

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La responsabilidad del empleador frente a un esquirolaje
interno "impropio"

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:

Gabriela Milagros Pacheco Chile

Asesor:

Paul Carlos Elías Cavalié Cabrera

Lima, 2023

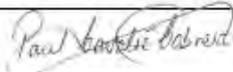
Informe de Similitud

Yo, Paul Carlos Elías Cavalié Cabrera docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis "La responsabilidad del empleador frente al esquirolaje interno "impropio"", de la autora Gabriela Milagros Pacheco Chile, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 17/09/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

17 de setiembre de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Paul Carlos Elías Cavalié Cabrera	
DNI: 08853841	Firma 
ORCID: 0000-0002-0928-3495	



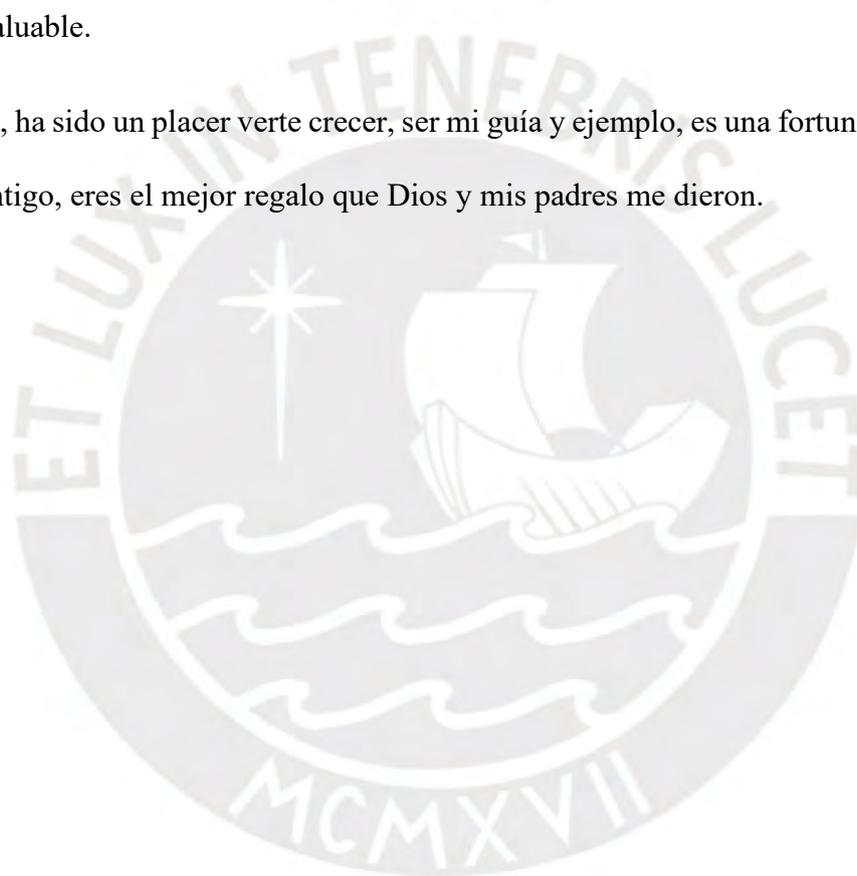
DEDICATORIA

A Dios, fuente de paz, misericordia y amor incondicional.

A Celia, corazón cálido y bondadoso, cada minuto que pasa me siento más agradecida con tu presencia, mi admiración y gratitud eterna, mi ángel.

A Edwin, lealtad y apoyo incondicional, mi refugio en los momentos de adversidad, un tesoro invaluable.

A Fabricio, ha sido un placer verte crecer, ser mi guía y ejemplo, es una fortuna compartir la vida contigo, eres el mejor regalo que Dios y mis padres me dieron.



RESUMEN

La presente tesis plantea analizar un supuesto de esquirolaje interno, al cual denominaremos esquirolaje interno “impropio”, ello porque la acción de sustitución la asumen, por voluntad propia, los trabajadores que no se encuentran dentro del ámbito de la huelga – trabajadores no huelguistas, con ese fin, desarrollaremos como esta figura se materializa en el escenario de una huelga legal y concretamente, estableceremos si la responsabilidad de este acto contrario al derecho de huelga, le puede ser atribuible al empleador.

Para ello, como parte de un marco teórico previo, identificaremos conceptos importantes respecto al derecho de huelga, así como algunas reflexiones vinculadas entre este derecho y la libertad de empresa, advirtiendo algunos hechos adoptados por el empleador frente al desarrollo de una huelga que naturalmente, le genera un daño. Asimismo, analizando el alcance de los efectos de la huelga, definiremos que derechos les corresponden a los trabajadores no huelguistas, en ese escenario de conflicto.

Luego, a partir del poder de dirección propio del empleador, identificaremos conceptos esenciales relacionados a las facultades del empleador como titular de la organización productiva, para así, plantear que el empleador es responsable de todo acto contrario al derecho de huelga, más aún si proviene de sus trabajadores, en tanto, al tener la conducción y dirección de sus actividades, debe adoptar una conducta diligente y activa, evitando que se realice cualquier actividad que pueda ser contraria al derecho de huelga y a los efectos que de ella deriven.

Como complemento, examinaremos el esquirolaje interno “impropio” como una infracción administrativa a la luz del principio de culpabilidad, específicamente en relación a los principios de la personalidad de las sanciones y la exigencia de dolo o culpa.

Palabras claves: huelga, esquirolaje, trabajadores no huelguistas, poder de dirección, control, vigilancia.



ABSTRACT

This thesis aims to analyze a case of internal scab, referred to here as "improper" internal scab. This term is used because it involves the substitution action taken voluntarily by workers who are not part of the strike, referred to as non-striking workers. The primary objective is to investigate whether the responsibility for this action, which contradicts the right to strike, can be attributed to the employer.

To achieve this goal, we will first establish a theoretical framework by identifying key concepts related to the right to strike. We will also explore the interconnectedness of this right with the freedom of business, taking into consideration actions taken by the employer during a strike that may naturally result in harm. Additionally, we will analyze the rights afforded to non-striking workers within this conflict scenario.

Subsequently, we will delve into the employer's managerial authority, highlighting essential concepts related to their role as the head of the productive organization. Our objective is to argue that the employer should be held accountable for any actions that go against the right to strike, particularly if these actions are undertaken by their employees. Given their responsibility for guiding and overseeing the activities of their workforce, employers should exercise due diligence and actively prevent any activities that contravene the right to strike and its potential consequences.

To supplement this examination, we will scrutinize "improper" internal scabbing as an administrative offence in light of the principle of culpability, with a specific focus on principles of sanctions and the requirement of intent or guilt related to this phenomenon.

Keywords: strike, internal scab, non-striking workers, managerial authority, control, monitoring.

ÍNDICE

RESUMEN	iv
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE HUELGA	4
1.1. Aproximaciones al derecho de huelga	4
1.2. Derecho de autodefensa como manifestación de la libertad de empresa.	14
1.3. Estrategias empresariales frente a un conflicto laboral.	18
CAPÍTULO II.....	33
EL DERECHO DE HUELGA FRENTE A LA LIBERTAD DE TRABAJO	33
2.1 Derechos de los trabajadores no huelguistas en el desarrollo de la huelga. ..	33
2.2 La libertad de trabajo y el derecho de huelga.	51
CAPÍTULO III	57
LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN LOS ACTOS DE SUSTITUCIÓN INTERNA DE LOS HUELGUISTAS.....	57
3.1 Manifestaciones del esquirolaje interno (con indicación empresarial y sin indicación empresarial – esquirolaje interno “impropio”).	57
3.2 El esquirolaje interno “impropio” como infracción administrativa	76
CONCLUSIONES	91

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 99

REFERENCIAS JURIDICAS..... 104



INTRODUCCIÓN

El derecho de huelga constituye uno de los pilares en los que se articula el Derecho Colectivo de Trabajo y resulta de especial relevancia porque es el medio esencial de los trabajadores para la protección y promoción de sus intereses y derechos en la relación laboral. Es por ello que su reconocimiento no se limita a la legislación interna, sino que también se extiende internacionalmente en los tratados y declaraciones internacionales más importantes en materia de derechos humanos.

En ese sentido, una de las consecuencias inevitables que acarrea el ejercicio de este derecho como una medida de presión es el daño al empleador, afectando sus intereses económicos, lo que no deja de implicar que también exista un daño económico para los trabajadores que ejerciten esta medida, situaciones gravosas que serán lícitas siempre y cuando exista proporcionalidad y reciprocidad entre ellas.

No obstante, el carácter asimétrico de una relación laboral, en la que el empleador tiene una posición superior y de supremacía sobre el trabajador, hace concebible pensar que el empleador no adopte una posición pasiva frente al daño que se le ocasione y busque medidas para neutralizar el daño o mínimamente disminuirlo.

Siendo ello así, nos encontramos con la figura del esquirolaje, definida de manera uniforme a nivel doctrinario, como la sustitución de los trabajadores en huelga, la cual si bien es cierto no está prohibida literalmente como tal, su proscripción se puede desprender del artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - Decreto Supremo N° 011-92-TR, modificado mediante el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, que señala lo siguiente: (...)

El empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni

mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga.

Fórmula legislativa actual que nos permite entender que, tanto el acto de sustitución por trabajadores ajenos a la empresa (esquirolaje externo) como por trabajadores pertenecientes a la misma (esquirolaje interno), no está admitido, aclarando así el panorama discutido a nivel jurisprudencial, que por la literalidad de la norma parecía que solo rechazaba el “esquirolaje externo”.

En ese contexto, el natural sujeto activo de la sustitución es el empleador porque en busca de aminorar o neutralizar los efectos económicos negativos de la huelga, dispone la realización de alguna de estas conductas. Sin embargo, es en este sentido donde surge el problema planteado en la presente tesis, en el que los trabajadores no comprendidos dentro del ámbito de la huelga (trabajadores no huelguistas) se pueden ver perjudicados por la medida realizada por sus compañeros huelguistas y eso los impulse a realizar el acto de sustitución de sus labores por iniciativa propia sin que medie disposición u orden alguna del empleador.

Ciertamente, aun siendo los trabajadores no huelguistas los sujetos activos de la sustitución, persiste la obstrucción, mitigación o impedimento de que se produzcan los efectos perseguidos por una huelga y la ilicitud de este acto, por lo que sigue siendo reprochable, pero en este escenario, ¿aún le podría ser atribuible la conducta al empleador, pese a que no tuvo injerencia alguna en el acto de sustitución?

De esta manera, primero analizaremos el contexto en el que se desarrolla el problema planteado, la huelga, haciendo precisiones sobre su desarrollo en instrumentos

internacionales y en la legislación nacional. Cumplida esa premisa, abordaremos al esquirolaje como una manifestación abusiva del *ius variandi* del empleador, analizando además del ámbito nacional, la legislación y jurisprudencia española, la cual ha influido en nuestra legislación y guarda bastante similitud con la misma.

En una segunda parte, delimitaremos quienes vendrían a ser los trabajadores no huelguistas - sujetos activos en la problemática planteada, sus derechos en el contexto de la adopción y desarrollo de una huelga, con especial énfasis en el derecho a la libertad de trabajo.

Y en la tercera parte de nuestro trabajo, analizaremos una figura o conducta planteada en nuestro trabajo, a la cual denominaremos “esquirolaje interno impropio”, explicaremos los aspectos que podrían impulsar a los esquirolajes a realizar este tipo de acto de sustitución, para luego analizar esta inconducta como una infracción administrativa atribuible al empleador, apreciada en la omisión del ejercicio de su poder de dirección, a la luz de los principios de tipicidad y culpabilidad.

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE HUELGA

1.1. Aproximaciones al derecho de huelga

En un escenario asimétrico y desigual, como es el de la relación entre trabajadores y empleadores, resulta necesario otorgar a estos actores la posibilidad de regular sus derechos y obligaciones, como resultado de una concertación; de esta manera se consagra el principio de autonomía colectiva, el cual comprende tres manifestaciones que se relacionan entre sí: la autoorganización, que implica la facultad de organizarse y así formar organizaciones, la autonomía normativa que implica la facultad de negociar y regular sus relaciones, y la autotutela que implica la facultad de utilizar medios de coacción. Estas manifestaciones se van a materializar en tres derechos de los trabajadores: la sindicación, la negociación colectiva y la huelga.

Dicho ello, nos enfocaremos en la huelga, la cual ha sido definida por la doctrina de diferentes maneras, ya sea considerando a esta institución como un medio de acción sindical, un medio de solución de conflictos o incluso la han catalogado como un conflicto, pues tiene lugar como consecuencia de la confrontación entre los trabajadores y el empleador. Sin embargo, consideramos que su naturaleza comprende estas tres manifestaciones y concordamos con la mayoría de la doctrina que considera la trivalencia de esta institución, en el sentido que, la huelga puede ser un medio de acción sindical, un conflicto colectivo de trabajo o una forma de solucionar el conflicto, en palabras del profesor Ermida Uriarte: “la huelga es – o puede ser- cualquiera de las tres cosas, y aún las tres a la vez” (2012, p. 6). Así también concordamos con la consideración del mencionado profesor, respecto que

el concepto de huelga ha evolucionado y su amplitud va más allá de la definición antes descrita, pues nos obliga a distinguir, además de la anomalía en el proceso productivo, las modalidades de ejercicio de la huelga (típicas o atípicas) (Ermida, 2013, pp. 217-238).

Ahora bien, en el presente trabajo de investigación, revisaremos algunos aspectos relevantes que se han abordado constitucionalmente y en instrumentos supranacionales, pues a pesar que en el ámbito nacional se ha reconocido a la huelga como un derecho fundamental, son escasos los instrumentos internacionales que desarrollan a profundidad este derecho.

En ese sentido, en principio resulta necesario señalar que únicamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y el Protocolo Adicional a la Convención América sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hacen una referencia literal del derecho de huelga, la misma que solo es enunciativa y no tiene mayor desarrollo, asimismo, si bien es cierto el inciso 1 del artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT, no menciona a la huelga, consideramos que se desprende del mismo, al ser una manifestación esencial de la libertad sindical, por cuanto este artículo señala lo siguiente: “las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (1948). Lo señalado es de especial relevancia, toda vez que al tener este convenio rango constitucional, se está comprendiendo también al derecho de huelga dentro de la lista de derechos constitucionales, propiciando a su vez que las normas de menor jerarquía deban respetar las disposiciones de este

convenio internacional y tomar en cuenta los pronunciamientos de sus órganos de control, los cuales determinan los parámetros de interpretación de las disposiciones contenidas en este convenio, que si bien es cierto, no son vinculantes, no pueden ser omitidos pues sin ellos no se podría garantizar el ejercicio pleno de este derecho.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (en adelante el TC) como máximo intérprete de la Constitución, ha reconocido al derecho de huelga como un derecho humano (Exp. N° 008-2005-PI/TC), lo cual resulta importante, pues ello conlleva que su interpretación deba hacerse en favor a la persona y acudir a la norma más protectora, aplicando así, el principio *pro homine*, que puede manifestarse de tres maneras: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable y la interpretación con sentido tutelar.

Este reconocimiento de la huelga, como un derecho humano y constitucional, guarda coherencia con la concepción del Estado social y democrático de Derecho en el que nos encontramos, en tanto el Estado debe promover y legitimizar instrumentos jurídicos que remuevan la desigualdad social efectiva, como aquella que se da entre el trabajador y el empleador, y que en el caso en particular, es un medio de desarrollo de la personalidad del trabajador y es necesaria para la materialización de sus intereses en la relación laboral.

Pese a ello, la normativa nacional que desarrolla el derecho de huelga, Decreto Ley N° 25593 y su Reglamento, aprobado mediante D. S. N° 011-92-TR, resulta ser restrictiva en relación a su ejercicio y modalidad, ya que adopta una concepción limitada de la huelga, al permitirla únicamente si su desarrollo implica el cese de la actividad laboral con abandono del centro de trabajo y prohibiéndola si es atípica o irregular (disminución deliberada del ritmo de trabajo o calidad de producción, toma

de locales o la adopción de medidas de fuerza sin previo aviso) lo cual resulta contrario a lo dispuesto por el Convenio N° 87 de la OIT, pues el mismo reconoce la libertad de los trabajadores de diseñar y ejecutar sus programas de acción, siempre y cuando este no conlleve a acciones abusivas o violentas en el ejercicio de este derecho. Respecto a ello el TC, en sendos pronunciamientos como los emitidos en las sentencias recaídas en los expedientes N°: 008-2005-PI/TC, 00026-2007-PI/TC, 774-2020-PA/TC, confunde la duración de la huelga con la forma en la que esta se puede adoptar, aun así se inclina por una concepción moderna, admitiendo el modelo polivalente.

A este punto, resulta relevante señalar un aspecto que el TC ha determinado necesario para que la huelga pueda ser convocada, está referida a *“La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto”*, lo cual, a consideración de Boza (2008) , recoge la teoría de la correlatividad de los sacrificios, lo cual involucra un “correlato entre el costo de la obligación de prestar el trabajo, que deriva de la huelga, y el costo de la obligación de retribuir”, es decir, el daño que los trabajadores buscan ocasionarle al empleador con la huelga debe ser proporcional al resultado que se busca obtener con ella, de modo que esta puede ser considerada injusta si le genera un daño superior a aquel que consubstancialmente debería generar (p. 346). Y es que la huelga necesariamente implica generar un perjuicio no solo económico, sino que además traerá consigo un desmedro en la capacidad productiva y en sí una desorganización del sistema productivo empresarial.

En ese sentido, esta concepción nos sugiere dos reflexiones importantes: la primera, que el daño va ser un elemento y un objetivo propio de la realización de la huelga a

fin de obtener los intereses de los trabajadores, y la segunda consideración apunta a la posibilidad de determinar una huelga como ilegítima o legítima, dependiendo del daño que se cause al empleador, de manera que de comprobarse un daño desmedido o desproporcionado, el empleador no está en la obligación de soportar el daño en esa magnitud. Para lo cual, a consideración nuestra, el empleador es quien deberá probar la existencia del abuso en el ejercicio de la huelga.

En cuanto a la titularidad del derecho de huelga, en la doctrina existen opiniones contrarias respecto a la naturaleza de este derecho, ello porque en esencia el derecho de huelga le es atribuible al trabajador, sin embargo al ser una medida de conflicto colectiva es ejecutada por parte de un grupo o colectivo de trabajadores; esta situación ha impulsado que la doctrina haya diferenciado sobre la titularidad del derecho de huelga y su ejercicio.

El Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, señaló lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en los artículos 72. ° y 73. ° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.

Considerando de esta manera, que la huelga es un derecho de titularidad individual, siendo el trabajador el único que podría decidir si se lleva a cabo o no esta medida, siempre observando el procedimiento que la ley y el estatuto establecen.

Sin embargo, a través de la modificatoria del artículo 62° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, realizada mediante el D.S. N° 024-2007-TR, se intentó aclarar el panorama respecto a la participación de sindicato en la huelga, reconociendo la doble titularidad de la huelga en cuanto a su convocatoria, es decir que la podrá hacer el ente gremial conforme lo señale el estatuto o los trabajadores cuando no exista un sindicato.

Así, hay otras manifestaciones del derecho de huelga que también podrían adjudicarse a ambos actores: la administración de la medida de fuerza y la negociación del conflicto, además de la de dar por concluido el mismo. Igualmente, hay otras manifestaciones que recaen únicamente en los trabajadores o en el ente gremial, por ejemplo, la adhesión a la huelga, su ratificación o darla por concluida, serían manifestaciones de la titularidad individual, mientras que la decisión inicial de realizar una huelga a nivel supra empresarial y la determinación de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos en el caso de los servicios esenciales, le corresponden al ente gremial.

Respecto al ejercicio del derecho de huelga, nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 73° del D. S. N° 010-2003-TR ha establecido algunas exigencias que se deben cumplir para la materialización de la huelga:

- 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.

De los requisitos contenidos en los literales b) y c) se puede advertir que los mismos están referidos a aspectos formales: el preaviso al empleador y a la Autoridad de Trabajo, la legalización por notario o juez de paz de la copia del acta de asamblea y la declaración jurada de que la decisión se adoptó conforme a los requisitos. Por lo que respecto a ello, y resulta necesario señalarlo, ni el empleador ni la Autoridad de Trabajo pueden pedir otros documentos de los que ya están establecidos por la norma ni pueden interpretar el cumplimiento de aquellos para requerir otros nuevos.

Por otro lado, respecto al contenido de fondo resulta necesario desarrollar dos aspectos que son controvertidos en cuanto a las exigencias contenidas en el artículo 73° del D. S. N° 010-2003-TR y frente a los cuales haremos algunas precisiones.

Del primer precepto se evidencia la restricción del derecho de huelga al relacionarse su alcance y objeto únicamente a aspectos referidos a la relación laboral; frente a ello no podemos perder de vista el Informe N° 291 del Comité de Libertad Sindical emitido en mérito a los casos N° 1648 y N° 1650, quejas presentadas por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y otros en contra del

Gobierno peruano, en el cual se señala que esta restricción resultaba limitativa del derecho de huelga, ya que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores buscan defender mediante la huelga no solo están orientados a mejores condiciones de trabajo o reivindicaciones de orden laboral, sino que además puede comprender la búsqueda de soluciones a aspectos de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.

Coincidimos con la posición adoptada por el comité, en tanto los intereses de los trabajadores no se pueden reducir a su sola relación con el empleador, ya que pueden existir situaciones externas que afecten directamente a la relación laboral y por ende a los trabajadores; en ese sentido, si las afectaciones están ligadas a pretensiones económicas de los trabajadores sí podrían ser susceptibles de reclamo. Por lo que, podría admitirse las huelgas políticas mixtas, mediante las cuales se ejerce presión ya no contra el empleador sino contra el Estado, para la defensa y promoción de los intereses laborales directos de los trabajadores, buscando reivindicaciones económicas y sociales (Mantero, 2021), aspecto controvertido que no será abordado en la presente investigación pero que es necesario tomarlo en cuenta.

Del segundo precepto se evidencia la prohibición de efectuar la huelga en los casos que la negociación colectiva hubiera sido sometida a arbitraje, lo cual resulta lógico, sin embargo, en este contexto sale a relucir el arbitraje potestativo, el cual antes de la última modificatoria al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, podía ser planteado por cualquiera de las partes comprendidas en el conflicto, aspecto que sin duda era discutible pues si el empleador solicitaba el arbitraje, el derecho de huelga quedaba restringido.

Frente a ello, Sarzo Tamayo acertadamente menciona el Informe N° 1773-2015-MTPE/4/8, en el cual se señaló lo siguiente:

Siendo que la huelga es un derecho de los trabajadores, se entiende que la restricción regulada en el literal d) del artículo 73° del TUO de la LRCT se presentará cuando a voluntad de la organización de trabajadores se haya optado inicialmente por el arbitraje y que en ese sentido, la decisión de optar por el ejercicio de huelga queda a la expectativa de los trabajadores, no pudiendo aceptarse la lectura restrictiva del derecho en base a la cual se entienda que la decisión del empleador de optar, inicialmente, por el arbitraje potestativo niega el ejercicio posterior del Derecho de Huelga, puesto que lo vaciaría del contenido (2018, p. 64).

Por tanto, se reconocía el derecho de no someterse al arbitraje y rechazar la invocación de este, ello porque el mismo suponía la limitación del derecho de huelga.

Sin embargo, con la modificación del artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada mediante D.S. N° 014-2022-TR, esta situación queda zanjada, al facultar únicamente a los trabajadores a interponer el arbitraje potestativo, siempre observando los supuestos habilitantes para ello: cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

En el caso que se cumplan las exigencias antes señaladas y no se incurra en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 84 del Decreto Ley N° 25593, nos encontraríamos en una huelga legal, que será el escenario en el que se situará la figura que planteamos en la presente investigación.

De este modo, en una huelga legal, se suspenden los efectos del contrato de trabajo sin afectar la subsistencia del vínculo laboral, por tanto, al no haber prestación de servicios por parte del trabajador huelguista, tampoco hay obligación del empleador de abonar las remuneraciones, ello sin perjuicio de llegar a un acuerdo en el que se recuperen los días no laborados y se efectúe el pago. Así también, queda suspendido el poder de dirección del empleador, por tanto no podría desplegar sus facultades sobre los trabajadores huelguistas.

Por otro lado, existen beneficios laborales en los que persiste la antigüedad en el trabajo a pesar del desarrollo de la huelga, tales como la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones, en los cuales los días de huelga se computan como días de trabajo efectivo.



1.2. Derecho de autodefensa como manifestación de la libertad de empresa.

Las reflexiones en torno a la vinculación entre la libertad de empresa y el derecho de huelga no han merecido mayor desarrollo en nuestra legislación ni en nuestra doctrina, de manera que consideramos necesario abordar el derecho a la huelga desde la perspectiva de los límites que la libertad de empresa le podría imponer, para lo cual nos remitiremos a la doctrina española que desarrolla de manera particular este tema, así como algunas sentencias españolas que desarrollan las decisiones que el empleador podría adoptar frente al desarrollo de una huelga.

Es así, que juristas como Javier Matía Prim y Antonio Martín Valverde han señalado límites que el derecho a la libertad de empresa podría suponer para el ejercicio del derecho de huelga. En una primera reflexión, Matía Prim señala que “es patente que el derecho de huelga limita el derecho de libertad de empresa en cuanto impide el ejercicio de la facultad de organización del empresario que forma parte del contenido del derecho”(1996, p. 183), sin embargo, ello no quiere decir que la huelga vendría a limitar plenamente la libertad de empresa, pues de llegar a constituirse ese supuesto nos encontraríamos ante una huelga ilícita, ello por causar un daño excesivo al empleador, aspecto que como ya hemos visto en el capítulo anterior, ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional al recoger la *Teoría de la correlatividad de los sacrificios*. Por otro lado, Martín Valverde considera que existe un interés ineludible del empleador de conservar la rentabilidad de la producción de la empresa, el cual sin duda merece protección y que también implica la conservación de los bienes de capital, es así que considera que en base a este interés, el derecho de huelga tiene dos limitaciones: los servicios de seguridad y mantenimiento y el cierre patronal (1981).

Por su parte, veremos sentencias españolas que exponen los conceptos antes desarrollados, siendo una de las más relevantes y citadas la STC 11 / 1981, en la que se determina la existencia de proporcionalidad y sacrificios mutuos de los actores y se señala que, *al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que puede ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga y la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios*, de manera que infiere que se considera un abuso en el ejercicio de la huelga, si en el desarrollo de esta medida se involucra a los trabajadores que no están comprendidos en ella, extendiéndose de esta manera ilegalmente a todos los trabajadores de la empresa. Asimismo, el Tribunal Constitucional español, en esta sentencia también hace otra anotación importante, considerando que el abuso en el ejercicio de la huelga también puede concurrir cuando: *“a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado”*, extendiendo así la protección al empleador y determinando que, cuando los huelguistas incurrían en este efecto multiplicador, implican un daño superior que obliga al empleador a asumir un costo mayor en la reorganización de la empresa, el mismo que va a resultar contrario al deber de lealtad y honradez que se deben los actores de la relación laboral y que debe mantenerse aun cuando se está en conflicto y más aún en el desarrollo de la huelga. Por otro lado, en esta sentencia se determina que *“la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento*

alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”, este criterio nos trae una reflexión importante a considerar, y es que los trabajadores huelguistas también deben adoptar medidas de seguridad, pues es un deber que conlleva un ejercicio responsable del derecho a la huelga frente al empleador, toda vez que claro está que la huelga no es un derecho que pueda ejercerse sin contrapartida.

Por otro lado, la jurisprudencia española desarrolla las posibilidades que tiene la empresa en materia de huelga, para ello, una sentencia que tiene consideraciones relevantes es la STS de 22 de octubre de 2002, en la cual el Servicio de Salud no toma en cuenta la comunicación de la huelga por parte de los trabajadores, al considerar que además de no cumplir con delimitar y definir el ámbito subjetivo de los trabajadores afectados, la huelga era abusiva e ilícita por intermitente. Si bien es cierto, la medida no llegó a realizarse, el sindicato demandó la vulneración de la libertad sindical y el derecho de huelga.

En ese caso, el Tribunal Superior de Justicia concluye que no hubo vulneración alguna, toda vez que la calificación de la huelga realizada por el Servicio de Salud como abusiva e ilícita no impedía su realización, pues la misma no supuso alguna coacción o amenaza a los trabajadores para que la medida se lleve a cabo. A su vez, el Tribunal también considera que el hecho que el Servicio de Salud remita a la Dirección General de Recursos Humanos oficios advirtiendo posibles irregularidades en el preaviso de la huelga, tampoco constituye una limitación para el desarrollo de la huelga.

En ese sentido, esta sentencia reconoce la facultad del empleador de hacer consideraciones sobre el acuerdo de convocatoria de la huelga, tanto en el procedimiento de forma como en el contenido de fondo.

Una consideración adicional a las decisiones que puede adoptar la empresa en el ejercicio de la huelga es la facultad de reclamar la responsabilidad civil por los daños que podrían haberse ocasionado durante esta medida. Para ello, resulta necesario encontrarnos en un escenario en el cual la huelga será declarada ilegal, ilícita o abusiva, pues solo así sería susceptible de generar la responsabilidad de los huelguistas y del sindicato convocante. Luego de ello será necesario advertir la concurrencia de elementos y situaciones especiales que permitan determinar la ruptura de la proporcionalidad y la producción de daños innecesarios. Aspectos que han sido recogidos en la SSTS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1990\1088) y sentencia de fecha 30 de junio de 1990 (RJ 1990\5551), en las cuales no se condena el daño no por inexistente sino porque no se acreditó la cuantía de los daños causados.

Como hemos podido advertir en la jurisprudencia española, pese a que el derecho de huelga supone una restricción al derecho a la libertad de empresa, ello no implica que anule este derecho por completo, pues el empleador, aun en el ejercicio de esta medida, puede ejecutar sus poderes para la defensa de sus intereses.

1.3. Estrategias empresariales frente a un conflicto laboral.

La manera en la que cada empresario procede a afrontar una huelga puede variar conforme a su estrategia o incluso conforme a sus intereses futuros, sin embargo, todas ellas estarán destinadas a un objetivo común y es el de mantener el proceso productivo con el mínimo impacto económico desfavorable. Y, aunque las medidas frente al conflicto puestas en marcha por el empleador pueden verse como desproporcionadas, no pueden ser ajenas a desarrollarse como una consecuencia frente a una medida que le resulta ser gravosa.

Ciertamente, puede esperarse que el empleador adopte una conducta pasiva frente a un conflicto laboral, por la situación de ventaja y poder en la que se posiciona desde el inicio de la relación laboral, empero es esa posición la habilitante para utilizar mecanismos de protección para la defensa de sus intereses. Dicho ello, repasaremos algunas actitudes que el empleador adopta frente a los conflictos de trabajo, las mismas que han sido acogidas en la legislación española, para luego determinar cuáles de ellas podrían ser compatibles con nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las primeras medidas de conflicto patronal, adoptada en el contexto español, fue el cierre patronal o *lockout* en inglés, medida a través de la cual el empleador, de manera unilateral, decide suspender las actividades de la empresa, impidiendo tanto que los trabajadores realicen sus funciones, como el ingreso al centro de trabajo, ello como medida de defensa frente a actos conflictivos irregulares o actos que resulten dañinos para la empresa, particularmente si estos subsisten durante un periodo largo.

Esta medida, además de estar contemplada en el artículo 37º de la Constitución Española, como un derecho del empresario de adoptar medidas de conflicto colectivo (Const.,1987), también se encuentra regulada en el artículo 12 del Real Decreto-ley

17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, admitiendo que esta medida puede concurrir en los siguientes casos:

- Notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas.
- Ocupación ilegal del centro de trabajo o peligro cierto de que se produzca.
- Inasistencia o irregularidades en el trabajo de tal volumen que impidan gravemente el proceso normal de producción (1977).

De allí, resulta pertinente aseverar que en un primer momento se le otorga al empleador la facultad de poder advertir que se le está generando un daño desmesurado y así poder adoptar una medida inmediata frente a este escenario, sin autorización administrativa previa, toda vez que solo bastará la comunicación a la autoridad laboral en el plazo de doce horas, la misma que posteriormente valorará los hechos para determinar la licitud de esta medida.

Por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico, esta figura del cierre patronal no se encuentra regulada, razón por la cual la Autoridad Administrativa de Trabajo no puede pronunciarse sobre la misma o determinar su existencia; pese a ello, a través del Informe 0003-2019-MTPE, ha establecido que la concurrencia de esta figura debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional, el cual evaluará si constituye el tipo penal contemplado en el artículo 168° del Código Penal, mediante el cual se tipifican delitos de atentado contra la libertad de trabajo y asociación.

Al respecto, consideramos que esta medida, más allá de verse como un acto contrario a la libertad de trabajo en el ámbito nacional, también debería ser analizada desde la óptica empresarial y considerar los motivos que podrían impulsar su adopción, como por ejemplo: el peligro inminente hacia las personas del centro de trabajo o hacia la

maquinaria del mismo o el intento forzoso de ingresar al centro de trabajo, ya que esta medida podría ser un mecanismo de defensa frente a actos conflictivos irregulares.

Otra de las modalidades y estrategias que se ha podido advertir en la jurisprudencia española y son compatibles en el contexto nacional, es la derivación de la producción propia del empleador hacia otros sujetos de la actividad productiva o la modificación de los procesos productivos en los grupos de empresas, situación que le permite hallar en otras empresas de su grupo empresarial y redes de subcontratación, neutralizadores de los efectos de la huelga y así cumplir con su programa de producción empresarial.

Dentro de la jurisprudencia española resaltan los siguientes casos: el del Grupo Prisa - SSTS 11 de febrero 2015 y el de Coca-Cola – STS 1717/2015; en ambas se concluye que el hecho que las empresas clientes deriven a otros contratistas externos, los servicios que realizaba una de las sociedades del grupo que se encuentra en huelga, vulnera el ejercicio de este derecho, ello por las siguientes consideraciones:

Existe una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista (...) y las empresas principales (...) ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores. [Énfasis añadido]

En suma, en estos casos se concluye que existe una vulneración al derecho de huelga, pues la actuación de los empresarios principales la vuelve ineficaz, en el sentido que el sistema productivo termina desarrollándose en las mismas condiciones y no se ve afectado al llegar a los consumidores sin mediar alguna dificultad, evitando que la opinión pública tome conocimiento del conflicto y sus efectos.

Un caso similar es el contenido en la STS 3657/2018, que también se desarrolla en el marco de un grupo de empresas, en el cual se reemplaza con un contratista externo, los servicios prestados por la empresa perteneciente a la sociedad que entró en huelga, supuesto que a consideración del Tribunal Supremo también constituye una vulneración del derecho de huelga.

En ese sentido y considerando estos nuevos sistemas productivos y agrupaciones empresariales, encontramos la STS 16 de noviembre 2016, en la que, al contrario de las sentencias desarrolladas en los párrafos precedentes, se señala que la empresa principal que contrató el servicio de terceros contratistas debido a que los trabajadores de la contratista estaban en huelga, no puede ser considerado contrario al derecho de huelga, dado a la inexistencia de la vinculación especial entre las empresas. Un análisis similar se realiza en la STS 23 de enero 2017 (rec. 60/2016), en la que se concluye que no hay vulneración al derecho de huelga en los casos en que los trabajadores de las empresas subcontratistas de una empresa entran en huelga y la empresa principal no cumpla con los deberes de negociación, toda vez que esta última no tiene la obligación de hacerlo, al no pertenecer los trabajadores en huelga a su plantilla.

Respecto a esta segunda modalidad, en el ámbito nacional existen disposiciones legales, en concreto sobre la tercerización de servicios y la intermediación laboral.

De esta manera, el artículo 2 de la Ley N° 29245 señala que: la tercerización es la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Asimismo, a través del artículo 7 del mismo cuerpo normativo, se establecen garantías de los derechos laborales, entre las cuales se prohíbe el uso de la tercerización para afectar los derechos colectivos de los trabajadores, ello de conformidad al artículo 4-C del D. S. N° 020-2007-TR.

Por su parte, de los conceptos desarrollados en la Ley N° 27626, en concordancia con el D. S. N° 003-2002-TR, la intermediación laboral se entiende como el contrato civil entre una empresa usuaria y una empresa de servicios, en que la primera contrata personal de la segunda para que realice trabajos temporales, especiales y complementarios bajo la dirección y fiscalización de la empresa usuaria.

En cuanto a los supuestos de intermediación laboral prohibidos, el artículo 8 de la Ley N° 27626 establece que la empresa usuaria no podrá contratar a una empresa de servicios o cooperativa, para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga.

Una tercera modalidad -y la más elemental para nosotros- es la sustitución de los huelguistas, denominada “esquirolaje”, término de origen catalán que ha sido adoptado por la doctrina a nivel internacional, la misma que a nivel supranacional es considerada como una grave violación de la libertad sindical por Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo, al señalar que es ilícito todo

acto del empleador destinado a reducir los efectos de la huelga mediante el reemplazo de los trabajadores que se encuentren adscritos a ella.

La legislación nacional, por una reciente modificatoria, proscribire esta medida, tanto en el sentido externo como en el interno, es decir prohíbe la contratación de personal ajeno a la empresa, para reemplazar a los trabajadores en huelga, así como la movilización del personal interno para cubrir los puestos de los trabajadores huelguistas, ello lo podemos advertir del artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - Decreto Supremo N° 011-92-TR, modificado mediante el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, que dispone lo siguiente:

El empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga. (...)
[Énfasis y subrayado añadido]

Sobre esta medida, en la legislación española solo se hace referencia al "esquirolaje externo", prohibiéndola inicialmente mediante el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 y completando mediante el artículo 8.a de la Ley 14/1994, que señalan expresamente lo siguiente:

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

Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria. (...)

En tanto, se deduce que la prohibición de esta medida está referida únicamente al personal que no está vinculado a la empresa, sin embargo por una creación jurisprudencial se hace extensiva la proscripción de la movilidad funcional de los trabajadores pertenecientes a la empresa con la finalidad de sustituir a los trabajadores en huelga - "esquirolaje interno".

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 123/1992 de fecha 28 de setiembre de 1992, señaló lo siguiente:

La sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. [Énfasis y subrayado añadido]

En el ámbito nacional, la Casación Previsional N° 3480-2014-Lima, señaló lo siguiente en un caso de esquirolaje interno:

Siendo la huelga un instrumento de presión por el cual los trabajadores buscan provocar una afectación a los intereses de su empleador ante la existencia de un conflicto de intereses, queda claro que la sustitución de los trabajadores en huelga, ya sea con personal interno, contratado o de

terceros, disminuirá sus efectos. Por lo tanto, toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida; asimismo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contiene las normas que prohíben el esquirolaje en situaciones de huelga, debiendo entenderse que se encuentra incluida en esta prohibición, no solo el esquirolaje externo sino también el interno. [Énfasis y subrayado añadido]

Asimismo, en las instancias administrativas, hasta antes del año 2021, se ha ido sancionando esta conducta y concluyendo que pese a no estar contemplada de manera literal en el D.S. N° 019-2006-TR – Reglamento de la Ley General de Inspecciones (en adelante RGLT), su proscripción está comprendida dentro de los actos contrarios al libre ejercicio del derecho de huelga, determinada en el artículo 25.9 del RGLT.

En ese sentido, observamos que tanto la jurisprudencia nacional y más la española han desarrollado la protección contra los supuestos de reemplazo de los trabajadores en huelga y han extendido la misma a la rotación interna que busque cubrir las funciones de los trabajadores huelguistas, considerando que en una situación normal, en la no que exista conflicto laboral, el poder de dirección faculta al empleador a realizar movilización funcional y/o geográfica de los trabajadores, sin embargo durante un conflicto en el que los trabajadores han adoptado como medida de presión, la huelga, este poder que deriva de su derecho a la libertad de empresa, se ve limitado, impidiendo que se realice este tipo de movilidad funcional o geográfica, ello porque al realizarlo se estaría minimizando indebidamente los efectos de la huelga.

A este punto resulta necesario desarrollar algunos aspectos que la autoridad inspectiva de trabajo (a excepción del Tribunal de Fiscalización Laboral) ha considerado a efectos de determinar la concurrencia de la conducta referida a la sustitución de trabajadores en huelga, para ello nos enfocaremos en dos

pronunciamientos recientes, emitidos por la Intendencia Regional de Cajamarca contra la empresa LECHE GLORIA SOCIEDAD ANONIMA - GLORIA S.A, ello sin perjuicio de desarrollar más adelante los criterios adoptados por esta autoridad, su evolución y fundamentos.

El primer caso se origina en mérito a la orden de inspección N° 1062-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, mediante la cual la Intendencia Regional de Cajamarca de la SUNAFIL dispuso el inicio del procedimiento de inspección laboral a la empresa LECHE GLORIA SOCIEDAD ANONIMA - GLORIA S.A., a fin de verificar el cumplimiento de la normativa en materia de relaciones laborales.

Este procedimiento inspectivo culminó con la emisión del Acta de Infracción N° 498 -2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, en la que se determinó la comisión de una (01) infracción en materia de relaciones laborales, por la realización de actos que impidieron el libre ejercicio del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga, hecho que se constató de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta que el SINATOG es un sindicato mayoritario de obreros en el sujeto inspeccionado, por tanto, la medida de fuerza de la huelga indefinida, debió ser acatadas por todo el personal obrero, en ese sentido, se ha identificado 17 trabajadores obreros no afiliados al SINATOG (a excepción del trabajador obrero PEDRO CASTOPE POTOSI, que se ha determinado la figura del esquirolaje que se detalla y se propone una sanción en el EXP: N.º1061-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ) y 2 trabajadores obreros de ADECCO PERU S.A, desplazados al centro de trabajo inspeccionado, que se encontraron laborando en la visita inspectiva del 04/10/2021, en puestos no autorizados, ocupados por trabajadores no autorizados, según se detalla y se individualiza en el cuadro de

OBSERVACIONES, acreditándose por tanto la conducta del sujeto inspeccionado, de restar efectividad al ejercicio del derecho a la huelga, limitando menoscabando el referido derecho, configurándose **ACTOS QUE IMPIDEN EL LIBRE EJERCICIO A LA HUELGA**, siendo una acción proscrita en el numeral 25.9 del artículo 25 de Reglamento de la Ley General de Inspecciones de Trabajo, DECRETO SUPREMO N.º 019-2006-TR.(...)

En primera instancia, mediante la Resolución de Sub Intendencia N° 599-2021-SUNAFIL/IRECAJ/SIRE, de fecha 30 de diciembre de 2021, se resolvió sancionar al administrado con una multa ascendente de S/ 93,588.00 (Noventa y tres mil quinientos ochenta y ocho con 00/100 Soles), por incurrir en la infracción descrita en el acta de infracción y acogida por la autoridad instructora.

En segunda instancia, mediante la Resolución de Intendencia N° 031-2022-SUNAFIL/IRE-CAJ, se confirma la Resolución de Sub Intendencia N° 599-2021-SUNAFIL/IRECAJ/SIRE y se hacen las siguientes precisiones, que consideramos relevantes para nuestra investigación:

La subsunción de la conducta referida a la sustitución de trabajadores en huelga (esquirolaje interno) en el numeral 25.9 del artículo 25º del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, respeta los principios de tipicidad y legalidad, toda vez que este hecho constituye una de las manifestaciones de obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga.

En ese sentido, consideramos que el tipo contenido en el numeral 25.9 contiene cláusulas de interpretación analógica, las mismas que no vulneran el *principio de lex certa* cuando el legislador establece supuestos

ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos (EXP. N° 010-2002-AI/TC).

El segundo caso se origina en mérito a la orden de inspección N° 1019-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, mediante la cual la Intendencia Regional de Cajamarca de la SUNAFIL dispuso el inicio del procedimiento de inspección laboral a la empresa LECHE GLORIA SOCIEDAD ANONIMA - GLORIA S.A, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa en materia de relaciones laborales.

Este procedimiento inspectivo culminó con la emisión del Acta de Infracción N° 485-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, en la que se determinó la comisión de una (01) infracción en materia de relaciones laborales, por la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, consistente en: haber permitido el sujeto inspeccionado el ingreso de trabajadores obreros que no debieron laborar el día 15/09/2021.

En primera instancia, mediante la Resolución de Sub Intendencia N° 575-2021-SUNAFIL/IRECAJ/SIRE, de fecha 10 de diciembre de 2021, se resolvió sancionar al administrado con una multa ascendente de S/ 93,588.00 (Noventa y tres mil quinientos ochenta y ocho con 00/100 Soles), por incurrir en la infracción descrita en el acta de infracción y acogida por la autoridad instructora.

En segunda instancia, mediante la Resolución de Intendencia N° 024-2022-SUNAFIL/IRE-CAJ, se confirma la Resolución de Sub Intendencia N° 575-2021-SUNAFIL/IRECAJ/SIRE y advertimos lo siguiente:

Como el caso anterior, esta intendencia ratificó la posición que la conducta del esquirolaje interno, se encuentra comprendida dentro del tipo infractor

contenido en el 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y respeta los principios de legalidad y tipicidad, conforme a los argumentos descritos anteriormente.

Nos llama la atención un aspecto contenido en el recurso de apelación del administrado, mediante el cual señala: *“Por tanto, pretender sancionar a la Empresa por permitir laborar a aquellos trabajadores, afiliados o no, **QUE VOLUNTARIAMENTE** decidieron no acatar una HUELGA constituye un acto arbitrario e ilegal”* [Énfasis y subrayado añadido]. Este es un argumento que se ha reproducido durante todo el procedimiento sancionador y también en algunos procedimientos seguidos a este administrado por la misma conducta (Exp. N° 446-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI, Exp. N° 388-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI, Exp. N° 449-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI), el mismo que pese a no sustentarse en prueba alguna que sostenga lo afirmado y que probablemente sea ese el motivo por el cual la autoridad administrativa no haya emitido pronunciamiento alguno, nos lleva a reflexionar una vez más que el escenario planteado para la presente investigación se suscita actualmente y que no hay pronunciamientos administrativos o incluso judiciales que se planteen si el esquirolaje puede ser ejercido por iniciativa o voluntad propia de los trabajadores no huelguistas y no del empleador.

Por último, una modalidad del esquirolaje muy interesante que ha sido consecuencia de la era tecnológica en que vivimos, es el denominado “esquirolaje digital”. Es inevitable concebir que las nuevas tecnologías no solo han modificado la forma de prestación del trabajo, sino que además han tenido repercusión en la tutela de los derechos laborales de los trabajadores.

En consecuencia, la digitalización de las empresas pareciera haber incrementado los poderes del empleador y ha colocado al trabajador en un estado de mayor vulnerabilidad, pues resulta más fácil sustituir a los trabajadores utilizando estas nuevas herramientas tecnológicas y más difícil detectar el esquirolaje.

No existe regulación alguna respecto a esta figura y esta es una tarea que tienen pendiente los legisladores a nivel nacional e internacional, sin embargo, hay algunos pronunciamientos del tribunal español que desarrollan esta figura y de los cuales se puede advertir algunas consideraciones importantes que podría adoptar nuestro ordenamiento jurídico.

La primera sentencia que aborda este tema es la STS 75/2000, de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6289), en la que de manera cuestionable, el Tribunal español sostiene que el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 solo sanciona el esquirolaje externo y únicamente como reemplazo por otros trabajadores, y no por máquinas, concluyendo que “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”.

Al contrario de la sentencia anterior, que por mucho tiempo creó erróneamente un criterio que fue seguido por los tribunales inferiores, el año 2006 mediante las sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006 y 191/2006, este organismo constitucional consideró que “*la emisión de una programación previamente grabada, dentro del horario corriente de difusión, lesionaba el contenido de la huelga, pues el carácter ‘pregrabado’ del material emitido impedía su catalogación como esencial*”. Esta afirmación se basa en el hecho de que la información pudo haber sido emitida después de la finalización de la huelga sin quebrantar el derecho a comunicar o recibir información, ya que el carácter pregrabado no era actual y no

cumplía con la exigencia del artículo 10.4 del Real Decreto- Ley 17/1977. (Grau, 2018, p. 108).

En relación a esta sentencia, el Tribunal Supremo español, en la sentencia de 11 de junio de 2012, se aparta de la misma y en la controversia que analiza, referida a la emisión de publicidad ordinaria emitida entre los programas considerados como esenciales, considera que no hubo vulneración ni lesión al derecho a huelga, toda vez que *“no hay precepto alguno que prohíba el uso de medios técnicos y automatizados en manos del empresario, de los que habitualmente dispone, para continuar con la actividad empresarial durante la vigencia de la huelga de sus trabajadores, y que esta actividad publicitaria podrá realizarse como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos”*. [Énfasis añadido]

Finalmente, la STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17), uno de los casos más sonados y destacados de la actualidad, en el cual el sindicato CGT realizó una huelga que afectaba a Radio Televisión de Madrid y sus sociedades, en la que estaban convocados todos los trabajadores del sector, ello sin haber determinado la prestación de los servicios mínimos.

En este caso, Telemadrid no emitió ninguna programación ese día, excepto el partido de la Champions League, alterando para ello el procedimiento corriente a seguir en la retransmisión del partido, empleando medios técnicos de los que eran responsables los trabajadores que no habían secundado la huelga, abarcando de esta manera tanto sus funciones como las que correspondían a los huelguistas.

El Tribunal Constitucional concluyó que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad

productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta.

Esta última consideración nos trae una conclusión importante y es que no hay prohibición alguna tanto en la legislación española como en la peruana que obligue al empleador a colaborar con la efectividad de la huelga, no obstante sí tiene la obligación de no interferir con la misma.



CAPÍTULO II

EL DERECHO DE HUELGA FRENTE A LA LIBERTAD DE TRABAJO

2.1 Derechos de los trabajadores no huelguistas en el desarrollo de la huelga.

El análisis del ámbito subjetivo del derecho de huelga resulta de especial importancia para poder determinar qué sujetos son titulares de este derecho y si el mismo es de carácter individual o colectivo. De manera que, delimitada tanto la titularidad como el ejercicio del derecho de huelga, podemos establecer el alcance de la materialización de este derecho y la determinación de aquellos trabajadores a quienes no debería afectarles la medida, para lo cual también será imperioso analizar el ámbito del derecho de huelga en los supuestos en que exista pluralidad de organizaciones sindicales.

En ese sentido, en el capítulo anterior se advirtió la concurrencia de dos posiciones contrarias respecto a la titularidad de este derecho, una que considera que el derecho de huelga es un derecho individual de cada trabajador y otra que asume que este derecho le es atribuible a un colectivo de trabajadores.

En rigor, la titularidad “*remite a la cualidad jurídica que a la persona o personas confiere el ser sujeto de un derecho subjetivo*” (Monereo, 2021, p.42), en ese sentido la primera posición considera a la huelga como un derecho fundamental del “*hombre específico*”, en el que la titularidad del derecho de huelga se le atribuirá directamente a los trabajadores, sin embargo debido a su dimensión colectiva, principalmente por la naturaleza del intereses tutelado, su ejercicio deberá ser manifestado de manera colectiva. Como bien lo precisa el profesor Carlos Blancas, autores como Giugni, Alonso García y Ojeda Avilés, manifiestan que efectivamente no se puede desconocer la titularidad individual del derecho de huelga, no obstante, el hecho que

este derecho tutele un interés colectivo y común de los trabajadores, hace que su realización debe ser colectiva, lo que implica su efectividad; sumado a ello se advierte que a partir de que la huelga conlleva a la paralización de la prestación de servicios, la titularidad recae precisamente en quien trabaja-prestador del servicio (Blancas, 2011, pp.491-492).

Por otro lado, la segunda posición le atribuye la titularidad y ejercicio del derecho de huelga al sujeto colectivo, para la cual este derecho es un privilegio de la clase trabajadora en conjunto. Autores como Romagnoli y De Ferrari concluyen que reconocer la titularidad individual del derecho de huelga desestabiliza el ordenamiento sindical, pues este derecho es una legítima acción sindical o profesional, expresada como efecto de un conflicto entre el trabajo y el capital. (Blancas, 2011, p. 491)

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el siguiente sentido:

1.1 Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada,

corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.

*No puede en absoluto decirse que el Real Decreto-Ley 17/77 esté impidiendo las llamadas huelgas sindicales. Esa conclusión no es posible desde el momento en que el art. 7 de la **Constitución reconoce a los sindicatos de trabajadores**, el carácter de organismos básicos del sistema político. De esta suerte, **en el momento actual son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas**, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de *wild strikes*, huelgas «salvajes» o *huelgas sin control sindical*. (...)” (Sentencia Tribunal Constitucional Español 11/1981) [Énfasis añadido]*

De esta manera el órgano constitucional español reconoce indudablemente la titularidad plena del derecho de huelga al trabajador, por mucho que su ejercicio sea necesariamente colectivo, siendo indispensable diferenciar la titularidad del derecho con las facultades de ejercicio del mismo (contenido dinámico del derecho). Lo cual permite concluir que la titularidad reside en el sujeto que tiene el “poder de determinar el efecto jurídico típico constitutivo del hecho jurídico de la huelga: el comportamiento abstencionista del trabajador que se ejerce como ámbito de libertad de forma colectiva y concertada y con anudado efecto suspensivo de la relación de trabajo” (Monereo, 2021, p.42).

Por otro lado, de la sentencia española antes mencionada, se puede advertir que las facultades del ejercicio del derecho de huelga pueden ser a su vez individuales y colectivas. Un sentido individual porque se le reconoce a cada trabajador la libertad

de huelga, admitiendo dos connotaciones del derecho, uno positivo que implica hacer la huelga y otro negativo, que implica no hacerla, con lo cual se asegura una democracia participativa de cada trabajador en la dinámica del proceso de la huelga. Y un sentido colectivo, por cuanto la acción es concertada y colectiva y la determinan los sujetos colectivos (sindicatos, representaciones, asambleas).

Por otro lado, en el ámbito nacional, nuestra Constitución no hace mención expresa a la titularidad del derecho de huelga, sin embargo el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, reconoció la titularidad individual de este derecho a los trabajadores, según la siguiente afirmación:

Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72 ° y 73° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N.° 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical. (...)

En relación a ello y compartiendo la precisión que hace Boza Pró, el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional no es el más óptimo, pues la determinación de la titularidad del derecho de huelga no puede realizarse a partir de normas infraconstitucionales, pues lo deseable es que su determinación se realice en base a una concepción constitucional, relacionada en el marco de un Estado Social de Derecho (2008, p.348).

A partir de lo expresado por la doctrina, las afirmaciones analizadas por el Tribunal Español y nuestro tribunal, así como lo establecido por nuestra normativa interna,

podemos concluir la indubitable titularidad individual del derecho de huelga, sin embargo no puede negarse que la efectividad de la medida y sus efectos jurídicos corresponden a un ejercicio colectivo, pues si bien es cierto, es de suma importancia la manifestación de la voluntad individual de cada trabajador para llevar a cabo la medida, no es menos cierto que sin la mayoría de voluntades, la medida sería un fracaso.

Resaltando en este sentido, el aspecto democrático de la huelga a fin de alcanzar un propósito común, siendo ello así, el problema no debe posicionarse tanto en la titularidad sino en la coexistencia de los momentos individuales y colectivos de la huelga, los cuales son complementarios y condicionados a su vez.

Asimismo, del ejercicio colectivo del derecho, se puede concluir que, en principio, los sindicatos asumen el ejercicio exclusivo del derecho de huelga como **representantes de los trabajadores**, lo que implica que un trabajador organizado sindicalmente no podría ejercer su derecho de huelga a través de asambleas o coaliciones circunstanciales, (situación que sí es admitida cuando no existen organizaciones sindicales) pues precisamente ha delegado a la organización la defensa de sus intereses, no siendo coherente que al momento del conflicto se desligue de la misma, lo cual guarda coherencia con el reconocimiento de la OIT, respecto a que *“el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”*, concepto establecido por el Comité de Libertad Sindical en los casos número: 2471 (Djibouti), 2473 (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), 2506 (Grecia), 2552 (Bahrein), 2581 (Chad), 2838 (Grecia).

No obstante, ello no quiere decir que los colectivos laborales que no tengan organizaciones sindicales están privados del derecho de huelga, pues la misma sí es

admitida atendiendo al carácter de derecho humano fundamental, con la sola exigencia de una comunidad de intereses colectivos y un límite respecto a la mayoría para la adopción de la medida.

Entonces, ya delimitada la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga, nos compete analizar a la huelga en relación a la representación sindical.

Partiremos del concepto de unicidad sindical, el cual concurre cuando el Estado impone la existencia de una sola organización sindical en un determinado ámbito, siendo estos, de conformidad al artículo 4° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – Decreto Supremo N° 011-92-TR, los niveles de empresa, grupos de empresas, actividad, gremio, oficios varios, cadena productiva; y otros. Concepto que, de conformidad al artículo 2° del Convenio N° 87 de la OIT, está proscrito, en tanto los trabajadores y los empleadores deben tener derecho a constituir las organizaciones *“que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”* (1948).

De manera que, contrario a la unicidad sindical, concurre el concepto de pluralidad sindical, que supone el reconocimiento de la existencia de varios sindicatos en un ámbito, y el derecho irrestricto de los trabajadores de elegir a qué organización sindical desean afiliarse, dependiendo de sus conveniencias o incluso el derecho de no afiliarse a ninguna de ellas.

El concepto de pluralidad sindical nos lleva a determinar dos consecuencias naturales, la existencia de un sindicato mayoritario, que no solo tendrá más afiliados respecto a las otras organizaciones sino que, además, agrupará a la mayoría de trabajadores del ámbito, y contrapuesto a ello un sindicato minoritario, los cuales se determinarán respecto al contexto y al ámbito al que estén específicamente

determinados, empero la existencia de uno de ellos no implica necesariamente la existencia del otro.

Siendo ello así, en un contexto de pluralidad sindical, el sindicato mayoritario es aquel que asume la representación de la totalidad de trabajadores en un determinado ámbito (no afiliados y afiliados a sindicatos minoritarios) y aunque así está establecido en nuestra legislación, a través del artículo 9º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y parece responder a la eficacia de la acción gremial así como a la capacidad de presión colectiva, esta postura ha sido muchas veces considerada como arbitraria y contradictoria a la libertad sindical, ya que menoscaba la afiliación a los sindicatos minoritarios. En relación a ello, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que la mayor representatividad que la legislación de un país establezca debe atender a criterios objetivos y precisos, que no conlleven a otorgar a la organización más representativa privilegios que excedan de una primacía en materia de representación en la negociación colectiva.

Ahora bien, considerando los dos conceptos antes descritos, resulta de importancia para el desarrollo de la presente investigación, precisar cuál es la implicancia de la presencia de estas organizaciones en el desarrollo de la huelga.

En ese sentido, el literal b) del artículo 73º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece lo siguiente:

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

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

Por su parte, el artículo 62° y el artículo 70° del Reglamento de la Ley, este último modificado recientemente a través del artículo 2° del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, señalan lo siguiente:

Artículo 62.- La organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, **por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea.**

La huelga declarada, observando los requisitos legales establecidos, produce los siguientes efectos:

- a) Si la decisión fue adoptada por **la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en éste.** Se exceptúan los cargos de dirección y el personal que debe ocuparse de los servicios mínimos.
- b) Si la decisión fue tomada por la **mayoría de trabajadores del sindicato,** pero no por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido, **suspende la relación laboral de los trabajadores del sindicato,** con las excepciones antes señaladas.

De no haber organización sindical, podrán declarar la huelga la mayoría de los trabajadores votantes del ámbito en asamblea.

Para los efectos de este artículo se entiende por mayoría, más de la mitad de los trabajadores votantes en la asamblea. [Énfasis añadido]

(...)

Artículo 70.- Efectos de la huelga

Cuando la huelga sea declarada, observando los requisitos legales, **todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar, no pudiendo pactarse en contrario**. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78 de la Ley, al personal de dirección y de confianza debidamente calificado y siempre que no estuviese comprendido en el ámbito de la huelga, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio. (...) [Énfasis y subrayado añadido]

Los artículos antes mencionados nos permiten concluir que la declaratoria de la huelga puede ser determinada por la organización sindical involucrada, titular del conflicto, o por la mayoría de los trabajadores del respectivo ámbito. Lo anterior condicionará su alcance, por cuanto la huelga producirá efectos respecto al colectivo que la declara, no obstante, será de alcance general respecto al ámbito, cuando la voluntad de adoptar esta medida sea a su vez, la mayoría de afiliados al sindicato mayoritario como la mayoría de trabajadores del ámbito.

Entonces, cuando los efectos de la huelga tienen alcance general, se puede observar que pese a que el sindicato y/o sindicatos minoritarios, así como los trabajadores no sindicalizados decidieran no plegarse a la huelga, igualmente se verían afectados y su posición negativa de no realizar esta medida sería irrelevante, pues de igual manera tendrían que dejar de ejercer sus labores y abandonar el centro de trabajo. Y aunque este aspecto parecería apuntar a un criterio democrático, en el que predomina la voluntad de la mayoría, vulneraría una de las atribuciones vinculadas al derecho de huelga- facultad de no ejercitar el derecho de huelga- toda vez que se les estaría

imponiendo la medida, pese a la negativa manifestada expresamente por los trabajadores.

En este primer escenario, por un mandato legal contenido en el artículo 77° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en concordancia con el artículo 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, no habría trabajadores no huelguistas, pues habría una proscripción expresa, en este último artículo, de ***pactar la continuidad de las labores***, situación que a nuestro criterio no solo menoscaba la voluntad de los trabajadores que no deciden adoptar esta medida, pues atenta contra una de las atribuciones vinculadas a la titularidad del derecho a huelga – “*facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga*” (Exp. N° 008-2005-PI/TC), sino que además, al obligarlos a abandonar el centro de trabajo se les estaría afectando la libertad de trabajo. Este primer escenario merecerá mayor análisis en el siguiente subcapítulo.

En un segundo escenario, en el que la huelga es proclamada por un sindicato minoritario o por un sindicato mayoritario, en el que la voluntad de adoptar la medida es, en número, menor a la mayoría de los trabajadores del ámbito; los efectos de la medida alcanzan únicamente a los afiliados al sindicato correspondiente y serían solo ellos quienes tendrían que abandonar el centro de trabajo. En ese escenario, a diferencia del anterior, sí nos encontraríamos con trabajadores no huelguistas, a quienes no debería alcanzarles los efectos de la huelga, por no estar inmersos en el conflicto. De manera que, respecto a ellos, sí cabe preguntarnos ¿cuáles serían sus derechos durante el desarrollo de la medida?

Como ya lo adelantamos en el capítulo anterior, nuestra legislación apunta a un modelo típico de huelga, admitiendo únicamente la modalidad consistente en el abandono del centro de trabajo y proscribire las demás modalidades, que de

conformidad al artículo 81° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, serían la paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

De este último supuesto se desprende el que consideramos es el principal derecho de los trabajadores no huelguistas: el **acceso al centro de trabajo** a prestar sus servicios.

A este punto, debemos destacar el alcance que hizo el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3311-2005-PA/TC, señalando que el *“ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador”*. [Énfasis añadido]

En ese sentido, está claro que el ejercicio de la huelga supone el respeto por los derechos de los demás, sin embargo a efectos que la medida tenga más efectividad y sea exitosa, no es ajeno pensar que los huelguistas exterioricen el conflicto a través de diferentes medios, con la finalidad de persuadir a los no huelguistas a que participen en la medida. A estas expresiones de la huelga se les define como *“piquetes”*.

Existe una controversia en la doctrina respecto a la manifestación de estas expresiones y su vinculación con el derecho de huelga, pues un sector considera que estas manifestaciones no son válidas, mientras que otro sector considera que el piquete conformaría una extensión del derecho y, por tanto, son manifestaciones válidas.

Para dilucidar ello es importante traer a consideración la posición de la Comisión de Libertad Sindical de la OIT (en adelante la CLS), respecto a los piquetes:

1. En principio, la CLS en los casos: Caso núm. 2796(Brasil) y Caso núm. 3096 (Perú), concluyó que *“Los piquetes de huelga que actúan de conformidad con la ley no deben ser objeto de trabas por parte de las autoridades públicas”*.
2. Asimismo, en los casos: Caso núm. 2668 (Colombia), Caso núm. 2792 (Brasil) y Caso núm. 2867 (Bolivia), consideró que el solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima. *“Pero es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas, actos que en muchos países son castigados por la ley penal.”*
3. Por otro lado, en el Caso núm. 3096 (Perú) la CLS consideró *“legítima una disposición legal que prohíbe a los piquetes de huelga perturbar el orden público y amenazar a los trabajadores que continúan trabajando”*.

Así también, resulta relevante señalar algunos aspectos recogidos en la legislación comparada, siendo las más importantes a nuestro parecer las de los países de Uruguay y España.

El 8 de julio de 2020, el Senado Uruguayo aprobó la Ley N° 19.889 - Ley de Urgente Consideración (LUC), mediante la cual se modificaban varios artículos de otras leyes y se incluían otros tantos, dentro de los cuales hay varios referidos a las relaciones laborales, llamando nuestra atención los relacionados al derecho a la huelga y a los piquetes que impiden la libre circulación (468, 469 y 470).

En cuanto a los piquetes, esta ley los declaraba ilegítimos cuando impedían la libre circulación de personas, bienes o servicios, en espacios públicos o privados de uso público, así también otorgaba la facultad a la fuerza pública para disolverlos; siendo estos aspectos los más controvertidos, pues el PIT-CNT, la Central Sindical Única de Uruguay, consideraba que estos artículos afectaban el derecho a la huelga, mientras el oficialismo consideraba que la finalidad de estos artículos era garantizar la libre circulación, el orden público y la tranquilidad.

Si bien es cierto estos artículos fueron derogados a través del referéndum del 27 de marzo de 2022, hay algunos aspectos interesantes que nos llaman la atención, en principio, el enfoque pacífico que se le exige al ejercicio de la huelga, lo cual implica no solo el respeto de los trabajadores no huelguistas, al permitirles el acceso al centro de trabajo, sino que además exige el respeto de los derechos de los terceros ajenos a la relación laboral, pues se tutela su libre tránsito y seguridad.

Por otro lado, la legislación española en el apartado sexto del artículo seis del Real Decreto-ley 17/1977, faculta a los *“trabajadores en huelga efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna”*, lo cual de acuerdo a los tribunales españoles se debe realizar sin coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia, respetando la libertad de trabajar de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse al ejercicio de la huelga, lo cual se reconoce en el apartado cuarto del artículo seis del Real Decreto-ley 17/1977.

Siendo ello así, se reconoce la libertad de continuar trabajando de los no huelguistas, así como la dignidad de las personas y su derecho a la integridad física y moral, ello estableciendo estos derechos como límites al derecho de huelga, conforme se señaló en sendas sentencias, dentro de las cuales resaltan las siguientes: STC 2/1982, SSTC 332/1994 y STSJ Andalucía N° 188/2004.

Para ello, es importante advertir la consideración literal que hace el Tribunal Constitucional Español en el fundamento 6º de la Sentencia 332/1994, de 19 de diciembre, según el siguiente detalle:

*El derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma (STC 120/1982), pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, pues el mismo **no incluye "... la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 15 C.E.) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma fundamental" (STC 2/1982); tampoco el derecho de huelga comprende la limitación de la capacidad de decisión de otros "mediante la coacción psicológica o moral" (STC 120/1983, AATC 71/1992 y 193/1993). [Énfasis y añadido]***

Habiendo observado la posición del Comité de Libertad Sindical y algunos aspectos que se desprenden del análisis de la legislación comparada respecto a los piquetes, como una manifestación del ejercicio de la huelga, no solo encontramos un límite a este aspecto, sino, tal como lo adelantamos en un párrafo anterior, se advierte el respeto del derecho de los trabajadores no adheridos a esta medida, a acceder al centro de trabajo y continuar laborando con la finalidad de seguir percibiendo su remuneración y los derechos laborales producto de sus respectivos contratos individuales de trabajo.

Del mismo modo, este análisis nos permite concluir la concurrencia de otros derechos atribuibles a los trabajadores no huelguistas, uno de ellos sería la libertad de tránsito,

reconocido en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (Const., 1993), a través del cual se reconoce el ejercicio del *ius movendi et ambulandi*, ello quiere decir la atribución de auto determinar el desplazamiento conforme a las necesidades dentro del territorio nacional.

Conforme lo desarrolla el profesor Landa Arroyo, se trata, en suma, de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad individual. “Más aún, deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, toda vez que se presenta como el derecho que tiene ésta para poder ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional” (2019, p. 131).

Siendo ello así, durante el ejercicio de la huelga, tampoco podría afectarse la **libre circulación** de los trabajadores no huelguistas en los espacios públicos fuera de la jurisdicción y propiedad del empleador, por más próximos que se encuentren al centro de trabajo, pues la huelga y sus expresiones no son restricciones válidas que permitan aceptar la reducción del contenido de la libertad de tránsito y por tanto no merece una protección superlativa.

En esa misma línea, también se advierte la tutela del derecho a la **integridad personal** de los trabajadores no huelguistas, derecho que está reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Constitución, y reconoce tres aspectos de la integridad: físico, moral y psíquico.

Aspectos que pueden verse vulnerados, a su vez, cuando los trabajadores huelguistas incitan con violencia a los no huelguistas a plegarse a la medida o cuando limitan su acceso al centro de trabajo.

Para ello, es necesario desarrollar brevemente el contenido de este derecho, para así entender cómo se produciría su vulneración y en qué escenario del ejercicio de la huelga se presentaría.

El Tribunal Constitucional en la STC 04903-2005-HC, desarrolla acertadamente las dimensiones del derecho a la integridad, de la siguiente manera:

En su dimensión física: (...) El derecho fundamental a la integridad personal garantiza a las personas conservar la estructura orgánica del ser humano y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc. (...).

Mientras que en su **dimensión moral**, el derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del *obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social*. Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno. (...) En efecto, *la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal* (religión, política, cultura, etc.). Debe aclararse que la integridad moral no implica la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Empero, es obvio que estos fundamentos, en caso del obrar, no deben colisionar con el orden público. (...)

Además de ello, el derecho a la integridad en su **dimensión psíquica** (...) *se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales.* Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano. En ese sentido, se considera como un atentado contra este derecho la utilización de procedimientos médicos como el llamado "suero de la verdad", que supone la aplicación de soluciones líquidas para explorar, sin expresión de voluntad, el campo del subconsciente. Asimismo, se encuentran proscritos los denominados "lavados de cerebro" o las hipnosis realizadas por vía compulsiva o no avaladas por el libre albedrío. (...) [Énfasis y añadido]

A partir de estas definiciones, podemos concluir que el carácter pacífico del desarrollo de la huelga, también busca proteger estas dimensiones de la integridad personal. En la dimensión física, se salvaguarda la integridad física del trabajador no huelguista, sobre todo en un escenario en el que los actos de los trabajadores que desarrollan esta medida se tornen violentos y se cometan actos de vandalismo.

En una dimensión moral y psíquica, se busca proteger y garantizar que los trabajadores no huelguistas no sean intimidados y violentados psicológicamente por no haberse plegado a la medida de huelga, asimismo implica reconocer su voluntad negativa de no adoptar esta medida y no ser coaccionados o intimidados para que cambien su postura y decisión respecto al conflicto, más aún si no causa efecto alguno sobre su relación laboral.

Las consideraciones antes señaladas nos han podido ayudar a advertir tres derechos que tienen los trabajadores no huelguistas en el desarrollo de la huelga: el acceso al

centro de trabajo que está ligado a la libertad de trabajo, el libre tránsito reconocido al trabajador como ciudadano y la integridad personal en un sentido amplio, derechos que más que entenderlos como límites al ejercicio del derecho de huelga, deben entenderse en un contexto de respeto a los derechos de terceros.

Si bien es cierto que estos aspectos no han sido atendidos de manera específica en nuestra legislación ni por nuestro Tribunal Constitucional, es de suma importancia considerarlos, pues los mismos implican una concepción más amplia del derecho de huelga respecto a otros derechos fundamentales que se pudieran ver involucrados como consecuencia de la exteriorización del conflicto entre trabajadores y empleadores.

2.2 La libertad de trabajo y el derecho de huelga.

En principio, debemos señalar que el derecho a la libertad de trabajo está reconocido en el inciso 15 del artículo 2º de la Constitución, cuando precisa lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho: (...) a trabajar libremente con sujeción a ley”*, y de conformidad a los parámetros establecidos por nuestro Tribunal Constitucional a través del Exp. 008-2003-AI/TC, este derecho se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad auto determinativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

Es así que el derecho a la libertad de trabajo, así como los demás derechos fundamentales, se funda en tres aspectos: el primero, está referido a la dignidad propia y natural de la persona humana, el segundo a sus facetas positiva y negativa y el tercero a su reconocimiento expreso de la Constitución, la cual le brinda una eficacia inmediata que no desvirtúa su plena juridicidad.

Según las consideraciones de la profesora María Revuelto Martínez, citada por Quiñones Infante (2007), *“la libertad de trabajo está íntimamente relacionada con el respeto que el Estado proclama en las normas constitucionales a las libertades en general, así: la libertad personal, el respeto a la propiedad privada, la libertad ideológica, etc”*; pero a su vez, también estará íntimamente ligada con la pretensión de igualdad entre los individuos, ello con la finalidad que las libertades sean reales y efectivas (p.54).

Ahora, corresponde establecer el contenido, alcance y límites de este derecho, para lo cual será necesario determinar su ámbito subjetivo, objetivo y temporal.

Respecto al ámbito subjetivo, podemos señalar que el titular del derecho al trabajo o sujeto activo, comprende a los trabajadores en un sentido amplio, ya sean estos por cuenta propia y ajena, ello sin olvidar que varias manifestaciones del derecho les serán atribuibles en su mayoría a los trabajadores subordinados. Y respecto al sujeto pasivo, podemos señalar que quienes hacen frente a las obligaciones referidas a la libertad de trabajo, en principio es el Estado como autoridad garante de los derechos humanos y a su vez también es el empleador, como aquel que aprovecha la fuerza laboral y en una relación laboral ostenta mayor poder respecto a sus trabajadores.

Respecto al ámbito objetivo, el contenido esencial de la libertad de trabajo, constitucionalmente protegido, se determina en la libertad de toda persona a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar o no un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo. (Exp. N° 4058-2004-AA/TC).

En relación a ello, conviene señalar que el punto neurálgico del contenido esencial de la libertad de trabajo, se desprende de la concepción propia de libertad, en la que no concurra coacción u obligación de terceros a hacer o no hacer, concretándose la siguiente fórmula: *“no impedir / no obligar con relación al trabajo”* (Quiñones, 2007, p. 65).

Respecto al ámbito temporal, la libertad de trabajo se manifiesta en tres momentos: al inicio de la relación laboral, en la ejecución de la relación laboral y en la extinción de la misma.

Al inicio de la relación laboral, se manifiesta en la autodeterminación de la persona al elegir y ejercer una actividad productiva como medio de subsistencia y de desarrollo personal.

En palabras del maestro Javier Neves, en la fase inicial de la relación laboral la libertad de trabajo le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: “la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar en favor de quién” (2001, p. 24).

En contraparte, en la extinción laboral, es decir la fase final del mismo, el derecho a la libertad de trabajo consiste en reconocer el derecho del trabajador a dejar el empleo por su propia voluntad. En ese sentido Carlos Blancas, afirma que “en el momento final de la relación laboral, la libertad de trabajo se contraponen a cualquier decisión de una autoridad o empleador que pretendiera obligar al trabajador a permanecer laborando contra su voluntad” (2002, p. 271).

Del mismo modo que en la fase anterior, la facultad del trabajador de extinguir la relación laboral, responde a la manifestación de la voluntad propia del ser humano, en la que auto determina dejar de ejercer una actividad productiva, siendo su manifestación el acto unilateral de la renuncia.

Y por último, respecto al ámbito temporal de la libertad de trabajo, nos corresponde analizar este derecho durante la ejecución de la relación laboral y su vinculación con el ejercicio del derecho de huelga.

Un sector de la doctrina, en concordancia con nuestro Tribunal Constitucional, define el contenido de la libertad de trabajo, durante la relación laboral, como el derecho de

los trabajadores a no estar impedidos a elegir y ejercer una actividad laboral diferente y adicional a la que ya vienen ejecutando.

Se tutela, de este modo, el pluriempleo, el cual a criterio del Tribunal Constitucional en la sentencia contenida en el Expediente N° 440-97-AA/TC, consiste en la “libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que pudiera desarrollar, para su realización personal”.

Por tanto, un aspecto negativo de la libertad de trabajo en su fase de desarrollo de la relación laboral, sería el impedimento de que el trabajador esté relacionado únicamente a un trabajo.

No obstante a este reconocimiento como un aspecto de la libertad de trabajo durante la relación laboral, consideramos que también tiene otro reconocimiento y está relacionado a legitimar el derecho del trabajador a ejercer plenamente su actividad laboral sin sufrir ningún tipo de injerencia, sean estas externas o internas por parte del empleador o incluso de sus pares trabajadores, que le impidan ejercer las labores pactadas.

Siendo ello así, nos remitimos a una observación que realizamos en el sub capítulo precedente, la cual estaba referida a los efectos de la huelga, en el caso que estos afecten a la totalidad de trabajadores de la empresa y esta situación se produce cuando la declaratoria de huelga la realiza un sindicato mayoritario y los afiliados que votaron a favor de la realización de la huelga, además de ser la mayoría dentro del sindicato, son a su vez la mayoría de trabajadores de la empresa.

En este caso, advertimos que pueden existir trabajadores pertenecientes al sindicato mayoritario que votaron en contra de la realización de la huelga, pero sin embargo, al haberse adscrito a este sindicato para la defensa de sus intereses, resulta razonable

que la huelga los afecte por un aspecto democrático en relación a la voluntad mayoritaria de sus otros compañeros afiliados.

No obstante, existen otros trabajadores no sindicalizados a los que no se les requirió expresar su voluntad respecto a la realización de la medida, entonces respecto a ellos consideramos que no resulta razonable que la medida les afecte, más aún si la misma implica la suspensión de los efectos de sus contratos individuales de trabajo, entre ellos la percepción de su remuneración.

Es en este sentido que consideramos que se ve vulnerada la libertad de trabajo, así como también se ve vulnerada una atribución vinculada a la titularidad del derecho a huelga, que está referida a la facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga, como expresión de la voluntad del trabajador.

Entonces, la libertad de trabajo se verá vulnerada en el ámbito temporal, específicamente en el transcurso de la relación laboral, porque a nuestro criterio no puede entenderse la libertad en sentido amplio, si no hay ausencia de coacción, la cual se puede manifestar a través de un **impedimento**, pues no se permite que el trabajador no afiliado al sindicato mayoritario exprese su voluntad de adherirse o no a la medida, o de una **obligación impuesta** al trabajador, pues se le obliga a soportar los efectos de la medida.

Por tanto, la libertad de trabajo debe actuar negativamente, rechazando la imposición al trabajador de no realizar sus funciones derivadas de su contrato de trabajo y también de soportar las consecuencias que conlleva la medida, traducidas en la suspensión de todos los efectos de sus respectivos contratos individuales de trabajo, inclusive la percepción de su remuneración.

Conviene detenernos en este punto y aclarar que entre la libertad de trabajo y el derecho de huelga no debería existir un conflicto como derechos fundamentales, siendo innecesario aplicar un test de ponderación, pues una huelga no es un litigio, donde se comparen estos derechos y se determine cuál reviste de mayor importancia y jerarquía respecto al otro por tener más peso.

Por el contrario, creemos que ambos derechos coexisten perfectamente en el ordenamiento jurídico, respetando sus respectivos contenidos constitucionalmente protegidos, así como también ambos coexisten con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.



CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN LOS ACTOS DE SUSTITUCIÓN INTERNA DE LOS HUELGUISTAS.

3.1 Manifestaciones del esquirolaje interno (con indicación empresarial y sin indicación empresarial – esquirolaje interno “impropio”).

Conforme ya se adelantó en el primer capítulo, existe una variedad de formas de resistencia del empleador frente a la huelga, las cuales son diferentes en su modalidad, sin embargo, todas ellas están destinadas a un mismo objetivo: evitar que la paralización colectiva afecte la producción empresarial.

En estas formas de resistencia es donde el empleador hace evidente el uso de sus facultades como titular de la actividad productiva.

La forma de resistencia elemental para esta investigación consiste en el reemplazo de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la empresa que no secundaron la paralización, denominada por la doctrina como “esquirolaje interno”.

La definición expresa de esta figura no está regulada como tal en ningún ordenamiento jurídico; la construcción de la misma se ha desarrollado a partir de un concepto histórico y social que ha sido adoptado posteriormente por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Esta falta de definición legislativa es la que nos lleva a plantearnos una primera interrogante, relativa a la titularidad de la acción de sustitución, porque *prima facie* se entiende que la misma es únicamente desarrollada por disposición del empleador, cuando se puede advertir que hay contextos en los que la titularidad la asumen los trabajadores no huelguistas, espontáneamente.

En ese orden de ideas, en primer lugar, debemos remitirnos a la acepción de la palabra *esquirolaje*, que, según la RAE, tiene como raíz el catalán *esquirol*, proveniente de *L'Esquirol*, una localidad ubicada en la parte nororiental de la comarca de Osona de la provincia de Barcelona, de la cual procedían obreros que a fines del siglo XIX, ocuparon el puesto de trabajo de los trabajadores de la localidad de Manlleu, durante una huelga

Así, a partir de este hecho, el acto de sustitución de trabajadores huelguistas, es denominado “esquirolaje”.

Bajo esta premisa, la doctrina y los altos tribunales han ido construyendo esta figura, contrapuesta al derecho de huelga, que en todas sus dimensiones trata de desvirtuar los efectos de esta medida.

La jurisprudencia trata de esclarecer el concepto del esquirolaje interno y consolida la doctrina respecto a ello.

Una sentencia relevante y de gran importancia es la sentencia española 123/1992 de 28 de septiembre. El escenario se desarrolla en la empresa Compañía Envasadora, Loreto Sociedad Anónima, en la cual se realizó una huelga legal en fecha 18 de julio de 1986, secundada por trabajadores fijos discontinuos y desestimada por trabajadores fijos de planilla, entre ellos directivos y administrativos, que decidieron no adherirse a la medida.

El empleador toma la decisión de sustituir a los trabajadores huelguistas con los trabajadores no huelguistas, los mismos que atendieron esta disposición voluntariamente pese a ostentar puestos de inferior categoría profesional.

Esta acción sustitutoria fue considerada por los trabajadores huelguistas como vulneradora del derecho de huelga, razón por la cual interpusieron una demanda de

conflicto colectivo ante la Magistratura de Trabajo núm. 8 de Sevilla, cuando en vía administrativa la Inspección de Trabajo se declaró incompetente para resolver el cuestionamiento.

Este organismo judicial declaró lícita la sustitución, basando su decisión en que *“lo único que prohíbe el Real Decreto-ley 17/1977 (LA LEY 382/1977) es la sustitución con trabajadores no vinculados a la empresa y, por tanto, nadie puede prohibir otra cosa porque lo que la ley no prohíbe lo permite”*, posición que fue confirmada por el Tribunal Central de Trabajo y fue analizada por el Tribunal Constitucional Español. [Énfasis añadido]

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español empieza determinando algunas consideraciones sobre el derecho de huelga; en primer lugar, sitúa este derecho en un ámbito de conflicto y entiende que, desde esa óptica, deben ser examinadas las conductas de las partes; asimismo, asume que uno de los fines del derecho de huelga es generar algún perjuicio en los intereses empresariales. Por último, determina que este derecho tiene preeminencia respecto a otros derechos, reduciéndolos, anestesiándolos o paralizándolos, como es en el caso de la potestad directiva del empresario, mediante la cual puede movilizar internamente a su personal (vertical, horizontal o geográficamente).

Determinado lo antes mencionado, el Tribunal Constitucional desestima la legitimidad del esquirolaje interno, rechazando su admisión en mérito a una interpretación contraria de la prohibición explícita únicamente del esquirolaje externo realizada por el artículo seis del Real Decreto-ley 17/1977, sustentada en una perspectiva de la libertad, en la que lo que no está prohibido expresamente por la Ley se considera permitido; no obstante, en un escenario de conflicto, en el que la huelga es un instrumento de presión, esta acción de sustitución anularía el

derecho a huelga y atentaría contra su finalidad. Del mismo modo, esta acción de sustitución tampoco se puede amparar en la potestad directiva del empresario, ello porque la misma está establecida en un contexto normal o excepcional de la relación laboral, porque lo que en un contexto de conflicto-huelga, esta potestad constituirá un ejercicio abusivo del derecho del empresario, porque privaría de efectividad a la huelga como medio de presión.

El análisis y lógica desarrollados por el Tribunal Constitucional Español, en esta sentencia, se replica y sirve de fundamento en casos posteriores. Sin embargo, también nos aproxima a un concepto importante, y es que este órgano constitucional español asume *prima facie* que el esquirolaje interno es consecuencia únicamente de la potestad directiva del empleador, de una intervención o iniciativa activa de su parte, primer alcance que, lo veremos más adelante, no se suscita necesariamente.

Asimismo, uno de los casos relevantes que sigue la línea de razonamiento de la sentencia anterior, es la STS de 6 de junio de 2014, la cual analiza la sustitución, a partir de una huelga convocada por la Unión General de Trabajadoras y Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y otros sindicatos, para los días 5, 15 y 19 de setiembre de 2008 en el ámbito de la Dirección Ejecutiva de Estaciones de Viajeros en la empresa Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

En este caso se estableció como servicio mínimo, solo a un trabajador para realizar funciones de información, megafonía y tele indicaciones, en un lugar de información denominado "Centro de Viajes", sin embargo, antes de la huelga se dispuso solo la venta de billetes de salida del AVE (Alta Velocidad Española), para lo cual, durante el desarrollo de la medida, algunos trabajadores de rango superior y directivos se situaron en el "Centro de Viajes" con la finalidad de admitir el

ingreso solo a aquellos usuarios que adquirieran billetes de venta inmediata del AVE.

Esta actitud adoptada por los trabajadores de rango superior y otros directivos es considerada como esquirolaje interno por el Tribunal Superior de Justicia, precisando una idea interesante, centrada en que las funciones realizadas por estos trabajadores no son, en ningún caso, las funciones que usualmente realizaban, menos aún resultaban necesarias para garantizar la seguridad, por lo tanto, resultaba evidente que estos actos estaban destinados a aminorar las consecuencias de la huelga legalmente convocada.

Siguiendo la línea jurisprudencial, resulta necesario remitirnos al contexto nacional y advertir cómo nuestra jurisprudencia define el esquirolaje interno. Como ya se mencionó de manera sucinta en el primer capítulo, la Casación Previsional N° 3480-2014 es el pronunciamiento más importante a nivel judicial, porque considera que toda aquella medida que tenga como finalidad reducir o eliminar los efectos de la huelga legítima está proscrita, quedando dentro de este supuesto tanto el esquirolaje interno como el externo.

Este proceso contencioso tiene como hecho controvertido la sustitución interna de trabajadores huelguistas realizada por la empresa San Martín Contratistas Generales S.A, el cual fue determinado como un hecho constitutivo de una infracción administrativa mediante el acta de infracción N° 482-2011-MTPE/1/20.45.

Por ello, su pronunciamiento inicia vinculando la acción descrita en el numeral 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo - D.S. N° 019-2006-TR - con el derecho de huelga, señalando que todos los actos que impidan el libre ejercicio de este derecho o busquen reducir o limitar sus efectos son contrarios al

contenido esencial del derecho de huelga, entendiendo que esta infracción administrativa comprende a las movilizaciones internas del personal realizadas por el empleador o a cualquier otro acto análogo del mismo con igual finalidad.

Por su parte, en la casación previsional antes señalada, el juez supremo Arias Lazarte emite un voto singular, adhiriéndose a la decisión pero haciendo algunas precisiones en la justificación realizada en la ponencia: por un lado señala que la finalidad del derecho de huelga se relaciona con el perjuicio a los intereses del empleador y allí radica su efectividad, por lo que la protección a este derecho, no puede ser otra que la prohibición de cualquier tipo de actuación empresarial que tenga como finalidad privar de efectividad a la huelga.

En esa línea, a fin de dar una aproximación del esquirolaje, estima que esta acción *“siempre consistirá en el ejercicio irregular del ius variandi, que supone que el empleador recurre a un personal (sea interno o externo) para sustituir a los trabajadores en huelga (a través del cambio de funciones, rotación o la extensión de la jornada), con la finalidad de que se minimice o excluya los efectos de la huelga.”* [Énfasis añadido]

Por otro lado, en el marco de la inspección laboral, considera que la infracción contenida en el numeral 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, tiene una lista abierta, ejemplificativa de supuestos de actos contrarios al ejercicio de la huelga, por lo que el esquirolaje interno también sería un supuesto prohibido contenido en este numeral.

Los dos casos jurisprudenciales antes desarrollados, la Sentencia Española 123/1992 de 28 de septiembre y la Casación Previsional N° 3480-2014, fueron la base de sus respectivas jurisprudencias, para determinar que la sustitución de

trabajadores que ejercitan la huelga por trabajadores propios de la empresa, es un acto contrario al derecho a huelga, no obstante como se advirtió en un párrafo anterior, ambos razonamientos llevan a determinar que este acto de sustitución solo podría ser ejercido por el empleador o empresario, haciendo un ejercicio abusivo de sus facultades derivadas del *ius variandi*; argumento que resulta razonable, en primera línea, porque a quien están destinados los efectos de la medida de presión es hacia el empleador y es él justamente quien trata de menguar o anular el daño.

No obstante, no debe perderse de vista que la huelga trae consigo efectos no solo para las partes involucradas en el conflicto, sino que además involucra a los trabajadores no huelguistas que decidieron no secundar la medida, es por ello que estos trabajadores podrían verse perjudicados y sería ese menoscabo el que los impulsaría a ser titulares de la acción de sustitución de los trabajadores huelguistas.

Es esta figura la que planteamos en la presente investigación y la denominamos como “esquirolaje interno impropio”, porque la disposición para desarrollar las acciones de parte de los no huelguistas no surge de la iniciativa del empleador, en el ejercicio de sus facultades, y porque se ejercitaría como consecuencia de evitar el daño colateral que les produciría el ejercicio del derecho de huelga.

Para determinar las situaciones en las que se produciría este supuesto, debemos considerar los aspectos en los se podría ver perjudicado el trabajador no huelguista.

El más importante está relacionado a la remuneración, el segundo aspecto se relaciona con la ocupación efectiva del trabajador y el tercero con la dificultad de reactivar la actividad productiva paralizada; a ello también se podría añadir una situación que no está ligada a un perjuicio, sin embargo, configuraría un esquirolaje

interno “impropio” y es que el acto de sustitución únicamente tendría sustento en la liberalidad, en la sola expresión de su voluntad del trabajador no huelguista.

Con la finalidad de analizar estos aspectos resulta necesario entender de manera precisa la organización de las empresas y los rasgos generales de su proceso productivo, el mismo que si bien es cierto tiene particularidades según sea la actividad específica desempeñada, comparte fundamentos básicos.

En ese sentido, resulta muy importante entender que una empresa es un “conjunto de elementos o factores humanos, técnicos y financieros, localizados en una o varias unidades físico-espaciales o centros de gestión y combinados y ordenados según determinados tipos de estructura organizativa” (Bueno, 2004, p. 47).

Una empresa necesita la concurrencia de instrumentos esenciales para el desarrollo de la actividad planeada a desarrollar, así las teorías clásicas hablan de tres elementos: la tierra, como conjunto de recursos naturales esenciales; el trabajo, entendido como labor destinada a crear bienes o prestar servicios en una empresa; y el capital, entendido como el patrimonio empresarial.

Por otro lado, cuando nos referimos al proceso productivo de una empresa, debemos señalar que el mismo está conformado por un conjunto de transformaciones productivas, necesariamente interrelacionadas entre ellas, de manera que el producto o servicio obtenido en la fase del proceso forma un recurso necesario para la siguiente fase.

De lo dicho anteriormente, podemos advertir que en el proceso productivo de las empresas concurren diferentes factores, aquellos que no proceden de una operación previa, que vendrían a ser factores primarios y otros que son resultado de una operación de transformación anterior al proceso de producción, estos integran la

producción intermedia, porque no se ha logrado su perfeccionamiento y se hallan entre dos operaciones sucesivas de transformación (Ibarrondon, 2002, p.32).

Es este concepto del que parte nuestro razonamiento al trasladarlo al ámbito laboral y relacionarlo con el elemento de la remuneración, por cuanto existen empresas que manejan incentivos laborales económicos como reconocimiento a ciertos logros trazados por la organización, traducidos no solo en mejores resultados para la empresa, sino que además implica que los trabajadores perciban un monto adicional a la remuneración convenida con el empleador por la consecución de los logros obtenidos.

Este sistema de incentivos económicos usualmente se aplica a todo nivel empresarial y se define en mérito a las labores específicas de cada área y en muchos casos dependerá del resultado de un trabajo en conjunto, por tanto, para que cada trabajador obtenga este incentivo, será necesario que cada quien realice una labor específica previa y le permita a otro trabajador, en base a ese resultado, realizar la actividad que le corresponde.

Por lo que, en un contexto de huelga, en el que los trabajadores huelguistas paralizan sus labores y se desligan temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, la ausencia de este trabajo productivo puede terminar afectando a los trabajadores no huelguistas al momento de percibir algún incentivo pecuniario, para el cual se requiriera de la realización de una producción o rendimiento colectivo. Este sería entonces un escenario que motivaría a los trabajadores no huelguistas a sustituir espontáneamente a sus compañeros en huelga, asumiendo en lo posible las tareas que normalmente están asignadas a aquellos, acto que estaría motivado por iniciativa propia de los trabajadores sin intervención directa del empleador para su

desarrollo. Conjunto de acciones que nos animamos a denominar como configuradores de un “**esquirolaje interno impropio**”.

En otro sentido, el segundo aspecto que podría motivar este **esquirolaje interno “impropio”**, está relacionado con la ocupación efectiva de los trabajadores no huelguistas.

Para analizar este supuesto, debemos desarrollar qué se entiende por ocupación efectiva y su relación con otros derechos fundamentales en la relación laboral.

En ese sentido, el maestro Neves refiriéndose a los límites del poder de dirección en la subordinación, señala lo siguiente:

Las órdenes impartidas no pueden vulnerar el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad, etc. De este modo, sería manifiestamente arbitrario exigirle al trabajador la realización de una tarea que pusiera en peligro su integridad física o moral, como operar sofisticados equipos eléctricos si no cuenta con la preparación o los implementos para hacerlo. Pero, también lo sería no otorgarle ninguna labor, lo que provocaría humillación y descalificación. En este último caso se faltaría al derecho que tiene el trabajador a la ocupación efectiva (2009, p.37). [Énfasis añadido]

Así, la ocupación efectiva de un trabajador está ligada al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, porque el trabajo implica la realización individual del trabajador y su desarrollo en una esfera externa en la que pueda expresarse libremente. A este punto, es importante señalar que la Constitución Política del Perú, en su artículo 22°, reconoce que el trabajo es la base del bienestar social y es un medio de realización de la persona (Const.,1993).

Ahora bien, en un contexto de huelga y en un sistema productivo empresarial, en el que el desarrollo de las actividades dependen entre sí, la carencia de ocupación efectiva de los trabajadores no huelguistas, puede verse justificada por la finalidad de la medida, no obstante esta inactividad puede impulsar a los trabajadores no huelguistas a ocuparse en un actividad diferente durante la jornada laboral a la cual están obligados a asistir, pues respecto a ellos los derechos y deberes emanados del contrato de trabajo no se han suspendido.

En cuanto al tercer aspecto que motivaría el **esquirolaje interno “impropio”**, corresponde señalar que indefectiblemente la huelga causa un daño legítimo al sistema productivo, por lo que al procurar que el mismo se reactive en las condiciones normales, implica un esfuerzo adicional no solo por los huelguistas, sino también por los trabajadores que no secundaron la huelga. En ese entender, la sustitución encuentra este sustento, en tanto los trabajadores no huelguistas no asuman este esfuerzo añadido, producto de la paralización de sus compañeros.

Finalmente, el último supuesto para el desencadenamiento del **esquirolaje interno “impropio”**, solo tendría sustento en la decisión del trabajador, ya sea por afinidad o consideración con el empleador, por ejemplo, podría realizar actividades que previamente realizó como refuerzo a un servicio en una situación de desbordamiento de trabajo o podría realizar actividades que no impliquen mayor especialización o preparación.

Habiendo determinado esta forma de esquirolaje interno, en la que no hay una disposición u orden directa del empleador a través del ejercicio del *ius variandi*, cabe preguntarnos si este acto de sustitución le puede ser atribuido al titular de la empresa y por ende, resultar este como responsable del hecho vulneratorio al libre ejercicio del derecho de huelga, pese a no ser autor o propulsor original del acto.

A fin de dilucidar este panorama y proponer nuestra posición, desarrollaremos dos conceptos esenciales, el primero está relacionado a las facultades del empleador como titular de la organización productiva y el segundo, a la vinculación del empleador con la exigencia de respetar los derechos fundamentales del trabajador como persona.

En relación al primer concepto, resulta importante analizar el elemento distintivo de la relación laboral, la subordinación, y partir de la premisa de la importancia que este elemento implica para la configuración de la relación jurídica entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla (Neves, 2009, p. 35).

Y como bien apunta Carlos Blancas citando a Mario de la Cueva, existe un doble aspecto en el elemento de la subordinación: una facultad jurídica del empleador de dictar lineamientos, instrucciones u órdenes para alcanzar los fines de la empresa y una obligación del trabajador de cumplir estas disposiciones (Blancas, 2013, p. 98).

De tal manera, en toda relación laboral va a desplegarse el poder de dirección del empleador, el cual está conformado por varias facultades, que básicamente se van a resumir en las siguientes: facultad sancionadora, ordenadora, normativa, de variación y de control y vigilancia.

La facultad sancionadora o llamada también disciplinaria, es la potestad del empleador de sancionar los actos del trabajador que constituyan faltas en la prestación del servicio, faltas que se concentran en la acción u omisión del trabajador que causa un perjuicio al empleador, ya sea en la producción, en la organización interna o en la disciplina de la empresa.

Naturalmente, esta facultad se ve traducida en la imposición de medidas disciplinarias, que si bien es cierto buscan corregir la conducta del trabajador, implican consecuencias negativas para el trabajador. Para ello será necesario observar la gravedad de la conducta, el perjuicio ocasionado y la reincidencia, siempre atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, esta facultad también supone la instauración de un procedimiento para determinar la responsabilidad en la falta, el cual no solo le dará al trabajador la posibilidad de defenderse sino que, además, le permitirá al empleador investigar y evaluar integralmente la conducta.

La facultad ordenadora implica la administración y organización eficiente del trabajo humano en la empresa y para ello es indispensable que el empleador dicte órdenes específicas para la ejecución del servicio, las cuales obedecerán a cada actividad en particular, al área determinada y la funcionalidad.

Estas órdenes solo alcanzan al ámbito laboral y se proscribe su extensión hacia aspectos propios de la vida personal de los trabajadores, ello entendiendo que el poder de dirección del empleador solo vincula al trabajador en la relación laboral, de manera que si las órdenes dictadas por el empleador trascienden estas fronteras, el trabajador puede desobedecerlas y omitir su deber de obediencia (*ius resistentiae*).

La facultad normativa permite al empleador emitir normas internas con la finalidad de obtener un adecuado desarrollo de la prestación laboral, estas normas suponen directrices en cuanto a la organización de la empresa, su funcionamiento, funciones y deberes del trabajador, así como todo aspecto relativo a la relación laboral.

Debido a la importancia que involucra la emisión de estas disposiciones en el desarrollo de las actividades, el empleador está obligado a poner en conocimiento del trabajador cada instrumento normativo emitido, ya que solo así podría exigir su cumplimiento.

La facultad de variación o *ius variandi* mencionada en los párrafos anteriores, se entiende como la potestad del empleador de introducir cambios en el modo y forma de la prestación laboral, siempre que los mismos sean razonables y atiendan las necesidades de la empresa. Estos cambios no deben perseguir un fin ilícito y por ningún motivo podrán causar detrimento en los derechos fundamentales de la persona, es decir el ejercicio de esta facultad impone al empleador la obligación de actuar con buena fe.

Nuestro ordenamiento jurídico no define la estructura del *ius variandi*, sin embargo la doctrina lo hace acertadamente, Elmer Arce clasifica esta facultad en: *ius variandi común o habitual*, *ius variandi esencial* y *ius variandi extraordinario*.

El *ius variandi* común o habitual, lo define como la facultad de introducir cambios o modificaciones accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya pactada. Respecto del *ius variandi* esencial, señala que se trata de modificaciones esenciales o sustanciales del contrato de trabajo. Y respecto al *ius variandi* extraordinario, manifiesta que se trata de modificaciones sustanciales o esenciales, tomadas en situaciones extraordinarias, excepcionales o de emergencia (Arce, 2013, pp. 452-456).

La facultad de control y vigilancia es una característica inherente de la relación laboral subordinada, se le reconoce al empleador por ser acreedor de la prestación

laboral y está orientada a verificar el cumplimiento de las disposiciones impartidas, esto es, que el trabajador cumpla con sus obligaciones y deberes.

Evidentemente, poco sentido tendría que el empleador dicte órdenes y no disponga de un sistema de tutela y garantía de estas órdenes o directrices.

Esta facultad *per se* no siempre implica un carácter fiscalizador del empleador, habrá que tomar en cuenta la intensidad del control, toda vez que un sistema de control de ejercicio rutinario y regular en la dirección y organización de la empresa, no será lo mismo que un sistema adoptado para verificar la veracidad de indicios de un incumplimiento del trabajador.

En ese sentido, Gemma Fabregat señala que el sistema de control ordinario o rutinario tiene la finalidad de verificar de manera regular que las órdenes normales se cumplan sin incidentes, es decir, que la empresa funcione con normalidad, caso contrario sucede con un control extraordinario, en el que se implementa un sistema específico con un objetivo determinado.

Como regla general estos sistemas no deben vulnerar los derechos fundamentales del trabajador y deben seguir el triple juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad sensu estricto; idoneidad para la finalidad declarada, necesaria e imprescindible para amparar los intereses en juego y genere más beneficios a la empresa en general que daño (Fabregat, 2016, pp. 22-23).

Delimitadas las facultades del empleador como titular de la organización productiva, ahora corresponde definir concretamente cuál es la vinculación del empleador con los derechos fundamentales del trabajador como persona.

La cuestión a aclarar es la relativa al ejercicio de los derechos humanos en el ámbito de la relación laboral; en un primer aspecto la vinculación negativa con el

empleador no traería controversia alguna por cuantos los derechos fundamentales son ejercidos por el trabajador en su calidad de ciudadano y no necesitan de la conducta del empleador para su ejercicio.

Sin embargo, una situación diferente ocurre cuando el ejercicio de los derechos fundamentales se haga valer frente al empleador en el desarrollo de la relación laboral, ello porque su ejercicio podría colisionar con el poder directivo del empleador o implicar cambios en la prestación del servicio.

En ese sentido, el límite para el ejercicio de los derechos fundamentales será el contrato de trabajo, porque en base a las condiciones pactadas en ese documento, el trabajador verá limitado el ejercicio de sus derechos fundamentales, no obstante la limitación deberá ser razonable y encontrar sustento en el interés legítimo del empleador. Por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad y la imagen propia, se ven limitados cuando el empleador instaura un código de vestimenta, cuando emite disposiciones relativas a la exhibición de tatuajes o cuando determina cuál es la forma adecuada de presentación de un trabajador para desarrollar sus funciones (cabello recogido, sin barba, uñas cortas, etc).

Cabe señalar que este límite únicamente cederá cuando la dignidad del trabajador esté de por medio.

Ahora bien, delimitados estos dos conceptos, pasaremos a determinar cómo se vinculan con el desarrollo del esquirolaje interno “impropio” y si el mismo puede ser atribuido al empleador.

Indudablemente, el ejercicio de la huelga implica un impacto negativo en el empleador, especialmente en los objetivos trazados por la empresa, ya que el capital humano es la pieza principal en la producción y en la organización de cada empresa.

Entonces, será muy importante considerar el efecto de la huelga en relación a la cantidad de personas que deciden secundar la medida, pues no será lo mismo que la paralización la adopte la totalidad de trabajadores de un sindicato mayoritario o que la adopte la totalidad de trabajadores de un sindicato minoritario, por lo que la intensidad del daño lícito que busca causar la huelga dependerá del número de trabajadores que suspendan sus servicios respecto al universo de trabajadores de la empresa.

Ello está relacionado con el esquirolaje interno “impropio”, porque la acción de sustitución también estará supeditada a la cantidad de trabajadores huelguistas y el daño causado, es decir los trabajadores no huelguistas podrán sustituir las acciones de los huelguistas en la medida que eso sea factible en proporción. Pero, si los trabajadores huelguistas superan en un número considerable a los no huelguistas, no podría esperarse que se cubra la totalidad de sus funciones, asimismo el efecto de la sustitución sería mínimo respecto al daño que generaría la huelga.

Este aspecto es importante porque cuando el efecto de la sustitución es mínimo, resultaría difícil para el empleador poder detectarlo, pero si la acción de sustitución implica anestesiar o mitigar en gran cantidad los efectos de la huelga, aquello sí podría ser advertido fácilmente por el empleador.

Es ahí donde nace el deber del empleador respecto a la eficacia de la huelga, porque en uso del haz de sus facultades derivadas del poder de dirección, deberá controlar y vigilar el desarrollo de las acciones de sus trabajadores, lo cual en sí realiza comúnmente durante la jornada laboral, sin embargo en un contexto de huelga deberá hacerlo con mayor intensidad, porque las acciones de sustitución por cuenta propia también vulneran el derecho de huelga y son contrarias a su libre ejercicio.

En ese mismo sentido y haciendo uso de su facultad ordenadora, el empleador debe proscribir, previamente o una vez detectados, los actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas, ello porque alteraría la organización habitual de las actividades de la empresa y sería contraria a las órdenes específicas dictadas por el empleador, por lo que los trabajadores no huelguistas deben limitarse a realizar las funciones que les son propias, ello incluso sin mediar huelga de por medio.

La resistencia a las indicaciones del empleador, es decir, la continuación de los actos de sustitución llevados a cabo por los trabajadores no huelguistas, aun cuando estos pretendan ser motivados, podrían ser considerados como faltas disciplinarias y por tanto ser pasibles de sanción en el plano laboral, ello porque estos actos, incluso siendo voluntarios, le son atribuibles al empleador, en tanto su responsabilidad no se limita a las consecuencias de su propia conducta, sino que, bajo ciertas circunstancias, además, se extiende a las actuaciones de sus trabajadores, puesto que los mismos por la nota de subordinación, elemento principal de las relaciones laborales, le confirieron la conducción y dirección de sus actividades.

Entonces, concluimos que en el desarrollo de la huelga el empleador debe adoptar una conducta activa en cuanto a tolerar la eficacia de la huelga, lo que quiere decir que no debe adoptar ni tolerar acciones contrarias al ejercicio de la huelga y vigilar, como titular de la organización y con el poder de dirección que ostenta, que el personal que conduce y tiene a su cargo no realice ninguna acción que vulnere este derecho.

Dicho ello, el **esquirolaje interno “impropio”**, a nivel legislativo podríamos verlo comprendido dentro de las prohibiciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 70 ° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – D.S.

N° 011-92-TR, el cual ha sido modificado este año mediante el D. S. N° 014-2022-TR, variación que resultó atinada y relevante porque amplió el espectro de protección del derecho de huelga.

A nivel administrativo, el **esquirolaje interno “impropio”** sería una conducta subsumible en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo- D.S. N° 019-2006-TR, como un acto que impide el libre ejercicio del derecho de huelga.



3.2 El esquirolaje interno “impropio” como infracción administrativa

Para iniciar este punto, partimos de una última consideración realizada en el subcapítulo anterior, la cual señala que el esquirolaje interno “impropio” sería una conducta subsumible en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo- D.S. N° 019-2006-TR, al ser un acto contrario al libre ejercicio del derecho de huelga.

Al ser este un término o un concepto que estamos proponiendo, no se encuentra descrito literalmente como tal en nuestra jurisprudencia o en la legislación, por tanto su proscripción no es expresa, sin embargo al ser una conducta que se relaciona con el esquirolaje interno, debemos empezar analizando esta última figura como una infracción administrativa.

En relación a ello, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional son uniformes al determinar que el esquirolaje interno es un ejercicio abusivo del *ius variandi* del empleador y es contrario al derecho de huelga, por tanto busca disminuir sus efectos, lo que supone que está proscrito y constituye una infracción administrativa.

Este razonamiento ha sido acogido por la Autoridad de Trabajo nacional a través de sendos informes emitidos desde el año 2011, uno de ellos, es el Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16 emitido por Elmer Arce Ortiz que en ese año se desempeñaba como Director General de Inspección de Trabajo, que concluye lo siguiente:

La infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo), comprende

también el caso en que el empleador efectuó movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga, y en general, cualquier otro comportamiento del mismo que este destinado a restarle efectividad a la media en mención afectando así el carácter recíproco de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga. [Énfasis añadido]

En esa misma línea, el Ministerio de Trabajo emitió el Informe N° 73-2021-MTPE/2/16.3, en el cual señaló que no resulta necesario tipificar explícitamente el supuesto del esquirolaje interno en el numeral 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, en vista que se entiende que la sustitución de los trabajadores en huelga constituye un acto que impide el libre ejercicio del derecho de huelga.

Empero, esta posición cambió con el Informe N° 0328-2021- SUNAFIL/INII, emitido por el Intendente Nacional de Inteligencia Inspectiva de la SUNAFIL, señalando que *pese a que el esquirolaje interno no está contemplado en el numeral 25.9 del artículo 25 del RLGIT*, se puede entender que el mismo es pasible de sanción a través de este numeral, por una interpretación extensiva del tipo.

A pesar que este último pronunciamiento es declarativo y no tiene fuerza vinculante, sí llama la atención porque abre la posibilidad de que el esquirolaje interno sea lícito, lo cual preocupa más aun con la emisión de la Resolución N° 717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral, como consecuencia del recurso de revisión interpuesto por la empresa Leche Gloria S.A.

En esta resolución, la tercera y última instancia declara fundado el recurso de revisión del administrado y nulas las resoluciones de primera y segunda instancias

(Resolución de Sub Intendencia N° 507-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE y Resolución de Intendencia N° 213-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ), así como las actuaciones y actos sucesivos desde la resolución de sub intendencia. Los principales fundamentos que motivan la decisión del tribunal son los siguientes:

6.14 *Queda claro, entonces, que nuestro **ordenamiento jurídico proscrib**
las cláusulas generales o indeterminadas de infracción, proscribiendo precisiones “extranormativas” como las ha calificado el propio Tribunal Constitucional.*

6.15 *Conforme a ello, la redacción prevista en el numeral 25.9 del artículo 25 antes citado no presenta estos alcances. **El citado artículo no establece -siquiera- dentro de su fórmula una cláusula abierta que permita identificar otros tipos de supuestos de afectación al derecho de huelga más allá de los consignados actualmente: la sustitución externa de trabajadores o el retiro de los medios de producción sin la autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.***

6.16 *Por ello, si bien a nivel doctrinario existe la figura del esquirolaje interno, nuestra legislación no la ha tipificado como tal dentro del tipo infractor materia de análisis. De hecho, nuestra legislación no menciona, siquiera, el concepto de esquirolaje.*

6.17 *En ese sentido, se identifica la vulneración al principio de Tipicidad al pretender la Administración tipificar y sancionar los actos de sustitución interna de trabajadores identificados en el Acta de Infracción y sancionados mediante Resolución de Sub Intendencia N° 507-2021-*

SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 04 de noviembre de 2021, sin que el tipo administrativo lo comprenda. [Énfasis y subrayado añadido]

Si bien es cierto, en fecha 19 de setiembre de 2022, el Tribunal de Fiscalización Laboral mediante la Resolución N° 874-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala cambia de posición respecto al criterio adoptado en la Resolución N° 717-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala y considera que el esquirolaje interno es un acto *plenamente subsumible como un acto antisindical sancionable*, conforme a la premisa principal del numeral 25.9 del artículo 25° del D. S N° 019-2006-TR; no deja de preocuparnos que este órgano en menos de seis meses tenga dos posiciones completamente diferentes, y aunque esta disparidad se deba a la designación del vocal ponente de la sala, no deja de vulnerar el principio de predictibilidad o de confianza legítima.

Entonces, una vez más se genera la controversia respecto al tipo infractor contenido en el numeral 25.9 del artículo 25° del D. S. N° 019-2006-TR: si el mismo solo como califica como infracción al esquirolaje externo o si admite todo acto que impida el libre ejercicio del derecho de huelga, dentro del cual se situaría el esquirolaje interno y el esquirolaje interno “impropio”.

Para ello, debemos analizar el tipo infractor a la luz del principio de tipicidad y la figura propuesta (esquirolaje interno impropio) en relación al principio de culpabilidad.

En tal sentido, el principio de tipicidad en materia sancionadora se encuentra reconocido en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, bajo el siguiente supuesto: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca,

como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Const., 1993).

Asimismo, la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General recoge este principio en el numeral 4 del artículo 230°, cuando expresa lo siguiente:

Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

De conformidad a los artículos antes mencionados, este principio exige la concurrencia de tres aspectos: la reserva de ley para la descripción de la conducta prohibida, la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida y la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva.

El primer aspecto establece que solo las normas con rango de ley pueden determinar las conductas sancionables administrativamente, impidiendo de esta manera que la Administración Pública ocupe esta función a través de sus propias normas reglamentarias, lo cual, como bien señala Morón Urbina, busca garantizar la legitimidad democrática al proceso de fijación de los ilícitos administrativos (2005, p. 231). No obstante, por remisión de la propia ley también se admite la tipificación vía reglamentaria, siendo esta técnica de carácter excepcional.

El segundo aspecto exige que la norma legal describa con la mayor precisión posible la conducta sancionable, advirtiendo todos sus elementos y evitando fórmulas vagas o incomprensibles, ello con la finalidad que los administrados y la propia Administración Pública puedan predecir con suficiente grado de certeza qué conductas son sancionables. En ese sentido, la tipificación será suficiente “cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra” (Nieto, 2005, p. 304).

Y por último, el tercer aspecto contenido en este principio, proscribire la analogía y la interpretación extensiva, en el sentido que no puede trasladarse la norma de otro marco institucional al procedimiento sancionador y no se puede ampliar el supuesto establecido en la norma. En ambos casos, se busca que la Administración Pública no actúe de manera subjetiva y arbitrariamente.

Ahora bien, corresponde analizar si el tipo infractor contenido en el numeral 25.9 del artículo 25° del D. S N° 019-2006-TR cumple con los tres aspectos antes señalados para el cumplimiento del principio de tipicidad.

Para ello, resulta necesario transcribir el tipo infractor actual, detallado en el Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, el cual es el siguiente:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y sub-contratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En virtud de ello, vemos que el tipo infractor cumple con el primer aspecto del principio de tipicidad, toda vez que la conducta ilícita es resultado de la colaboración reglamentaria, que previamente ha sido determinada a través del artículo 33° de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección de Trabajo, que determina que:

Son infracciones administrativas en materia de relaciones laborales los incumplimientos de las disposiciones legales y convencionales de trabajo, individuales y colectivas, colocación, fomento del empleo y modalidades formativas mediante acción u omisión de los distintos sujetos responsables, así como el incumplimiento de los acuerdos totales o parciales adoptados en el Acta de Conciliación Administrativa.

Asimismo, también se puede advertir la concurrencia del tercer aspecto del principio de tipicidad, ya que en el tipo infractor no se hace referencia a supuestos análogos de la conducta ilícita ni se amplía el supuesto de la misma.

Sin embargo, el segundo aspecto del principio de tipicidad es el que genera discrepancias y es el que a nuestro criterio ha sido cuestionado por la autoridad administrativa, al considerar que el tipo infractor contenido en el numeral 25.9 del artículo 25° del D. S. N° 019-2006-TR, describe supuestos específicos de las conductas prohibidas y al ser una premisa cerrada, parece no admitir otros supuestos reprochables.

En relación a ello, debemos señalar que la tipificación administrativa tiene ciertas particularidades y no es aconsejable un grado elevado de exhaustividad al momento de determinar la conducta infractora, ello porque se corre el riesgo de producir vicios de infra inclusión, al excluir supuestos que sí deberían ser sancionados y

además que resulta imposible que el legislador detalle positivamente todas las conductas que la Administración Pública pretende reprimir.

De manera que, dando solución a este problema, Nieto propone un esquema alternativo, agrupando distintos mecanismos de tipificación sin que se pierda la perspectiva dogmática, los cuales van a “permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concreta, pero no tanto como para permitirle que cree figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma” (Nieto, 2005, p.309).

Dicho ello, consideramos que esta situación es la que concurre en el supuesto contenido en el numeral 25.9 del artículo 25° del D. S. N° 019-2006-TR, dado que al ser imposible lograr una lista exhaustiva de los hechos vulneratorios al libre ejercicio de huelga, el legislador describió a manera ejemplificativa algunas conductas infractoras como: *“la sustitución de trabajadores en huelga bajo contratación directa o indirecta”* y *“ el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo”* y consideró una premisa menor inicial que abarque todos los incumplimientos en general, siendo esta la única forma de no dejar de tipificar los otros supuestos constitutivos de infracción que afectarían el derecho fundamental de huelga.

Sumado a ello, no debe perderse de vista que un objetivo propio de la realización de la huelga, es el daño ocasionado al empleador con la finalidad que los trabajadores obtengan mejoras en sus condiciones socio económicas y es ahí donde radica la efectividad del derecho. De tal manera, la protección del derecho de huelga no podría ser otra que la proscripción de todo acto que busque privar de efectividad a esta medida.

Siendo ello así, queda comprobado que el tipo infractor cumple con los supuestos que exige el principio de tipicidad y admite como hechos subsumibles, al esquirolaje interno y al esquirolaje interno “impropio” por ser actos que impiden el libre ejercicio de huelga.

Pese a esta conceptualización, la autoridad de trabajo en fecha 11 de noviembre de 2022, ha pre publicado un proyecto de decreto supremo que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – D.S. N° 19-2006-TR, variando los numerales 25.9, 25.10 y 25.11 y proponiendo la incorporación de un artículo referido a la extensión unilateral del convenio colectivo.

Respecto al numeral que nos compete, se ha propuesto que el nuevo texto de la infracción sea el siguiente:

*La realización de **cualquier acto** que impida u **obstruya** el libre ejercicio del derecho de huelga, tales como la sustitución o reemplazo de los trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios; **facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga, salvo al personal indispensable para la empresa, al personal de dirección y de confianza y el personal de los servicios públicos esenciales; mantener activos los procesos o actividades afectadas por la huelga, salvo aquellos referidos a procesos o actividades indispensables para la empresa o relativos a servicios públicos esenciales; retirar bienes de la empresa sin conocimiento previo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.** [Énfasis añadido]*

Visto ello, podemos advertir que la propuesta de modificación atiende al artículo 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, recientemente modificado a través del D. S. N° 014-2022-TR, ello porque la prohibición contenida en este artículo se reproduce en la propuesta del artículo 25.9.

Ahora, si bien es cierto el nuevo artículo 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sí aporta mayor garantía jurídica al derecho de huelga, porque admite una proscripción amplia de las conductas contrarias al libre ejercicio de huelga, situación que no sucedía anteriormente porque solo se prohibía la contratación de personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga, lo mismo no ocurre con la propuesta de modificación del numeral 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, ya que pese a que la redacción es más entendible y amigable con el lector, no varía sustancialmente el tipo infractor, ello porque aún se mantiene la cláusula general que admite la prohibición de diversos actos en general contrarios al libre ejercicio de derecho de huelga, el mismo que aun sin el verbo añadido “obstruya”, seguiría abarcando diversas conductas.

Así también, al nuevo tipo infractor se incorpora la siguiente conducta: “*mantener activos los procesos o actividades afectadas por la huelga*”, el mismo que a nuestro parecer no está bien orientado, porque parecería apuntar a un proceso productivo y/o actividad particular propia de la empresa, cuando lo que busca la huelga es efectuar un daño al proceso productivo en general por la falta de prestación efectiva de servicios de los trabajadores huelguistas, por tanto lo que se debería cautelar es que precisamente no se mantengan activas las labores de los trabajadores participantes en la medida de huelga.

Ahora, corresponde analizar la figura propuesta del esquirolaje interno “impropio” en relación al principio de culpabilidad, ya que aun sin existir iniciativa o indicación empresarial en el acto de sustitución interna de funciones, el empleador asumiría la responsabilidad por la conducta adoptada por iniciativa de sus trabajadores.

En relación a ello, iniciaremos señalando que el principio de culpabilidad es una de las grandes innovaciones de la reforma del D.L. N° 1272 (que introdujo sustanciales modificaciones a la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), pues si bien es cierto que este principio existía y era reconocido por la jurisprudencia nacional, recién se positiviza a través de este decreto ley.

Dicho ello, el principio de culpabilidad es reconocido como un límite a la potestad sancionadora del Estado, al exigir que la sanción solo pueda ser aplicada al sujeto infractor que actuó con dolo o culpa y no solo por la conducta o el efecto dañoso producido.

El contenido de este principio abarca a otros principios, dentro de los cuales se encuentra el principio de personalidad de las sanciones, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de exigencia de dolo o culpa y el principio de culpa en sentido estricto o de reprochabilidad subjetiva.

El primer principio exige el carácter personal de las infracciones, ello quiere decir que solo puede ser sancionado quien realizó la conducta infractora, por tanto la imputación de la responsabilidad debe ser individualizada así como la sanción, quedando excluida la posibilidad de imponer sanciones subsidiarias en las que un sujeto responda por el infractor. Sin embargo, ello no quiere decir que la responsabilidad no pueda ser asumida por varios sujetos, ya que si el cumplimiento

de una obligación corresponde a varios sujetos, la sanción por su inobservancia también será extendida a todos ellos (Baca, 2018, p. 322).

El segundo principio, referido a la responsabilidad por el hecho, está orientado a que solo se puede sancionar el daño que ha sido producido como consecuencia de una acción u omisión, siendo necesario la exteriorización por parte del sujeto infractor y no actitudes internas o por ser quien es el sujeto.

El tercer principio de exigencia de dolo o culpa, requiere que la conducta infractora esté dirigida voluntariamente a causar daño o que el mismo se produzca a razón de la inobservancia de un deber legal exigible. En ese sentido, no basta que la conducta sea realizada por un sujeto para hacerlo responsable, sino que es imprescindible que se haya realizado con intencionalidad y deliberadamente o se haya producido a pesar de haberla podido prever o evitar.

Y el último, el principio de la culpa en sentido estricto, implica que solo será sancionado aquel sujeto infractor que tenga las condiciones de recibir un castigo, para lo cual será necesario tomar en cuenta la capacidad de imputación del sujeto en relación a sus condiciones psíquicas o individuales. Por tanto, si un sujeto prueba que por una condición subjetiva debidamente acreditada no es imputable, no podría ser sancionado, situación que se plasma en uno de los eximentes contenidos en el artículo 257° del T.U.O de la Ley General del Procedimiento Administrativo General, cuando considera como una causal a la *“incapacidad mental, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción”*.

Desarrollado el principio de culpabilidad, ahora corresponde analizar si la figura propuesta del esquirolaje interno “impropio” cumple con el contenido de este

principio, ello porque los matices particulares de esta figura nos podrían hacer cuestionar su cumplimiento.

En el caso del esquirolaje interno “impropio”, como bien ya se dijo anteriormente, no habría una disposición u orden directa del empleador para la acción de sustitución, entonces nos surgen las siguientes dos interrogantes en relación a los principios contenidos en el principio de culpabilidad:

Si el acto de sustitución fue realizado espontáneamente por los trabajadores no huelguistas, sin participación del empleador, ¿debería este último asumir la responsabilidad por los actos cometidos por sus trabajadores, en los que no tuvo injerencia? – Principio de la personalidad de las sanciones.

Si no hubo una disposición directa en la acción de sustitución, ¿cómo se le podría imputar al empleador el dolo o la culpa? - Principio de exigencia de dolo o culpa.

Respecto a la primera interrogante, nos queda claro que el principio de la personalidad de las sanciones exige que la sanción deba ser asumida por quien incurrió en la conducta prohibida, lo que impide la traslación de la responsabilidad de la sanción a un sujeto ajeno.

Esta situación está planteada en un escenario de equidad entre los sujetos que podrían ser responsables de la conducta infractora, sin embargo, en el ámbito de una relación laboral en la que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, se genera una esfera de sometimiento en la que el empleador ordena y controla la prestación de servicios de sus trabajadores.

Por lo tanto, al tener el empleador el control y dirección de los actos realizados por los trabajadores en el desarrollo de la actividad productiva, también tendría responsabilidad de las consecuencias derivadas de estos actos. Ello quiere decir que

el empleador no podría considerarse ajeno a las acciones de las que tiene pleno control, pues se descontextualizaría su autoridad jerárquica en la relación laboral, al omitir sus facultades derivadas del poder de dirección como titular de la organización productiva.

De este modo, en el escenario de una huelga legal, los actos contrarios al libre ejercicio de huelga que provengan de los trabajadores que dependen del empleador, y que éste se encuentra obligado a controlar en el ejercicio de su poder de dirección, le serán atribuidos a este último, en tanto se realizaron en el marco de las actividades empresariales que tiene a su cargo.

Concretamente, el desarrollo de la huelga genera una responsabilidad y una obligación para el empleador de no solo no interferir directamente en el desarrollo de la medida, sino que además impone el cumplimiento de sus facultades de control respecto a los trabajadores que tiene a cargo y no participaron en la huelga, vigilando que no interfieran con la finalidad de este derecho.

Por ello, la figura del esquirolaje interno “impropio”, no vulneraría el principio de la personalidad de las sanciones, en tanto la conducta infractora le es atribuible al empleador por haber consentido el desarrollo de esta conducta anti huelguista que derivó de su inobservancia en el control de los trabajadores no huelguistas que están a su cargo.

Considerando lo antes dicho, ya tenemos una base para poder responder la segunda interrogante planteada, pues la figura del esquirolaje interno “impropio” ocurre por un actuar culposo por parte del empleador, ya que en ejercicio de sus facultades derivadas del poder de dirección pudo evitar y debió evitar la acción de sustitución por parte de los trabajadores no huelguistas. En consecuencia, el esquirolaje interno

“impropio” implica que el empleador puede actuar para que no ocurra o cese la situación que configura la infracción.

Así, se entiende que el empleador tiene la obligación de prevenir que sus trabajadores realicen cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga o actuar cesando esas acciones.



CONCLUSIONES

1. La huelga es un derecho que constituye un medio de promoción y protección de los derechos e intereses de los trabajadores, admitimos su trivalencia, en tanto puede ser un medio de acción sindical, un conflicto colectivo de trabajo o una forma de solucionar el conflicto, su reconocimiento como derecho humano y constitucional, implica la aplicación del principio *pro homine* y legitima los instrumentos jurídicos que remuevan la desigualdad social efectiva, como es la que se da entre el empleador y el trabajador.
2. El daño producido al empleador es un elemento y objetivo propio de la huelga, el cual debe ser proporcional y recíproco al resultado que se busca obtener con la adopción de la medida, por tanto, si se genera un daño desmedido al empleador, la huelga sería considerada injusta y no tendría por qué ser soportada por el empleador.
3. El desenvolvimiento de la huelga permite detectar algunas estrategias empresariales en reacción al daño que le podría producir, que buscan aminorar o neutralizar el mismo, pues un sujeto como el empresario que tiene una posición superior respecto al trabajador, no suele adoptar una conducta pasiva frente a un conflicto laboral, como el de la huelga; algunas de estas conductas son el cierre patronal, la derivación de la producción hacia otros sujetos de la actividad productiva o la modificación de los procesos productivos en los grupos de empresas y la más elemental, el esquirolaje, el cual se ha extendido durante los años y ha adoptado nuevas conductas.

4. La titularidad del derecho de huelga, en sentido amplio, es individual, por cuanto es un derecho fundamental atribuible al hombre, en su calidad de trabajador, no obstante, al tutelar un interés colectivo y común de los trabajadores, su ejercicio necesariamente debe ser colectivo. En ese sentido, le corresponde a cada trabajador el derecho de adherirse o no a las huelgas declaradas, reconociendo un aspecto positivo y negativo de la huelga, y les corresponde a los trabajadores como a sus representantes y sindicatos las facultades derivadas del ejercicio de este derecho.
5. En principio, los sindicatos, como representantes de los trabajadores, asumen el ejercicio exclusivo del derecho de huelga, lo que quiere decir que un trabajador sindicalizado no puede ejercer este derecho a través de asambleas o coaliciones circunstanciales, lo cual se sustenta en la relación indisociable del derecho de sindicación con el derecho de huelga. Sin embargo, ello no quiere decir que los colectivos que no pertenezcan a una organización sindical no puedan ejercer el derecho de huelga, pues el mismo se permite atendiendo el carácter de derecho fundamental de la huelga, exigiendo únicamente el interés colectivo y la decisión de la mayoría para la adopción de la medida.
6. Se consideran tres categorías de sistemas de relaciones laborales, partiendo de la estructura de la representación de los trabajadores: la unicidad sindical, la cual se da en un escenario en el que el Estado impone la constitución de una sola organización sindical en cada ámbito; la unidad sindical, en la que, voluntariamente los trabajadores se afilian a un solo sindicato en un ámbito determinado; y la pluralidad sindical, en la que existe la posibilidad de constituir varias organizaciones sindicales en un ámbito.

7. La pluralidad sindical nos lleva a determinar dos consecuencias: la existencia de un sindicato mayoritario, que además de tener más afiliados respecto a las otras organizaciones, agrupa a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito, y contrapuesto a ello un sindicato minoritario, que agrupa a menos de la mitad de los trabajadores comprendidos en un ámbito.

8. La presencia de estas organizaciones determina qué trabajadores asumen los efectos de la huelga y quienes vendrían a ser los trabajadores no huelguistas. En el caso en el que el sindicato mayoritario declare la huelga y, la decisión haya sido adoptada unánimemente por los trabajadores afiliados o que, sin existir unanimidad, el número de trabajadores que votaron a favor de la medida sea la mayoría de trabajadores del ámbito; por el mandato legal contenido en el artículo 77° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en concordancia con los artículos 62° y 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los efectos de la huelga se extienden a todos los trabajadores del ámbito, es decir a los trabajadores sindicalizados a sindicatos minoritarios, no sindicalizados y lógicamente a los trabajadores sindicalizados al sindicato mayoritario, por tanto no habría trabajadores no huelguistas. En el caso que la huelga sea declarada por un sindicato minoritario o por un sindicato mayoritario, en el que la voluntad de adoptar la medida es, en número, menor a la mayoría de los trabajadores del ámbito, los efectos de la huelga solo se extienden a sus afiliados. Es en estos dos últimos casos que sí se puede advertir trabajadores no huelguistas.

9. La imposición de la medida de huelga a los trabajadores sindicalizados que votaron en contra del ejercicio de la misma, resulta razonable porque atiende

democráticamente a la voluntad de la mayoría de trabajadores adscritos a la organización sindical, los mismos que en plena facultad de su libertad sindical delegaron su representación al sindicato. Sin embargo, la imposición de la huelga y sus efectos a los trabajadores no sindicalizados o sindicalizados a un sindicato minoritario, resulta contraria al derecho a la libertad de trabajo, no solo porque no se les requirió expresar su opinión para la adopción de la medida, afectando sus facultades derivadas de la titularidad de este derecho, sino que, además se les obliga a soportar el daño económico que implica la adopción de esta medida.

10. En el desarrollo de la huelga, los trabajadores no huelguistas tienen los siguientes derechos: el acceso al centro de trabajo a prestar sus servicios, la libertad de tránsito y la integridad personal. Respecto al primer derecho, se exige el respeto de la decisión de los trabajadores no huelguistas a no adherirse a la huelga y continuar laborando, ello con la finalidad de seguir percibiendo su remuneración y los derechos laborales producto de sus respectivos contratos individuales de trabajo. Con tal fin está proscrito todo acto violento que impida el ingreso del trabajador no huelguista al centro de trabajo; respecto al derecho a la libertad de tránsito, los trabajadores no huelguistas en su calidad de ciudadanos y trabajadores tienen la facultad de circular libremente en los espacios públicos aledaños al centro de trabajo, por lo que las manifestaciones del derecho de huelga no pueden reducir ni limitar este derecho; y respecto a la integridad personal, se busca garantizar la integridad física, moral y psíquica de los trabajadores no huelguistas durante el desarrollo de la huelga, por lo que el ejercicio de esta medida no admite actos violentos, coacción o intimidación contra estos trabajadores.

11. El esquirolaje interno se entiende uniformemente a nivel doctrinario como el reemplazo de los trabajadores huelguistas por parte de los trabajadores que no están comprendidos en la medida, el mismo que siempre es considerado como el ejercicio abusivo del *ius variandi* del empleador para minimizar o anular el daño que le implica la huelga. Sin embargo, no puede perderse de vista que la huelga trae efectos negativos no solo para el empleador y los trabajadores huelguistas, sino que además puede causar daños a los trabajadores que no están comprendidos en la medida, lo cual puede impulsarlos a tomar la iniciativa en la acción de sustitución y ser ellos los sujetos activos de esta conducta contraria al ejercicio de la huelga. A esta figura la denominamos como esquirolaje interno “impropio”.
12. Las situaciones que podrían impulsar a los trabajadores no huelguistas a incurrir en esquirolaje interno “impropio” serían las siguientes: (1) La percepción de incentivos laborales ligados a la remuneración, en el sentido que estos conceptos se otorgan a los trabajadores muchas veces por cumplir colectivamente con una meta trazada por el empleador y la cual requiere del trabajo conjunto de diferentes trabajadores, por tanto al no concurrir la labor de uno o algunos de ellos por haberse adherido a la medida de huelga, se pondría en riesgo la percepción de este incentivo por parte de los no huelguistas, (2) La ocupación efectiva, ligada al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, lo cual podría verse perturbado en los sistemas productivos en los que el desarrollo de la labor de un trabajador depende del resultado de la labor de otro trabajador, por lo que en el contexto de huelga, el trabajador al verse impedido de realizar sus actividades con normalidad por la ausencia de las tareas normalmente a cargo del trabajador huelguista, decide deliberadamente ocupar su tiempo de la jornada laboral en las

actividades dejadas de realizar por los huelguistas, (3) La reactivación normal de la actividad productiva, ya que indudablemente la huelga causa un daño al sistema productivo empresarial, de manera que para que la reactivación de las condiciones normales no le implique un esfuerzo añadido, los trabajadores podrían decidir ayudar con algunas de las tareas dejadas de realizar por los huelguistas y (4) El acto voluntario y sin justificación aparente.

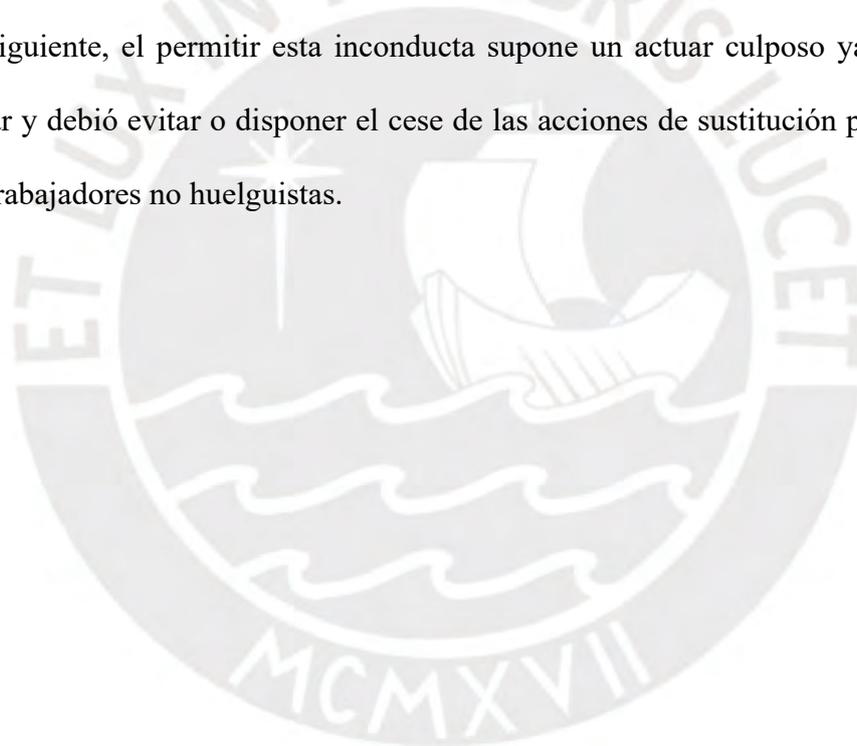
13. El esquirolaje interno “impropio” a pesar de no comprender una disposición u orden directa del empleador para el acto de sustitución, constituye un hecho vulneratorio del ejercicio del derecho de huelga, por cuanto reduce o neutraliza sus efectos y a pesar que el empleador no es el sujeto activo u originario de esta inconducta, le es atribuible la responsabilidad de la misma; ello en la medida que el empleador, en uso de sus facultades derivadas del poder de dirección, el cual encuentra sustento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, goza de ciertas atribuciones respecto a sus trabajadores. Específicamente, haciendo uso de su facultad de control y vigilancia, tiene el deber de adoptar una conducta diligente y activa durante el desarrollo de la huelga, verificando y supervisando que, los trabajadores no huelguistas no realicen ningún tipo de actividad que pueda ser contraria al derecho de huelga y a los efectos que de ella se derivan. En ese sentido, la responsabilidad del empleador no se limita a las consecuencias de su propia conducta, sino que, bajo algunas circunstancias, como la planteada, se extiende a la vigilancia oportuna y correctora de las actuaciones de sus trabajadores, precisamente por la nota de la subordinación que le confiere al empleador la conducción y dirección de las actividades de estos.

14. La proscripción del esquirolaje interno “impropio” se desprendería del mismo artículo que reprime el esquirolaje interno y el esquirolaje externo, es decir, del artículo 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – D.S. N° 011-92-TR, modificado mediante el D. S. N° 014-2022-TR y estaría subsumido como una infracción administrativa, en el tipo infractor descrito en el numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo- D.S. N° 019-2006-TR, como un acto que impide el libre ejercicio del derecho de huelga.

15. Al analizar el tipo infractor señalado en el numeral 25.9 del artículo 25° del D.S. N° 019-2006-TR en relación al principio de tipicidad, hemos podido concluir que el mismo cumple con los aspectos que exige este principio: la reserva de ley para la descripción de la conducta prohibida, en tanto la conducta ilícita es resultado de la colaboración reglamentaria a través del D.S. N° 019-2006-TR, que previamente ha sido determinada a través del artículo 33° de la Ley N° 28806; la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, en cuanto el tipo infractor determinado en el numeral 25.9 del artículo 25° del D. S. N° 019-2006-TR, considera una premisa menor inicial que abarca todos los actos vulneratorios al libre ejercicio de huelga, en tanto al no ser posible enlistar todas las conductas que la Administración pretender reprimir, señala algunas a manera de ejemplo; y la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva, ya que en el tipo infractor no se hace referencia a supuestos análogos de la inconducta ni se amplía el supuesto de la misma.

16. Y analizada la figura propuesta, del esquirolaje interno “impropio” a la luz del principio de culpabilidad, específicamente en relación a los principios de la

personalidad de las sanciones y la exigencia de dolo o culpa, se puede advertir el cumplimiento de ambos. Así, a pesar que el empleador no dispuso el esquirolaje, le es atribuible a él la responsabilidad por la ocurrencia de dicha conducta ya que la misma se realizó en el marco de las actividades empresariales que tiene a su cargo vigilar, y es que ciertamente el desarrollo de la huelga genera una responsabilidad y una obligación para el empleador de no solo no interferir directamente en el desarrollo de la medida, sino que además impone el cumplimiento de sus facultades de control respecto a los trabajadores que tiene a cargo y no participaron en la huelga, vigilando que no interfieran con la finalidad de este derecho. Por consiguiente, el permitir esta inconducta supone un actuar culposo ya que pudo evitar y debió evitar o disponer el cese de las acciones de sustitución por parte de los trabajadores no huelguistas.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, E. (2009). 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* (pp. 384 - 397). Grijley.
- Arce, E. (2013). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Palestra.
- Baca, V. (2018). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 313–344. doi.org/10.18601/21452946.n21.13.
- Balaguer, M. (1991). El contenido esencial del derecho de huelga. *Revista de Derecho Político*, 123-141. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8536/8144>.
- Blancas, C. (2002). El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal constitucional. *Ius Et Veritas*, 13(25), 268-280
- Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP.
- Blancas, C. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (2ª ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Blancas, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Palestra Editores.
- Boza, G y Canessa, M. (2000). *Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal*. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Documento de Trabajo N° 124 de la Oficina Internacional del Trabajo. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos.

- Boza, G. (2008). La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero del 2006. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 333-360). Grijley.
- Boza, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial PUCP.
- Bueno, E. (2004). *Curso básico de economía de la empresa: Un enfoque de organización* (4ª ed.). Pirámide.
- Ermida, O. (2012). *Apuntes sobre la huelga* (3ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida, O. (2013). Ocupaciones y solución de conflictos colectivos. *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, 217-238.
- Fabregat, G. (2016). *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleado*. Bomarzo.
- Ferrando, F. (2011). Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: el efecto "anestésico" de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga. *Revista de derecho social*, 181-188.
- García, J. & García, J. (1997). Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, V, 645-674.
- García, A. (2012). La representatividad sindical y el derecho de huelga en los sindicatos minoritarios. *V Congreso Nacional SPDTSS Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario*. 307-321.
<https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-V-Full.pdf>

- García-Perrote, I. (2005). Derecho de huelga y libertad de empresa. *Revista jurídica de Castilla y León*, (5). 13-54.
- Grau, C. (2018). El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos. *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 99-2014.
- Huarcaya, G. (2015). Derecho de huelga, Esquirolaje e Inspección Laboral. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Ibarrondon, P. (2002). La producción de servicios bancarios. Problemática en torno a su delimitación. *Boletín económico De ICE N° 2735*, (32), 31-41.
- Landa, C. (2019). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018* (2ª ed.). Palestra.
- Mantero, R. (2021). *Límites al derecho de huelga* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Matía, J. (1996). *El abuso del derecho de huelga*. Consejo Económico y Social de España.
- Monereo, J. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: Un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Revista De Derechos Sociales Lex Social*, 11 (2), 28-97.
- Morón, C. (2005). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. *Advocatus*, (13), 227-252.
- Morón, C. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (15ª ed.). Gaceta Jurídica.

- Neves, J. (2001). Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (17), 24-26.
- Neves, J. (2009). *Introducción al Derecho al trabajo*. Fondo Editorial PUCP.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4ª ed.). Tecnos.
- Palomeque, C. y Álvarez, M. (1997) *Derecho del Trabajo*. Ceura.
- Pérez, J. (2017). El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol). *Revista de Derecho Social*, (55), 151-168.
- Quiñones, S. (2007). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Palestra.
- Sanguinetti, W. (2006). *Los empresarios y el conflicto laboral*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Sanguinetti, W. (2002). El principio de autotutela en el derecho del trabajo español. *Revista De Derecho THEMIS*, (45), 243-250.
- Sanguinetti, W. (2022). La garantía extracontractual del derecho de huelga: Una reconstrucción sistemática. *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (22), 19-57.
- Sarzo, R. (2021) *Pragmática del control sobre el derecho a la huelga*. Lima. Palestra.
- Sarzo, R. (2018). La lógica del control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Valdeolivas, Y. (1994). *Las conductas lesivas de la libertad sindical* (1ª ed.). Consejo Económico y Social.
- Valle, F. (2019). *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*. Atelier.

Valverde, M. (1981). El Derecho de Huelga en la Constitución de 1978. *Revista de Política Social*, (121), 227-253.

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JP3K6wNcIAgJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2494101.pdf&cd=9&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

Villavicencio, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: Límites, Alcances y Regulación*, Plades.



REFERENCIAS JURIDICAS

Casación Previsional N° 3480-2014. Expediente N° 03480-2014-0-5001-SU-DC-01.

Segunda Sala De Derecho Constitucional y Social Transitoria. (24 de octubre del 2016). https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/06/Casaci%C3%B3n-3480-2014-Lima-Legis.pe_.pdf

Constitución Política del Perú [Const.]. (29 de diciembre de 1993).

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>.

Constitución Española [Const.]. (27 de diciembre de 1978).

<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#titprelim>

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 09 julio, 1948,

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087#:~:text=Convenio%20C087%20%2D%20Convenio%20sobre%20la,87

Ley de Urgente Consideración (LUC) [Ley N° 19.889]. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (8 de julio de 2020).

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19889-2020>

Ley del Procedimiento Administrativo General. [Ley N° 27444]. Congreso de la

República. (10 de abril de 2001). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H805476>

Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores [Ley N° 27626]. Congreso de la República. (8 de enero de 2002).

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H819189>

Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada [Decreto Ley N° 25593]. Congreso de la República. (26 de junio de 1992). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H755166>

Ley que regula los servicios de tercerización [Ley N° 29245]. Congreso de la República. (23 de junio de 2008). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967354>

Ley General de Inspección del Trabajo [Ley N° 28806]. Congreso de la República. (19 de julio de 2006).

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H930717>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2011). Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2021). Informe N° 73-2021-MTPE/2/16.3.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2019). Informe N° 0003-2019-MTPE.

Real Decreto-Ley sobre relaciones de trabajo [Real Decreto-Ley 17/1977]. Jefatura del Estado. (04 de marzo de 1977). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-6061&p=19810425&tn=1>

Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo [Decreto Supremo N° 019-2006-TR]. Congreso de la República. (28 de octubre de 2006).

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H930717>

Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [Decreto Supremo N° 011-92-TR]. Congreso de la República. (14 de octubre de 1992).

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H756295>

Resolución de Intendencia N° 024-2022-SUNAFIL/IRE-CAJ, Expediente Sancionador N° 446-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI. Intendencia Regional De Cajamarca. (17 de febrero de 2022).

<https://aplicativosweb2.sunafil.gob.pe/si.consultaMultasSIIT/consulta>

Resolución de Intendencia N° 031-2022-SUNAFIL/IRE-CAJ, Expediente Sancionador N° 458-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI. Intendencia Regional De Cajamarca. (25 de febrero de 2022).

<https://aplicativosweb2.sunafil.gob.pe/si.consultaMultasSIIT/consulta>

Resolución N° 717-2022. Expediente Sancionador N° 388-2021-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI. Tribunal de Fiscalización Laboral. (25 de julio de 2022).

<https://drive.google.com/file/d/1VGEAHpgXNrCk9P3Nbye1We6Mv3Jm4yIJ/view?pli=1>

Resolución N° 874-2022. Expediente Sancionador N° 440-2021-SUNAFIL/IRE-AQP. Tribunal de Fiscalización Laboral. (19 de setiembre de 2022).

<https://prep.com.pe/wp-content/uploads/2022/10/R3-874-2022-452-1.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 440-1997-AA. Tribunal Constitucional. (01 de setiembre de 1997).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00440-1997-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 008-2003-AI. Tribunal Constitucional. (22 de julio de 2003).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.pdf>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, Expediente N° 008-2005-PI. Tribunal Constitucional. (14 de marzo de 2005).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 3311-2005-PA. Tribunal Constitucional. (05 de enero de 2006).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 026-2007-PI. Tribunal Constitucional. (28 de abril de 2009).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.pdf>

Sentencia N° 11/1981. Tribunal Constitucional Español. (08 de abril de 1981).

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11>

Sentencia N° 123/1992. Tribunal Constitucional Español. (28 de septiembre de 1992).

<https://www.boe.es/boe/dias/1992/10/29/pdfs/T00012-00015.pdf>

Sentencia N° 332/1994. Tribunal Constitucional Español. (19 de diciembre de 1994).

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2849>

Sentencia N° 3449/2014. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. (25 de junio de 2014).

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1772a3e110c755b2/20140905>

Sentencia N° 17/2017. Tribunal Constitucional Español. (02 de febrero de 2017).

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25242>

Sentencia N° 48/2002. Tribunal Supremo - Sala Cuarta de lo Social. (22 de octubre de 2002). <https://vlex.es/vid/huelga-preaviso-indicando-intermitente-15407019>

Sentencia N° 63/2022, Expediente N° 774-2020-PA. Tribunal Constitucional. (03 de febrero de 2022). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.pdf>

Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [Decreto Supremo N° 010-2003-TR]. Congreso de la República. (30 de setiembre de 2003). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H852062>

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 [Decreto Supremo N° 004-2019-JUS]. Congreso de la República. (22 de enero de 2019). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1226958>

