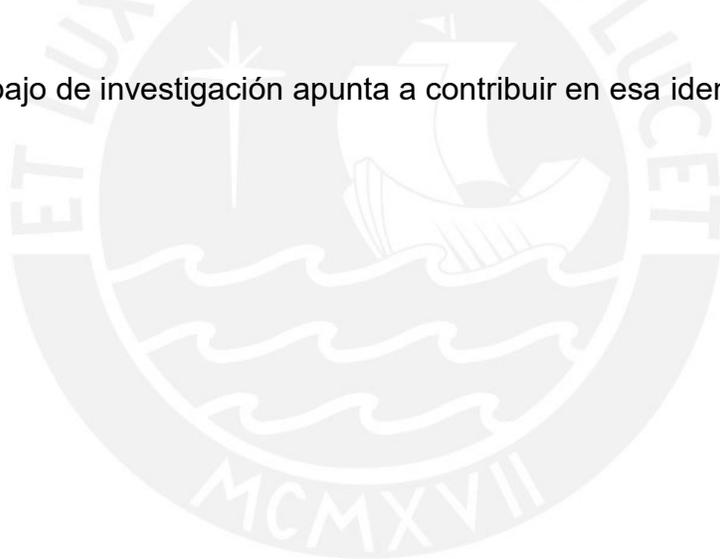
El autor del presente trabajo de investigación coincide con lo expuesto por CARRILLO. La capacidad decisoria en el conflicto colectivo de trabajo debe recaer en los propios sujetos que se encuentran involucrados en el conflicto. Y, para que esta capacidad tenga un real impacto, el empleador y la organización sindical deben contar con instrumentos a las que puedan acudir estratégicamente, encontrándose en una situación de cierto equilibrio de fuerzas frente a la dinámica del conflicto.

No existirá equilibrio, por ejemplo, si la organización sindical no encuentra en el derecho de huelga un instrumento viable frente al conflicto, debido a que su ejercicio

efectivo depende de una decisión administrativa con alto nivel de discrecionalidad, la cual se deriva de las reglas existentes en la normatividad. Tampoco existirá equilibrio, si en el marco de la negociación colectiva, la organización sindical no cuenta con instrumentos para tener conocimiento real y oportuno de la situación económica del empleador y su capacidad de atender las exigencias planteadas en el pliego de reclamos, entre otros aspectos.

La identificación de las distorsiones que operan en la dinámica del conflicto colectivo laboral es el primer paso para que el Estado intervenga con políticas públicas con el propósito de ajustarlas y evitar, en la medida de lo posible, que el empleador o la organización sindical se encuentren en una posición preferente en relación al otro, desequilibrando el sistema de relaciones colectivas de trabajo peruano.

El presente trabajo de investigación apunta a contribuir en esa identificación.



CONCLUSIONES

1. Durante el periodo 2014-2019, alrededor del 14% de las comunicaciones de huelga de alcance nacional o suprarregional, presentadas en el sector privado en el Perú, fueron declaradas procedentes; ello conlleva a afirmar que solo este porcentaje podría haber ejercido el derecho de huelga de manera efectiva en dicho periodo.
2. Del análisis realizado a las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, se advierte que las organizaciones sindicales han inobservado principalmente el requisito de la “nómina para servicios mínimos”.
3. La Autoridad Administrativa de Trabajo no ha tenido una posición uniforme al calificar la observancia o no del requisito previsto en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, situación que ha condicionado el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú; ello, entre otros aspectos, por el margen de discrecionalidad que admite la normatividad sobre los servicios mínimos.
4. Luego de transitar por distintos criterios, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema coinciden en el criterio de validar las sanciones impuestas a los trabajadores cuyas inasistencias se derivan de una comunicación de huelga declarada improcedente.
5. Como resultado de la aplicación de la normatividad de los servicios mínimos, hay un espacio reducido para que el ejercicio del derecho de huelga se desarrolle de modo efectivo en el Perú; lo cual incide, de manera indirecta, en la esfera individual del trabajador, conforme al criterio coincidente del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, señalado en el punto anterior. Por ello, se verifica que es considerable el impacto de la normatividad sobre los servicios mínimos respecto al ejercicio efectivo del derecho de huelga.

6. Resulta adecuado que la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga se mantenga en la Autoridad Administrativa de Trabajo, en comparación con otro ente o institución. El cuestionamiento sobre una supuesta ausencia de imparcialidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo, no se supera cambiando de órgano calificador, sino reduciendo los márgenes de discrecionalidad que admite actualmente la normatividad. Este objetivo se cumple con la emisión de reglas claras, para cuya generación se haya considerado un componente participativo de los actores sociales involucrados.
7. Debido a que la regulación sobre los servicios mínimos es excesiva, es necesaria una reestructuración respecto al doble control de los que son objeto.
8. Con relación al ámbito objetivo de los servicios mínimos, existen cuestiones pendientes de regulación en las tres técnicas para su determinación: voluntad unilateral del empleador, acuerdo de partes y decisión heterónoma (divergencia).
9. Respecto al ámbito subjetivo de los servicios mínimos, es necesario que se ajuste la regulación actual para su determinación, en tanto esta contiene un defecto que altera su finalidad y afecta su funcionalidad en el ejercicio efectivo del derecho de huelga. Asimismo, es necesario que se incorporen criterios para que las organizaciones sindicales puedan confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos, considerando el ámbito en el que se adopta la decisión de acudir a la huelga.

BIBLIOGRAFÍA

- 11/1981 (Tribunal Constitucional español 8 de Abril de 1981).
- 1469-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 23 de Julio de 2004).
- Ackerman, M. E. (1996). La huelga en Argentina. En M. PASCO COSMÓPOLIS (Ed.), *La Huelga en Iberoamérica* (págs. 7-25). Lima: AELE.
- Alonso Olea, M. (1967). Derecho del trabajo. Un ensayo bibliográfico. *Revista de Política Social*(76), 31-59.
- Arce Ortiz, E. (2009). Límites internos y externos al derecho de huelga. En AA.VV. (Ed.), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica* (págs. 383-396). Lima: Grijley.
- Asociación Derecho & Sociedad, Circulo de Estudios. (1992). Caracterización del tratamiento de las instituciones de huelga y arbitraje en la ley de relaciones colectivas de trabajo. *Derecho & Sociedad*(6), 46-52.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI. (2020). *Manual sobre relaciones laborales colectivas: 2. Huelga*. Medellín: Centro de Estudios Sociales y Laborales.
- Azócar Simonet, R., & Cruz Gónzales, Á. (2015). Limitaciones al derecho de huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la Reforma Laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6(12), 140-161.
- Barreto Ghione, H. (2016). Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*(2), 125-139.
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Carballeda, A. J. (setiembre de 2009). La cuestión como cuestión nacional, una mirada genealógica. *Palabra*(11), 12-23. Recuperado el 20 de Agosto de 2018, de file:///C:/Users/gcanchaya/Downloads/Dialnet-LaCuestionSocialComoCuestionNacionalUnaMiradaGenea-3804367.pdf
- Carrillo Calle, M. (2001). La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En V. Ferro Delgado (Ed.), *Balance de la reforma laboral peruana* (págs. 45-87). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Caso CAPECO, 261-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 26 de Marzo de 2003).
- Caso Ley Marco del Empleo Público, 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).
- Caso SITRAMUNP, 1469-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 23 de Julio de 2004).
- Caso Telefónica, 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2002).
- Caso Yanacocha, 3311-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 5 de Enero de 2006).
- Cassagne, J. C. (1993). *La huelga en los servicios esenciales*. Madrid: Civitas.
- Castro Barriga, A. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el Sector Público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (págs. 243-269). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cortés Carcelén, J. C. (1993). La Huelga en los Servicios Esenciales y el Derecho Ley 25593. *Thémis- Revista de Derecho*(26), 117-122.
- Cortés Carcelén, J. C. (2009). El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga. En SPDTSS, *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 673-689). Lima: Grijley.
- Cruz Villalón, J. (2012). *Compendio de Derecho del Trabajo* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- De La Jara Basombrio, E. (1989). La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional? En J. Neves Mujica (Ed.), *Trabajo y Constitución* (págs. 263-317). Lima: Cuzco.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel S.A.
- Ermida Uriarte, O. (1988). La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 53-68.
- Ermida Uriarte, O. (Noviembre- Diciembre de 1993). La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas. (128), 29-37. Recuperado

el 20 de Setiembre de 2018, de
http://nuso.org/media/articles/downloads/2287_1.pdf

Ermida Uriarte, O. (1995). Intervención y autonomía en la negociación colectiva de la actividad privada. *Laborem*(2), 127-136.

García, H. O. (2006). La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho. *Revista de Derecho Laboral*(2), 459-521.

García, H. O. (2020). Las actividades y servicios caracterizados como esenciales por la normatividad de emergencia sanitaria, ¿son servicios esenciales a fines de limitar el derecho de huelga? *Revista de Derecho Laboral Actualidad, Suplemento digital: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Dossier N° 4*, 14-30.

García, H. O. (s.f.). Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. *El Derecho de Huelga*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-04-5-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-2.pdf>

Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (1998). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: Organización Internacional del trabajo.

Jeammaud, A. (1984). En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica Jurídica*, 5-15.

Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.

Lovatón Palacios, D. (1990). La huelga en el Perú. *Derecho & Sociedad*(2), 49-51.

Luna Cervantes, E. (2014). Sobre la legitimización constitucional del ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la administración pública y un ejemplo paradigmático de su praxis. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (págs. 199-208). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mantero Álvarez, R. (1992). *Límites al derecho de huelga*. Montevideo: Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández.

Martínez López-Muñiz, J. L. (2001). Servicio Público, Servicio Universal y "Obligación de Servicio Público" en la perspectiva del Derecho Comunitario: los Servicios Esenciales y sus regímenes alternativos. *IV Coloquio luso-español de derecho administrativo* (págs. 249-278). Coimbra: Coimbra.

- Mendoza Legoas, L. (2016). *Las medidas cautelares laborales*. Lima: Jurista editores.
- Miranda Hurtado, G. (Junio de 2016). La huelga y sus límites. *Diálogo y Concertación Laboral. Revista del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo*(2), 55-74.
- Montoya Melgar, A. (1996). La Huelga en España. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), *La Huelga en Iberoamérica* (págs. 97-115). Lima: Aele.
- Montoya Vivanco, Y. (2014). Buen gobierno, gobernabilidad, corrupción e impunidad: relaciones y superación del círculo vicioso. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (págs. 209-218). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Morgado Valenzuela, E. (1996). La Huelga en Chile. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), *La Huelga en Iberoamérica*. (págs. 49-95). Lima: Aele.
- Morón Urbina, J. C. (Julio de 2013). La visión jusadministrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales. *Ius Et Veritas*(46), 270-283.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Décimo Segunda ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mugnolo, J. (s.f.). Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración. 1-429. Editorial de la Universidad de Granada. Recuperado el 15 de setiembre de 2018, de <https://hera.ugr.es/tesisugr/21849602.pdf>
- Neves Mujica, J. (2010). Los derechos de sindicación y al trabajo en una sentencia del Tribunal Constitucional sobre los trabajadores de Telefónica. En J. Neves Mujica, *Derecho del trabajo. Cuestiones controversiales*. (págs. 51-65). Lima: Ara editores.
- Nugent, R. (2006). *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Oficina Internacional del Trabajo. (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Ojeda Quiroz, C. D. (Marzo de 2020). La actividad de inspección del trabajo en tiempos del Covid-19 ¿Debe considerarse como servicio público esencial en el estado de emergencia nacional? *Análisis Laboral*(513), 14-16.

- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Palomeque López, M. C. (1989). La función histórica del Derecho del Trabajo. En J. Neves Mujica (Ed.). Lima: Cultural Cuzco.
- Palomeque Lopez, M. C., & Álvarez de la Rosa, M. (2010). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ramón Areces.
- Pasco Cosmópolis, M. (1995). Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*(2), 161-172.
- Pasco Cosmópolis, M. (1996). La huelga en el Perú. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), *La huelga en Iberoamérica* (págs. 197-228). Lima: AELE.
- Pease García, H. (2014). Reforma del Estado para el buen gobierno. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (págs. 219-222). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ponce Solé, J. (2014). El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (págs. 85-119). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Puntriano Rosas, C. A. (19 de Julio de 2018). Ministerio de Trabajo propone cambios a reglamentos. Relaciones colectivas en debate. (D. O. Peruano", Entrevistador)
- Raso Delgue, J. (2016). Intervención y autonomía en la negociación colectiva: una reflexión desde el modelo pluralista uruguayo de relaciones laborales. En C. J. Hernández, *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés* (págs. 419-426). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*. Valencia: Tirand lo blanch.
- Sarthou, H. (2004). *Trabajo, Derecho y Sociedad. Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo. Tomo I* (Vol. I). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

- Sarzo Tamayo, V. R. (Enero de 2017). Visión crítica del procedimiento administrativo de divergencia. A propósito del ejercicio del derecho de huelga en el Perú. *Soluciones Laborales*(109), 115-125.
- Sarzo Tamayo, V. R. (2018). *La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Spaventa, J. (2016). *Análisis alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta*. Buenos Aires. Obtenido de <http://relats.org/documentos/DERECHO.Spaventa.pdf>
- Toyama Miyagusuku, J. (2001). Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En V. Ferro Delgado (Ed.), *Balance de la reforma laboral peruana* (págs. 9-44). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Tribuzio, J. E. (s.f.). Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. *La huelga en los servicios esenciales*. Argentina. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>
- Vidal Salazar, M. (2004). Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano. *Foro jurídico*(3), 51-63.
- Villavicencio Ríos, A. (2008). Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular). En SPDTSS (Ed.), *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (págs. 443-473). Lima: Grijley.
- Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PLADES.
- Villavicencio Ríos, A. (2010). Perspectivas y posibilidades de la tutela colectiva sindical en el siglo XXI. En Congreso de la República del Perú, *Hacia un nuevo Sindicalismo en el siglo XXI* (págs. 31-41). Lima: Congreso de la República del Perú.
- Vivero Serrano, J. B. (2002). *La huelga en los servicios esenciales*. Valladolid: Lex Nova.
- Zavala Costa, J., & Vílchez Garcés, L. (2016). *El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo*. Lima: AELE.

Zorrilla Ruiz, M. M. (Enero de 2015). Eficacia y efectividad del Derecho. *Estudios de Deusto*, 45(1), 173-196. Obtenido de <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/608/770>



ANEXOS



Anexo 1
“Formato obligatorio de comunicación de servicios mínimos”



ANEXO N° 1 "FORMATO OBLIGATORIO DE COMUNICACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS"

Nombre o razón social del empleador:

Domicilio legal: (Especificar la dirección completa: Av./Jr./Calle/Psje., Nro., Of., Int., Mza., Lote, Urbanización, entre otros) **RUC:**

Representante: **DNI:**

Correo electrónico: (Para comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo) **Número de teléfono (fijo o celular):** (Para comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo)

Marcar si la comunicación que se presenta comprende:

<input type="checkbox"/> Servicios públicos esenciales De tratarse de servicios públicos esenciales, marcar el ámbito: <input type="checkbox"/> Sanitarios y de salubridad <input type="checkbox"/> Limpieza y saneamiento <input type="checkbox"/> Electricidad, agua y desagüe, gas y combustible <input type="checkbox"/> Sepelio, y los de inhumaciones y necropsias <input type="checkbox"/> Establecimientos penales <input type="checkbox"/> Comunicaciones y telecomunicaciones <input type="checkbox"/> Transporte <input type="checkbox"/> Naturaleza estratégica o vinculado a la defensa y seguridad nacional <input type="checkbox"/> Administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República <input type="checkbox"/> Otro determinado por Ley. Indicar Ley:	<input type="checkbox"/> Actividades indispensables
---	--

Centro de trabajo:

Dirección del centro de trabajo: (Especificar la dirección completa: Av./Jr./Calle/Psje., Nro., Of., Int., Mza., Lote, Urbanización, entre otros) **Región:**

N°	Área donde se desempeñan servicios mínimos	Ocupación	Cantidad total de trabajadores por cada ocupación en el área	Jornada o sistema de trabajo <small>Por ejemplo: 10 x 10</small>	Turno/horario <small>Indicar los turnos (madrugada, día o mañana, tarde, noche) y horarios en que debe ocuparse cada puesto. Por ejemplo: Mañana de 06:00 a 15:00 horas.</small>	Cantidad total de trabajadores por cada turno/horario	Cantidad de trabajadores para el servicio mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Periodicidad
								<small>Indicar el día en que debe iniciarse el servicio mínimo y si este debe mantenerse o ocupado durante toda la semana, o en una periodicidad menor o mayor (una vez por semana, interdiario, permanente, etc.). Por ejemplo: desde el inicio de la huelga de manera permanente, desde el día 5 una vez por semana, etc.)</small>	<small>Este punto está orientado, sobre todo, al trabajo por equipos donde hay turnos rotativos o "cambios de guardia". Por ejemplo: permanente (si es que no hay cambio de equipos), semanal, quincenal, 4 x 4, 10 x 10, etc.</small>
1									
2									
...									

Centro de trabajo:

Dirección del centro de trabajo: **Región:**

N°	Área donde se desempeñan servicios mínimos	Ocupación	Cantidad total de trabajadores por cada ocupación en el área	Jornada o sistema de trabajo <small>Por ejemplo: 10 x 10</small>	Turno/horario <small>Indicar los turnos (madrugada, día o mañana, tarde, noche) y horarios en que debe ocuparse cada puesto. Por ejemplo: Mañana de 06:00 a 15:00 horas.</small>	Cantidad total de trabajadores por cada turno/horario	Cantidad de trabajadores para el servicio mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Periodicidad
								<small>Indicar el día en que debe iniciarse el servicio mínimo y si este debe mantenerse o ocupado durante toda la semana, o en una periodicidad menor o mayor (una vez por semana, interdiario, permanente, etc.). Por ejemplo: desde el inicio de la huelga de manera permanente, desde el día 5 una vez por semana, etc.)</small>	<small>Este punto está orientado, sobre todo, al trabajo por equipos donde hay turnos rotativos o "cambios de guardia". Por ejemplo: permanente (si es que no hay cambio de equipos), semanal, quincenal, 4 x 4, 10 x 10, etc.</small>
1									
2									

Centro de trabajo:

Dirección del centro de trabajo: **Región:**

(...)

_____, de _____ de 20__

FIRMA

Anexo 2
“Formato obligatorio de divergencia”



ANEXO N° 2 "FORMATO OBLIGATORIO DE DIVERGENCIA"

Denominación de la organización sindical: _____

Domicilio legal: (Especificar la dirección completa Av./Jr./Calle/Paseo, No., Of., H., M., Z., Lote, Urbanización, entre otros) _____

Representante: _____ **DNI:** _____ **N° de registro indicaf:** _____

Correo electrónico: (Para comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo) _____ **Celular:** (Para comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo) _____

Ámbito: _____ **Región:** _____

Centro de trabajo:		POSICIÓN DEL EMPLEADOR						POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL			
N°	Área donde se desempeñan servicios mínimos	Ocupación	Jornada o sistema de trabajo	Turno/horario	Cantidad de trabajadores para el servicio mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Periodicidad	RESPECTO A CALIFICACIÓN DE SERVICIO MÍNIMO		RESPECTO AL NÚMERO DE TRABAJADORES	
								Conforme	Divergencia (*)	Conforme	Divergencia (**)
1											
2											
3											
(...)											

Centro de trabajo:		POSICIÓN DEL EMPLEADOR						POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL			
N°	Área donde se desempeñan servicios mínimos	Ocupación	Jornada o sistema de trabajo	Turno/horario	Cantidad de trabajadores para el servicio mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Periodicidad	RESPECTO A CALIFICACIÓN DE SERVICIO MÍNIMO		RESPECTO AL NÚMERO DE TRABAJADORES	
								Conforme	Divergencia (*)	Conforme	Divergencia (**)
1											
2											
(...)											

Región: _____

(*) En caso de divergencia, el número de trabajadores se considera cero (0) por cada ocupación.

(**) En caso de divergencia, indicar el número de trabajadores que considere mínimo por cada ocupación.

_____ de _____ de 20____

FIRMA _____

Anexo 3
“Formato obligatorio de resumen para determinación de servicios mínimos”



