



HUELGA Y SERVICIOS MÍNIMOS

Una mirada crítica al ordenamiento
jurídico peruano

Gary Milton Canchaya Fernández



IDEOS

Centro de Investigación
y Producción Científica

HUELGA Y SERVICIOS MÍNIMOS

Una mirada crítica al ordenamiento jurídico
peruano

Editor



*Para Lesly y mis padres,
Rolando y Marlene*

INTRODUCCIÓN

El día 14 de abril del año 2022, un grupo de trabajadores sindicalizados ejercieron el derecho de huelga en una empresa estatal responsable del control del tránsito aéreo a nivel nacional. Posiblemente, la realización de esta medida de fuerza no hubiese alertado a la opinión pública si no fuese porque coincidió con las festividades por Semana Santa y afectó el aterrizaje y despegue vuelos programados para dicha fecha. Que la organización sindical no garantice el cumplimiento de los servicios mínimos ocasionó, naturalmente, que las torres de control de algunos aeropuertos del Perú no sean operadas por los controladores aéreos.

Lejos de que la opinión pública repare en dicho incumplimiento, la atención se desvió a la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo y el rechazo a que se declare procedente la comunicación de huelga¹.

Por lo sucedido, resulta inmejorable la ocasión para poner en debate el tema del derecho de huelga y los servicios mínimos. Con la presente obra, se comparte una posición sobre la materia.

Para abordar ello, se debe tener presente que la intervención normativa del Estado en el derecho de huelga se manifiesta a través de la emisión de reglas que condicionan o perfilan su ejercicio con el propósito de que se desenvuelva en armonía con el interés social, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Estado. De ahí que la protección que ofrece el Estado a la huelga como derecho se activa siempre que su ejercicio se adecúe a los confines del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a qué tipo de intervención se alude y qué indicadores permiten medir el vínculo de dicha intervención en el ejercicio del derecho de huelga son algunas interrogantes que deberían abordarse con anterioridad a

1 Esta declaración se efectuó, a través de la Resolución Directoral General N° 046-2022-MTPE/2/14, de fecha 01 de abril de 2022. Posteriormente, ante la constatación del incumplimiento de la organización sindical respecto al mantenimiento de los servicios mínimos, la Dirección General de Trabajo declaró ilegal la materialización de dicha huelga, por medio de la Resolución Directoral General N° 055-2022-MTPE/2/14, de fecha 14 de abril de 2022.

reportar una valoración respecto a la intervención que realiza el Estado peruano en el ejercicio del derecho de huelga.

Considerando lo anterior, el presente libro (que se ha preparado sobre la base de la tesis elaborada por el autor para optar el grado académico de magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú) busca evidenciar en qué medida la intervención del Estado peruano con la regulación de los servicios mínimos impacta en las relaciones colectivas del trabajo.

Para tal propósito, se estructura la obra en cuatro partes: anotaciones preliminares y tres capítulos.

En el apartado referido a anotaciones preliminares, se exponen reflexiones respecto a la intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo y, de manera específica, en la regulación del derecho de huelga. Asimismo, se propone un significado a los conceptos de efectividad y de eficacia del derecho de huelga y, considerando el ámbito en que se analiza el ejercicio de dicho derecho, se presenta una radiografía que refleja que la declaración de improcedencia por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo radica, principalmente, en la inobservancia del requisito de la nómina para servicios mínimos.

A partir de las anotaciones preliminares, en el primer capítulo se indaga sobre la normatividad de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú: se resalta la funcionalidad de la categoría de los servicios mínimos en caso de huelga y su configuración normativa en el ordenamiento jurídico peruano.

Posteriormente, la aplicación concreta de la normatividad sobre los servicios mínimos es objeto de desarrollo en el segundo capítulo, considerando los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, la Autoridad Administrativa de Trabajo y la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

En el tercer capítulo se presentan propuestas que –a criterio del autor– permitirían que el derecho de huelga se ejercite en armonía con el mantenimiento de los servicios mínimos. En este capítulo, además, se examinan aspectos que inciden de manera directa con la normatividad de los servicios mínimos: la titularidad del órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga y el vínculo entre la potestad sancionadora del empleador con las ausencias al trabajo por el ejercicio del derecho de huelga y con el incumplimiento de los servicios mínimos.

Finalmente, la obra culmina con unas breves reflexiones sobre la materia abordada, a modo de anotaciones finales.

EL AUTOR

Anotaciones preliminares

Anotaciones preliminares

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO Y EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

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

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

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

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

2 En la etapa de prohibición, el Estado presentó como características reprimir y sancionar penalmente a las personas que ejecutaban la acción sindical. Esta reacción tuvo por finalidad preservar el principio de la libertad de trabajo y no atentar contra las reglas del libre mercado, principios defendidos por la burguesía revolucionaria en la Europa de finales del siglo XVIII. La ley francesa Le Chapelier de 1791 y las Combination Acts inglesas de 1799 y 1800 son las mejores representantes

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

La primera y segunda opción corresponden a un modelo de Estado liberal que, inicialmente, optó por reprimir y sancionar las manifestaciones de acción directa de los trabajadores y, luego, acogió cierta neutralidad, trasladando la sanción de la huelga del poder público (del Estado) al poder privado (del empresario), esto es, convirtiendo aquello que se trataba como delito en un supuesto de incumplimiento contractual que priva al huelguista de la fuente de trabajo (despido)³.

Por su parte, la tercera opción corresponde a un Estado social de Derecho que no solo abandona la sanción de la huelga por parte del poder público y privado, sino que –además– le otorga protección. Esta nueva etapa de resguardo jurídico del Estado sobre la manifestación de huelga presenta no solo matices que se expresan en distintos modelos normativos (contractual, laboral y polivalente), sino disfuncionalidades.

Partiendo del enfoque histórico, lo que se pretende destacar es que, en todas estas etapas, la presencia del Estado se hizo presente en menor o mayor

de esta actitud estatal ante la organización gremial. Luego, en la etapa de tolerancia, los poderes públicos dejaron la persecución y levantaron las sanciones penales, periodo en que la intervención del Estado adoptó una actitud permisiva frente al sindicalismo. Finalmente, la historia explica que diversos Estados declararon la legalidad expresa de la acción sindical, superando las etapas previas, con miras a proteger a las organizaciones gremiales con el manto jurídico del derecho. En particular, Palomeque recuerda la Ley de asociaciones italiana (1864), la Trade Union Act británica (1871), la Ley Waldeck-Rousseau francesa (1884) y las leyes norteamericanas Clayton Act (1914), Norris Laguardia Acta (1932), y Wagner Act (1935) (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2010, pág. 53). En esta última etapa, se reconoce un proceso de constitucionalización e internacionalización del Derecho del Trabajo desarrollado como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Este avance se presenta en el marco de un Estado social de Derecho, en el cual los derechos sociales son incorporados en textos constitucionales como derechos fundamentales de la persona. Dicho proceso se encontró liderado por la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919, al incorporar en su carta magna –entre otros derechos laborales– el derecho al trabajo y a la libertad sindical. Por su parte, la creación de la Organización Internacional de Trabajo, dispuesta en el capítulo XIII del Tratado de Paz de Versalles de 1919, permitió desarrollar –para el escenario internacional– disposiciones normativas relacionadas al mundo del trabajo, como la jornada, el trabajo infantil, la sindicalización, entre otros.

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

medida, pero siempre cumpliendo un rol preponderante, ya sea optando por abstenerse o por intervenir en el sistema de relaciones laborales.

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

“El ámbito natural para una saludable intervención estatal son las relaciones individuales, dada la aguda desigualdad entre las partes. En el terreno colectivo, en cambio, es rol esencial de la organización sindical producir con su presencia y acciones el desequilibrio igualador que en lo individual cumplen la ley y el Estado. La intervención del Estado en este campo, en vez de estimular y promover la acción gremial, la perturba y entorpece al limitar insensiblemente el espacio para la negociación colectiva y para la acción directa, que son los instrumentos con los que el sindicato obtiene mayor poder” (Pasco Cosmópolis, 1995, pág. 162)⁴.

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

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

En ese sentido, y específicamente sobre la intervención del Estado en el espacio que atiende las relaciones colectivas de trabajo, RASO ha precisado que “no es lo mismo un Estado que interviene para reprimir la organización

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

sindical, que un Estado que opera en el sistema para sostener a los sindicatos y, en definitiva, al sistema mismo” (Raso Delgue, 2016, pág. 422)⁵.

Respecto de la realidad latinoamericana, se ha señalado que una característica presente en sus países es el intervencionismo restrictivo del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, con excepción de Uruguay⁶.

Si quisiéramos indagar sobre la lógica detrás de este intervencionismo, efectuar un análisis aislado de las disposiciones normativas que regulan las instituciones juridificadas (sindicalización, negociación colectiva y huelga) no resultaría adecuado. De hecho, para tal propósito, no solo se requiere evidenciar la relación existente entre dichas instituciones y sus regulaciones, sino la funcionalidad que tiene el derecho colectivo en general en otros campos o intereses de la sociedad, como la economía o la política⁷.

Por ejemplo, sobre la primera relación (entre instituciones), identificar que los requisitos para la constitución de sindicatos no representan mayor obstáculo para los trabajadores no es suficiente para calificar aquella intervención del Estado como de promoción o de fomento, si es que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva se caracteriza por una férrea procedimentalización en sus etapas. De la misma manera, un modelo con garantías en la constitución de sindicatos y libertad en el desarrollo de la negociación colectiva no sería calificado de promocional si esta intervención viene acompañada de un

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

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

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

control excesivo del Estado en las opciones que brinda al sujeto colectivo para promover la solución de conflictos laborales.

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

Ahora bien, siguiendo la postura de BARRETO, el Estado interviene en el conflicto laboral, concretamente, en la huelga porque es el territorio más transparente y público (2016, pág. 126), pero no es el único territorio de controversia en el mundo del trabajo, pues también está el territorio de las controversias promovidas por el empleador, las cuales frecuentemente no son visibles⁸.

Entre ambos, quizás, la inclinación de la intervención del Estado en el territorio de la huelga tiene como justificación garantizar que el conflicto laboral no se desborde de los canales institucionales y que el mismo se controle –en última instancia– por el poder privado del empleador, evitando que la huelga gane potencia y escale a un nivel en que se vea comprometido el propio sistema de poder administrado por el Estado⁹.

Desde el ámbito jurídico, el derecho de huelga puede ser tratado de distintas maneras. Que el Estado asuma la función de regular la huelga lo sitúa en la posición de reconocer el derecho, pero condicionar su ejercicio. De ahí, que asumir una definición de huelga, fijar requisitos, establecer un procedimiento

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

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

previo, prever consecuencias para los trabajadores huelguistas (sanciones o pérdida de salario), y reconocer a la Administración la facultad de calificar la huelga, solo son algunas de las posibilidades con las que cuenta¹⁰.

Hasta aquí, este apartado busca resaltar la función histórica del Estado en el desarrollo de las instituciones del Derecho del Trabajo y cómo el poder que ostenta para decir “qué es el derecho”¹¹ condiciona en sí mismo el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

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

PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: ¿QUÉ SE ENTIENDE POR EFECTIVIDAD Y EFICACIA DEL DERECHO DE HUELGA?

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

Los verbos rectores utilizados por el constituyente son similares a los previstos en la Constitución Española de 1978. Considerando ello, cabe traer a colación la afirmación efectuada por el Tribunal Constitucional español cuando en el fundamento jurídico 9 de la sentencia 11/1981 sostiene que, de esta manera, se introduce al ordenamiento jurídico “la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental” (1981).

Consecuencia del primero es que el acto de protesta de los trabajadores deja en suspenso el contrato de trabajo, limitando la facultad arbitraria del empleador de ejecutar acciones que vayan en contra de ella, y del segundo es

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

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

que se legitima el instrumento de presión necesario de los trabajadores para la defensa de sus intereses en los conflictos colectivos de trabajo.

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

Pero cuando se analizan aspectos que parecen cuestionar la posición de la huelga como derecho (como, por ejemplo, el reconocimiento de una determinada modalidad de huelga), existe la tendencia de acusarla –de manera indistinta– por la afectación a su efectividad o a su eficacia, sin distinguir si tales conceptos se vinculan a la observancia de exigencias para ejercer el derecho de huelga o si se refieren al efecto que tendría la medida de fuerza en una situación concreta¹².

Para esclarecer la posición que se asume en esta obra, es oportuno tener en cuenta lo que se ha sostenido sobre estos conceptos indeterminados, tanto desde la lengua española como desde la disciplina del Derecho.

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

Desde la lengua española, los términos eficacia y efectividad son reconocidos por la Real Academia Española bajo un mismo significado; esto es, “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Así, eficacia y efectividad son sinónimos para la autoridad de la lengua española.

Luego, desde la disciplina del Derecho, KELSEN también hizo un uso indistinto al concepto de eficacia y efectividad¹³. Sin embargo, otros autores expusieron la necesidad de distinguir tales nociones.

Por ejemplo, para JEAMMAUD:

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

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

Como se observa, dicho autor acoge el término de efectividad jurídica que, a su vez, se distingue del concepto de efectividad material. Así, precisa que entiende por la primera como “la conformación de una situación jurídica concreta –la condición ‘en derecho’ de un sujeto– al modelo que constituye la norma; es decir, por ejemplo, el reconocimiento efectivo a tal persona del derecho de que se beneficia según la ley, por cumplirse los requisitos previos en la misma”; y la segunda como la “conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica así otorgada o impuesta al sujeto por el ‘cumplimiento’ o la ‘aplicación’ de la norma” (Jeammaud, 1984, págs. 11-12)¹⁴.

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

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

Por su parte, para ZORRILLA:

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

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

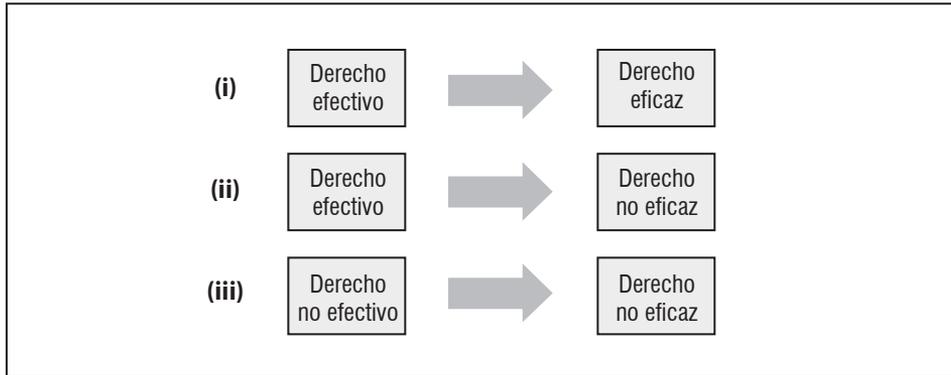
Para efectos de la presente obra, se entiende que la efectividad del derecho está relacionada con los mecanismos y dispositivos normativos que permiten su expresión jurídica; esto es, el despliegue de los efectos jurídicos que contiene el derecho contra el Estado o terceros¹⁵, y, de otro lado, que la eficacia del derecho está vinculada a la consecución de los objetivos o fines previstos para su configuración normativa.

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

15 A nivel de Perú, se advierte que esta noción de efectividad fue plasmada por el Tribunal Constitucional en relación al ejercicio del derecho de negociación colectiva en el fundamento 3.3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 261-2003-AA/TC, de fecha 26 de marzo de 2003, cuando menciona que “la tercera disposición transitoria y final estableció un supuesto que no solo resultaba incoherente con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 45 del Decreto Ley N° 25593, sino también con lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución Política de 1979 (...), dado que no posibilitaba la efectiva realización del derecho a la negociación colectiva de trabajo (...) precisamente porque la negociación colectiva a nivel de empresa, prácticamente, no se materializa”. Asimismo, la posición asumida parece coincidir con la posición adoptada por VILLAVICENCIO cuando alude a las garantías positivas que requiere la positivización de un derecho (además de las garantías negativas), señalando que estas “implican la necesaria actuación estatal dirigida a construir el andamiaje necesario para asegurar su efectividad (...)” (Villavicencio Ríos, 2010, pág. 61) y luego, cuando desarrolla sus ideas sobre el cambio de paradigma y la crisis de la tutela colectiva, al mencionar que “se requiere también una adecuación de los parámetros legales de ejercicio de la huelga y de las tradicionales formas de expresión del conflicto a los cambios del paradigma productivo y político; de modo que se pueda volver a darle efectividad a este tan relevante instrumento de equilibrio e inclusión social”. (Ibidem, pág. 80).

FIGURA 1

Escenarios respecto a la efectividad y eficacia del derecho de petición



Elaboración propia.

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

Primer supuesto:

Para que el derecho de petición se considere efectivo, el peticionante tiene que prestar atención a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG). Luego, si el pedido es atendido por la Administración, estimándose o no, el derecho de petición adquirió eficacia por cuanto alcanzó su propósito.

Segundo supuesto:

El derecho de petición es efectivo, pero no eficaz, si la petición (no sujeta a un silencio positivo) no es atendida dentro de un determinado plazo debido –por ejemplo– a la negligencia de la Administración. Tal negligencia se genera por el incumplimiento de una obligación consistente en dar respuesta oportuna al administrado. En este supuesto, la ausencia de respuesta oportuna es la que entorpece la eficacia del derecho de petición.

Tercer supuesto:

El derecho de petición no es efectivo, si el peticionante incumple los requisitos para la presentación de escritos y, pese a las observaciones que oportunamente le realice la Administración, tampoco las subsana. La consecuencia del proceder del administrado es que se considera como no presentada la

petición (numeral 136.4 del artículo 136 del TUO de la LPAG). En este escenario, se advierte que el derecho de petición no es efectivo y, en consecuencia, tampoco es eficaz.

Ahora, tomando como base las acepciones adoptadas de efectividad y eficacia del derecho, el autor de la presente obra propone que el significado de efectividad del derecho de huelga debe entenderse en relación a la observancia de las reglas sustantivas y procedimentales que el Estado prevé con el objetivo de brindar al sujeto colectivo la cobertura jurídica a su manifestación en la realidad¹⁶. Mientras que la eficacia del derecho de huelga debe entenderse en relación a la garantía existente para que esta medida de fuerza se constituya como un instrumento de presión de los trabajadores para la defensa de sus intereses frente al Estado o su empleador¹⁷.

En el Perú, la efectividad del derecho de huelga se sujeta a la observancia de: (i) condiciones y requisitos para la comunicación de huelga; (ii) causales de ilegalidad en la materialización o ejecución de la huelga; (iii) un procedimiento previamente establecido; y (iv) el pronunciamiento de un órgano calificador de la huelga. Por su parte, la eficacia del derecho de huelga está condicionada a la actividad del Estado, en tanto garantice jurídicamente la paralización de los trabajadores frente al empleador y terceros¹⁸.

16 El Tribunal Constitucional parece adoptar esta concepción en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005, cuando menciona en el fundamento 40, analizando el contenido constitucional del derecho de huelga, que “no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos. En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano”.

17 En esta relación de eficacia del derecho de huelga y el propósito de su ejercicio, AZOCAR SIMONET y CRUZ GONZALES han señalado que “si la legislación contempla la opción de prohibir el reemplazo de trabajadores en huelga, la regulación que se haga del mismo, así como de los servicios esenciales y de los denominados servicios mínimos, no puede significar, en la práctica, la posibilidad de mermar la eficacia de este derecho o de reemplazar trabajadores en huelga, limitando o haciendo perder eficacia al principal mecanismo de autotutela de que disponen los trabajadores (Limitaciones al derecho de huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la Reforma Laboral, 2015, pág. 159).

18 Ejemplo de ello, sería regular, por ejemplo: (i) la prohibición de cualquier tipo de esquirolaje; (ii) la invalidez de la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la rescisión del contrato civil o mercantil entre empresas en el marco de la descentralización productiva o concentración empresarial, que tenga por motivo las medidas de fuerza desarrolladas por los trabajadores de una de las empresas contratistas; y (iii) la modalidad para cumplir con el mantenimiento de los servicios mínimos en la materialización de la huelga. Sobre el punto (i), encontramos que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación Laboral N° 3480-2014 LIMA, de fecha 24 de octubre de 2016, sentó posición declarando la invalidez de la sustitución de trabajadores en el interior de la propia empresa en el escenario del derecho de huelga (esquirolaje interno). Por su parte, sobre el punto (ii), el Tribunal Constitucional español alcanzó este razonamiento en la sentencia 75/2010, de fecha 19 de octubre de 2010, en cuyo fundamento jurídico 7 expresó que “(...) de poco servirían las prohibiciones, garantías y

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

Aunque el Tribunal Constitucional acostumbra a citar la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI, de fecha 12 de agosto de 2005, para establecer las garantías o facultades del contenido esencial del derecho a la huelga, las cuales se expanden al momento previo a la materialización de la huelga, la eficacia del derecho de huelga como parte de su contenido esencial fue recogido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5 de la sentencia contenida en el Expediente N° 1469-2002-AA/TC, de fecha 23 de julio de 2004, cuando señaló que:

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

Por lo desarrollado hasta aquí, es menester anotar que la efectividad y no la eficacia del ejercicio del derecho de huelga –desde la posición asumida en esta anotación preliminar– es la segunda variable a medir en su relación con la normatividad del derecho de huelga. De este modo, el objetivo de la presente obra consiste en demostrar si las previsiones normativas existentes en el Perú, impactan o no en la efectividad misma del ejercicio del derecho de huelga.

tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que estas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”. Es de destacar que la jurisprudencia española exhibe diversas prácticas empresariales que fueron dirigidas para restar eficacia a esta garantía. Sobre el particular, léase SANGUINETI, Wilfredo. Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción), 2006. Finalmente, el punto (iii) es objeto de comentario en los siguientes capítulos de la presente obra.

Dicho lo anterior, como última anotación preliminar, se exhibe una radiografía del ejercicio del derecho de huelga en el Perú, el cual asienta las bases para el desarrollo de los siguientes capítulos.

RADIOGRAFÍA DEL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL PERÚ

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

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

A fin de contrastarlo en el sistema peruano de relaciones laborales, la presente obra aborda el análisis del ejercicio efectivo del derecho de huelga, delimitando su ámbito en base a tres factores: (i) material, (ii) espacial, y (iii) temporal.

Ámbito material: aplicación originaria del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

El ámbito material en que se circunscribe el análisis de la efectividad del ejercicio del derecho de huelga es el Sector Privado. Para efectos de la presente obra, se entiende por Sector Privado a aquellas relaciones colectivas de trabajo cuya normatividad sobre el derecho de huelga se sujeta al ámbito de aplicación dispuesta de manera originaria en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT), sus normas reglamentarias y complementarias. De este modo, por Sector Privado se considera a las relaciones colectivas de trabajo entre las empresas privadas y sus trabajadores, así como entre las empresas públicas sujetas al ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividades Empresarial del Estado - Fonafe y sus trabajadores.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, si bien la normatividad sobre el derecho de huelga dispuesto en el TUO de la LRCT se aplica a las relaciones colectivas entre las entidades y sus servidores civiles, ello responde a la reciente emisión de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal¹⁹. Así, el literal e) del artículo 13 de la norma precitada establece que, en el marco de la negociación colectiva descentralizada, los trabajadores pueden declarar la huelga, conforme a lo establecido en el TUO de la LRCT. Como se aprecia, se trata de una aplicación derivada o por remisión y no originaria en el TUO de la LRCT.

Es de acuerdo a este ámbito material (Sector Privado) que se analizan las huelgas comunicadas por las organizaciones sindicales y calificadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo con la finalidad de identificar si los requisitos o condiciones contemplados en el ordenamiento jurídico peruano impactan en aquello que se ha asumido por efectividad del ejercicio del derecho de huelga.

Ámbito espacial: alcance del ejercicio del derecho de huelga

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

Al respecto, teniendo en cuenta los principios que vinculan la relación entre los distintos niveles de gobierno: nacional, regional y local (los principios de unidad, taxatividad y residualidad, desarrollados por el Tribunal Constitucional²⁰), los gobiernos regionales y locales vinculan su actuación a las políticas y planes nacionales, y el gobierno nacional asume las competencias que no hubieran sido atribuidas de manera expresa a los gobiernos regionales y locales.

Con relación al gobierno nacional, en el año 2009, se publicó la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y

19 Hasta la vigencia del artículo 45 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, quedaba claro que el tratamiento normativo del derecho de huelga contenido en esta ley era aplicado a los servidores de las entidades públicas, excluyendo de sus alcances a los trabajadores de las empresas públicas sujetas al ámbito de Fonafe (quienes no ejercen función pública, conforme al artículo 40 de la Constitución Política del Estado).

20 Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2005, fundamentos jurídicos del 34 al 79.

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

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

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

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

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

TABLA 1
Criterios para determinar el alcance de la controversia

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

Elaboración propia.

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

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

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

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

Nacional o suprarregional	Instancia única
	Dirección General de Trabajo

Elaboración propia.

Atendiendo a lo expuesto, el ámbito espacial del análisis del ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú se encuentra delimitado a las comunicaciones de huelga, de alcance nacional o suprarregional, que fueron presentadas ante la Dirección General de Trabajo, dando lugar a que esta autoridad –en instancia única– emita pronunciamientos sobre la declaratoria de procedencia de huelga.

Ámbito temporal: periodo de huelgas comunicadas a la Autoridad Administrativa de Trabajo

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

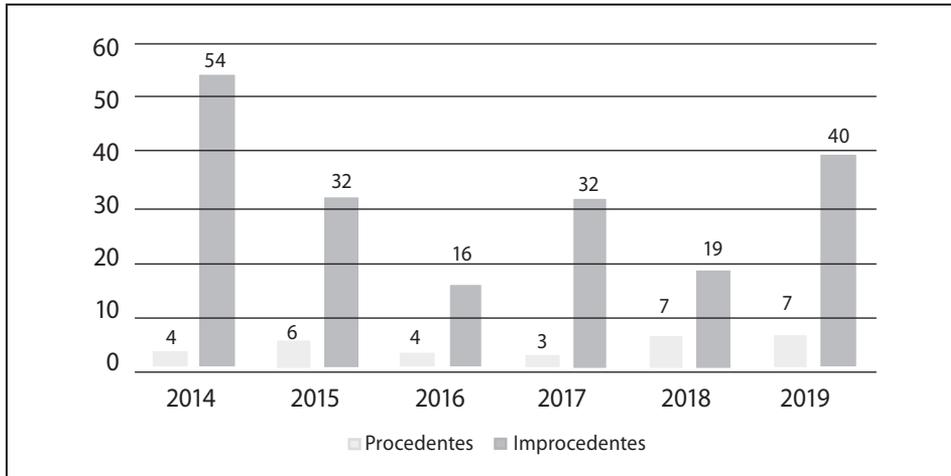
Asimismo, se optó por considerar este periodo (incluyendo el año 2019) en razón a las modificaciones normativas que fueron expedidas en materia de servicios mínimos, tales como el Decreto Supremo N° 009-2018-TR y la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR.

Sobre la base de lo expuesto, corresponde ahora realizar una mirada a las huelgas comunicadas por las organizaciones sindicales y calificadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo con la finalidad de visualizar cómo se ha desenvuelto el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú.

Para tal efecto, se revisaron doscientos veinticuatro (224) resoluciones directorales generales emitidas por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por medio de las cuales se resolvieron, en primera instancia, las comunicaciones de huelga en el Sector Privado durante el periodo 2014-2019.

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

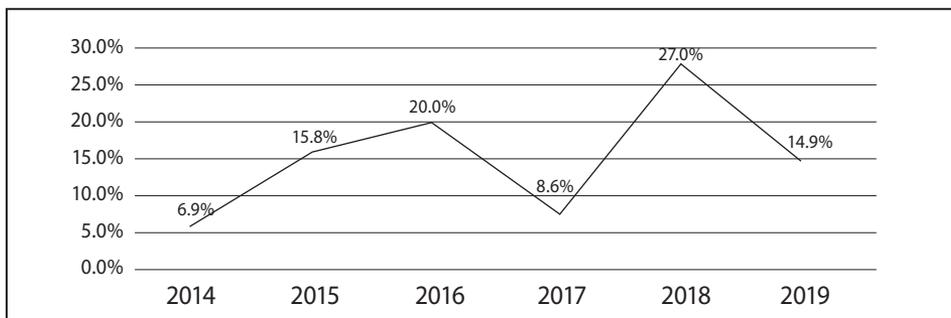
FIGURA 2
Número de huelgas comunicadas a la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019, según su calificación



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

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

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



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

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

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

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

TABLA 3
Normatividad para la comunicación del ejercicio del derecho de huelga

TUO de la LRCT	Reglamento de la LRCT
<p>Artículo 73.- Para la declaración de huelga se requiere:</p> <p>a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.</p> <p>b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.</p> <p>El acta de asamblea deberá ser refrendada por notario público o, a falta de este, por el juez de paz de la localidad.</p> <p>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.</p> <p>c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios</p>	<p>Artículo 65.- La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso c) del artículo 73 de la ley, se sujetará a las siguientes normas:</p> <p>a) Debe ser remitida por lo menos con cinco (05) días hábiles de antelación, o con diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, adjuntando copia del acta de votación;</p> <p>b) Adjuntar copia del acta de la asamblea refrendada por notario público, o a falta de este por juez de paz de la localidad;</p> <p>c) Adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la ley;</p> <p>d) Especificar el ámbito de la huelga, el motivo, su duración y el día y hora fijados para su iniciación; y,</p> <p>e) Declaración Jurada del secretario general y del dirigente de la organización sindical, que en asamblea sea designado específicamente para tal efecto, de que</p>

<p>públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación.</p> <p>d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.</p>	<p>la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la ley.^(*)</p> <p>(*) Literal e) del artículo 65 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR.</p>
---	---

Elaboración propia.

De la revisión de las reglas establecidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y en el artículo 65 del Reglamento de la LRCT, se advierte que estas reglas se dividen en “condiciones” y “requisitos”²¹.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en el plano del Derecho Administrativo, existe una diferencia entre lo que se entiende por “condición” y “requisito”, si bien esta distinción no fue recogida de modo expreso en el TUO de la LPAG, sí tiene un desarrollo jurisprudencial a partir de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi²².

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

“(…) las exigencias impuestas en calidad de **requisitos** son aquellos documentos y/o información solicitada por una entidad de la Administración Pública, a fin de iniciar la evaluación de una solicitud en particular. Por su parte, las **condiciones** son **elementos de evaluación** para aprobar o denegar una solicitud, entendiéndose a estos últimos no como piezas documentales (como es el caso de los requisitos), sino

21 Otros autores, siguiendo la calificación otorgada en el artículo 70 del Reglamento de la LRCT, organizan estas reglas en requisitos de fondo y requisitos de forma. Véase, por ejemplo, SARZO TAMAYO en: La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018; y ZAVALA COSTA & VÍLCHEZ GARCÉS en: El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo, 2016. Es de advertir que el primero ubica a la garantía de prestación de servicios mínimos (nómina de trabajadores) como requisito de fondo y el segundo como requisito de forma. Asimismo, MIRANDA HURTADO en: La huelga y sus límites, 2016, observa solo requisitos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y PASCO COSMÓPOLIS en: La huelga en el Perú, 1996, engloba a todos ellos en requisitos de forma.

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

como los **factores y aspectos de hecho o de fondo** que debe evaluar una entidad para determinar si corresponde la aprobación de lo solicitado” (numeral 70 de la Resolución N° 0609-2018/CEB-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 000161-2017/CEB) (resaltado agregado).

En consecuencia, los requisitos implican la presentación de documentación o suministro de información en el marco de un procedimiento administrativo, mientras que las condiciones son aquellos factores y aspectos de hecho o de fondo a evaluar por la autoridad para determinar si aprueba o no lo solicitado en el marco del procedimiento administrativo.

En el marco del procedimiento administrativo de declaratoria de huelga en el Sector Privado, se advierten las siguientes condiciones y requisitos:

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

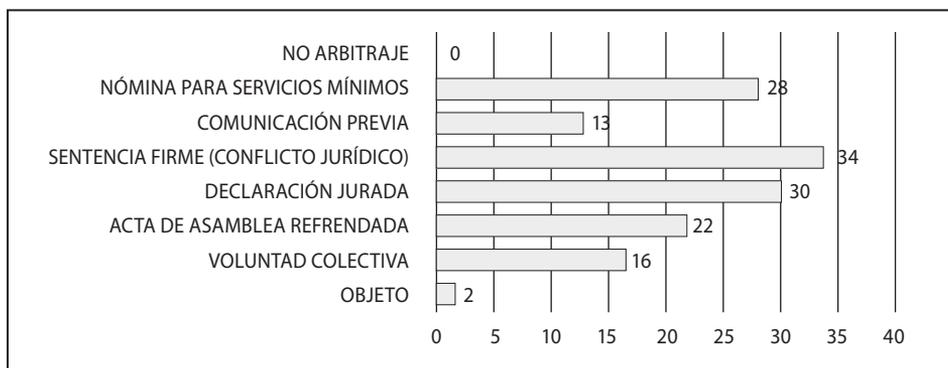
Condiciones	Requisitos
Objeto Voluntad colectiva Sentencia firme (conflicto jurídico) ^(*) No arbitraje	Acta de asamblea refrendada ^(*) Declaración jurada ^(**) Comunicación previa Nómina para servicios mínimos
(*) Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, esta condición fue suprimida	(*) Actualmente, este requisito fue flexibilizado con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR. No obstante, la sustitución del acta por la copia simple del Acta de Asamblea era posible por aplicación del numeral 49.1.1 del inciso 49.1 del artículo 49 del TUO de la LPAG, y temporalmente por aplicación del numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1499. (**) Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, este requisito fue suprimido.

Elaboración propia.

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

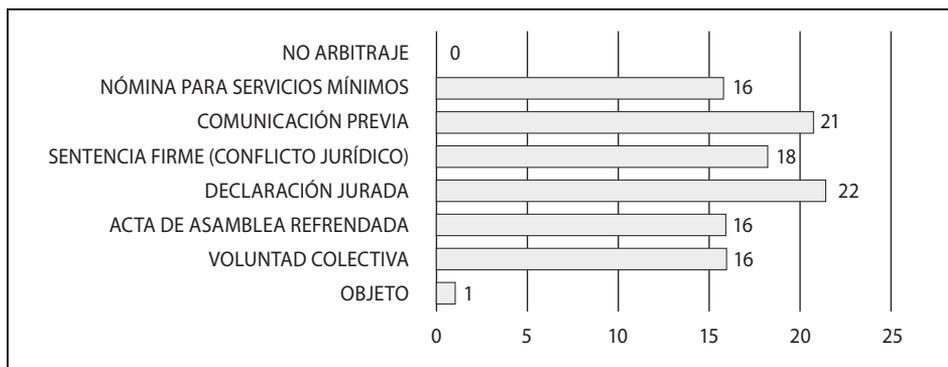
Cabe reiterar que, de acuerdo al ámbito de estudio delimitado, estas resoluciones corresponden a comunicaciones de huelgas del Sector Privado, de carácter nacional o suprarregional.

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



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

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



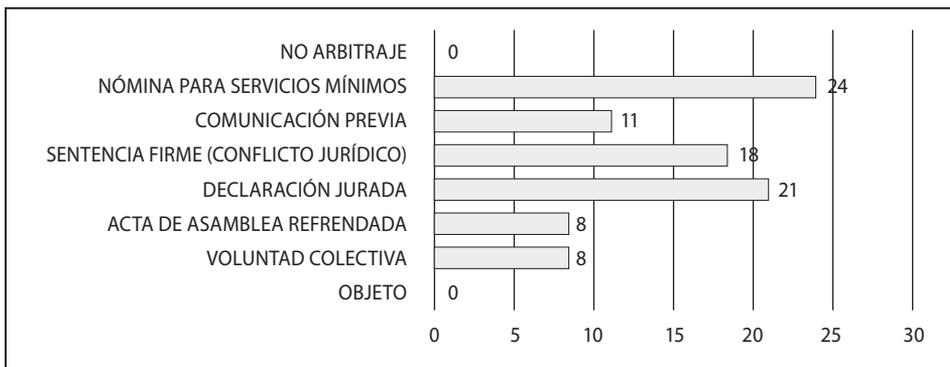
Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

FIGURA 6
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2016



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

FIGURA 7
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2017



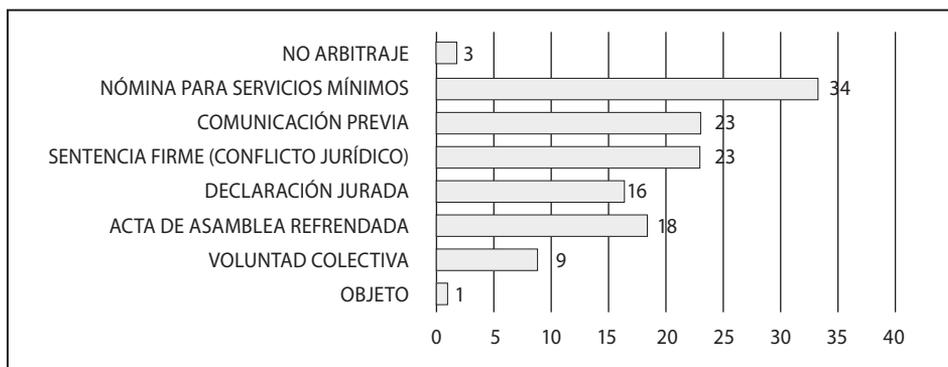
Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

FIGURA 8
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2018



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

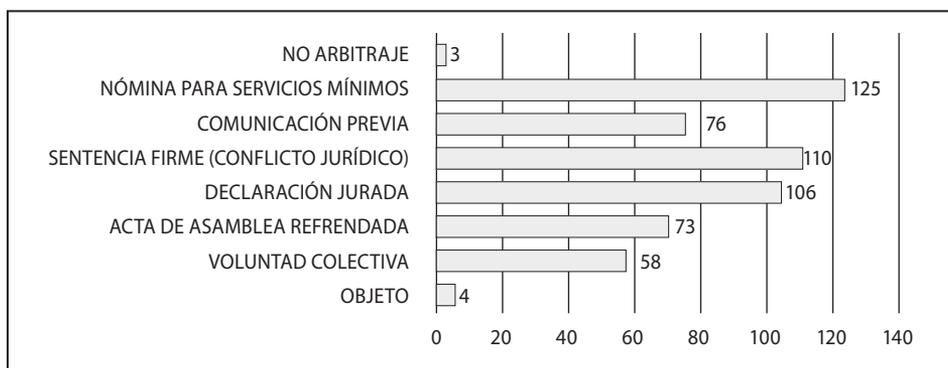
FIGURA 9
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2019



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

De la información reportada, se obtiene el número total de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes durante el periodo 2014-2019.

FIGURA 10
Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019

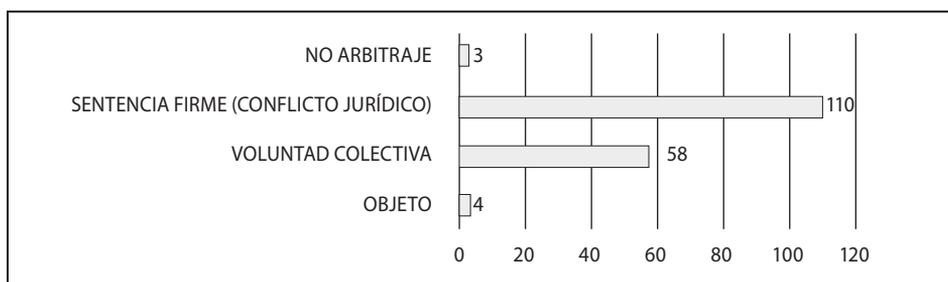


Fuente: Resoluciones directorales generales de la Dirección General de Trabajo.
 Elaboración propia.

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

a) Sobre las condiciones

FIGURA 11
Número de incumplimientos de condiciones presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019



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

El 2 % de las resoluciones emitidas en el periodo 2014-2019 que declararon improcedentes las huelgas comunicadas (de un total de 193 resoluciones),

fueron así resueltas por el incumplimiento de la condición de “no arbitraje”²³ por parte de las organizaciones sindicales. Similar porcentaje (2 %) respecto de dichas resoluciones, provino del incumplimiento de la condición de “objeto”²⁴.

Por su parte, un 30 % de dichas resoluciones se debió al incumplimiento de la condición de “voluntad colectiva”, y, un 57 %, al incumplimiento de la condición contemplada en el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “sentencia firme (conflicto jurídico)”, que opera en el supuesto en que las organizaciones sindicales tienen por motivo de huelga el incumplimiento de normas legales o convencionales, representando –de este modo– la principal condición inobservada por las organizaciones sindicales²⁵.

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

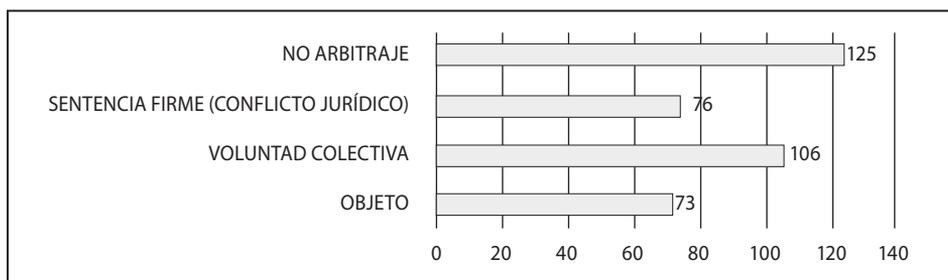
24 La condición vinculada a que la huelga tenga por “objeto” la defensa de los derechos de los trabajadores comprendidos en ella amerita un estudio más profundo que escapa del tema de investigación de la presente obra. Sin embargo, se puede indicar que las veces que se tuvo por no observada esta condición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

25 De igual manera, entre todas las condiciones, esta es la que amerita mayores comentarios ya sea por su establecimiento como condición o por la forma de entender cómo cumplirla. Tales circunstancias impiden que sea abordada en el esquema de investigación planteado. A propósito de la norma que soporta esta condición, se ha indicado que el ordenamiento jurídico peruano apuesta por un modelo de huelga, en el Sector Privado, calificado como contractual acompañado por un

b) Sobre los requisitos

FIGURA 12

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



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

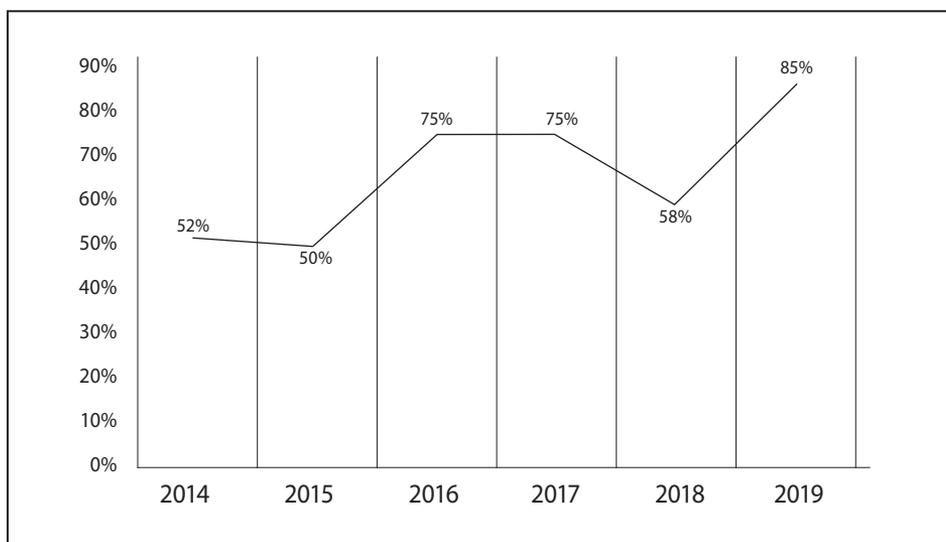
De este gráfico, se tiene que el 38 % de las resoluciones emitidas en el periodo 2014-2019 que declararon improcedentes las huelgas comunicadas (de un total de 193 resoluciones), fueron así resueltas por el incumplimiento del requisito de “acta de asamblea refrendada” por parte de las organizaciones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

Por su parte, un 55 % de dichas resoluciones se debió al incumplimiento del requisito de la “declaración jurada”, y un 65 %, al incumplimiento del requisito de la “nómina para servicios mínimos”, representando –de este modo– el principal requisito inobservado por las organizaciones sindicales. Pero no solo ello, sino que la “nómina para servicios mínimos” fue también el más inobservado en comparación con las condiciones, como se observa en el Gráfico 9.

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

modelo laboral atenuado (Sarzo Tamayo, 2018, pág. 19). Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se suprimió esta condición.

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



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

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

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

Sobre la base de la información revelada, se puede afirmar que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga en el Perú presenta severos inconvenientes²⁶.

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

En efecto, luego de contrastar el grado de cumplimiento de las organizaciones sindicales a la normatividad correspondiente para el ejercer el derecho de huelga, así como la calificación realizada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, son dos (2) indicadores los que resaltan de la afirmación antes mencionada: el primero es que, en promedio, solo el 13.83 % de comunicaciones de huelga son declaradas procedentes, y el segundo es que el 65 % de las reglas no observadas por las organizaciones sindicales es el referido al requisito de la “nómina para servicios mínimos”.

Dadas las anotaciones preliminares expuestas, ingresamos a desarrollar el contenido de la presente obra con el propósito de examinar si la configuración normativa de los servicios mínimos tiene o no un impacto en el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú.

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

Capítulo I

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

La presente obra inició con tres anotaciones preliminares con el objetivo de asentar el tema de investigación, permitiendo revelar que el requisito referido a la presentación de la nómina de trabajadores para garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos constituye el principal incumplimiento de las organizaciones sindicales del Sector Privado cuando comunican a la Autoridad Administrativa de Trabajo el ejercicio del derecho de huelga de alcance o ámbito nacional o suprarregional, al menos, durante el periodo 2014-2019.

A consecuencia de la revelación descrita, en este capítulo se indagan dos (2) interrogantes vinculadas al requisito de la nómina de trabajadores para el mantenimiento de los servicios mínimos: ¿qué son los servicios mínimos? y ¿cómo está regulada la garantía de los servicios mínimos en el ordenamiento jurídico peruano?

1. SERVICIOS ESENCIALES: UNA CUESTIÓN DE CONCEPTO EN LA DISCIPLINA DEL DERECHO

El estudio del derecho de huelga y los servicios esenciales puede abordarse desde la inserción de la huelga en el sistema de derechos y en el régimen de límites recíprocos²⁷, escenario en el que se surge el debate de los límites

27 Sobre el particular, se ha sostenido que “desde el momento en que la huelga se instrumenta como derecho y sobre ella opera la disciplina jurídica pasa a encuadrarse necesariamente en el ordenamiento general que garantiza su ejercicio dentro de ciertos límites. Así enunciado, el principio es indiscutible; si todo derecho nace con su límite, el derecho de huelga no constituye excepción; esto es, no es una expresión de una libertad plena y absoluta” (Mantero Álvarez, 1992, pág. 17). Asimismo, VILLAVICENCIO ha indicado, citando a la obra colectiva *Manual de Derecho Sindical*, liderada por MONEREO PEREZ, que “la consagración de la huelga como derecho implica su inserción en el sistema de derechos y, por tanto, su ingreso al inevitable régimen de límites recíprocos que caracteriza a cualquier régimen de derechos dentro del orden jurídico general” (Villavicencio Ríos, 2008, pág. 445). Con mayor precisión, MONTTOYA expone que “el derecho de huelga y esos otros derechos constitucionales se enfrentan, imponiéndose una coordinación entre ellos que evite la pura y simple anulación de un derecho por otro. Dicho de otro modo, la huelga no puede suprimir esos servicios esenciales, pero tampoco los servicios esenciales pueden llegar a bloquear radicalmente la posibilidad de huelga” (Montoya Melgar, 1996, pág. 112).

internos y externos al derecho de huelga²⁸. Sin embargo, para la presente obra, se opta por ingresar a su estudio a partir del concepto “servicios esenciales” y una característica poco analizada en el Perú: la ausencia de homogeneidad del concepto en la disciplina del Derecho²⁹.

El concepto “servicios esenciales” opera en el Derecho del Trabajo con un propósito distinto al utilizado por otras disciplinas jurídicas, en especial, el Derecho Administrativo (García, 2006, pág. 450). Para el primero, este concepto “describe el ámbito en el que ejercicio del derecho de huelga experimenta una regulación adicional y específica de carácter restrictivo” (Vivero Serrano, 2002, pág. 130) y, para el segundo, los servicios esenciales son definidos como “actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos” (Martínez López-Muñiz, 2001, pág. 269)³⁰.

De lo anterior, apreciamos que el concepto “servicios esenciales” en el Derecho del Trabajo se presenta como un mecanismo que habilita la generación de disposiciones normativas que buscan la restricción al ejercicio del derecho de huelga. Para el Derecho Administrativo, por su parte, el concepto “servicios esenciales” se encuentra vinculado con la satisfacción de necesidades de la población.

Si bien la restricción o la introducción de algún límite al ejercicio del derecho de huelga reposa en los valores constitucionales que se busca proteger con el mantenimiento las *prestaciones vitales*³¹ de las que no puede privarse a la sociedad, ello no debería conducir a que se identifique la concepción de

28 Esta aproximación la apreciamos en el artículo de Villavicencio Ríos, Alfredo. “Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva regulación”. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez (443-473). Lima: Grijley. Asimismo, la entrada al estudio de la huelga desde la clasificación de los límites internos y externos la encontramos en el artículo de Arce Ortiz, Elmer. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica (383-396). Lima: Grijley.

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

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

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

los servicios esenciales para el Derecho del Trabajo con aquellas prestaciones que satisfacen el interés general³².

No aceptar ni reconocer el distinto enfoque que ambas disciplinas le otorgan al concepto “servicios esenciales” (y con ello una evolución natural del término y su significado) ha conllevado que en el Perú se postulen críticas al enfoque laboral, acusando de “estrechez conceptual” fundar los servicios esenciales únicamente en la tutela de tres bienes jurídicos (vida, seguridad y salud) (Morón Urbina, 2013, pág. 278)³³.

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

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

33 Este autor –quien se sostiene en lo señalado en el libro “La huelga en los servicios esenciales” del maestro en Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne– afirma que “la categoría de servicios públicos esenciales ha sido desarrollada en el Derecho de Trabajo de modo paralelo a los servicios públicos del que nos habla el Derecho Administrativo, a la medida de sus necesidades para delimitar el derecho de huelga, sin reconocer identidad entre ambas nociones” (Morón Urbina, 2013, pág. 272). Si bien en este artículo se menciona que los términos “servicios públicos” y “servicios esenciales” fueron acuñados por ambas ramas del Derecho con propósitos distintos, nosotros identificamos cierta relación de género a especie, lo cual ha originado que se cuestione la configuración del concepto “servicios esenciales” dada por el enfoque laboral, llegando incluso a sostenerse que la posición jusadministrativa ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2007-PI/TC, de fecha 19 de setiembre de 2008. Sobre esto último, como se indica en el siguiente apartado, no se trata de que el concepto “servicios esenciales” postulado por el enfoque laboral haya sido calificado negativamente por el Tribunal Constitucional, sino que se acudió a los pronunciamientos del mismo órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo, que posicionó el concepto “servicios esenciales” para el Derecho del Trabajo. Desde otra mirada, asumiendo la relación de género a especie entre los “servicios públicos” y “servicios esenciales”, respectivamente, pero sin buscar la crítica de una posición a la otra, se ha señalado que “los servicios esenciales (...) es también un servicio público, pero que tiene determinadas características que lo hacen de necesaria e inaplazable necesidad” (Asociación Derecho & Sociedad, Círculo de Estudios, 1992, págs. 47-48). Asimismo, esta relación de género a especie, ha sido alegada por PASCO COSMÓPOLIS en La huelga en el Perú, 1996, pág. 222.

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

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

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

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

Por un lado, el numeral 2 del artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en concordancia con lo establecido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reafirma la posición que la limitación y restricción del ejercicio de los derechos sindicales (entre ellos, la huelga) solo debe provenir de una fuente normativa específica: la ley³⁴; y, por otro lado, se aprecia que la limitación y restricción está cimentada tanto por los objetivos que se buscan tutelar con ellas, supuesto en el que se encuentra la salvaguarda del orden público, salud, moral pública y derechos y libertades de los

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

demás, como por la situación especial del sujeto de derecho: los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

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

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

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

Para finalizar este apartado, se da cuenta de una reciente muestra de cómo el concepto de servicios esenciales ha sido tratado en el Perú de modo distinto al utilizado por el Derecho del Trabajo³⁵.

En el marco del estado de emergencia nacional declarada por la pandemia del COVID-19, el Poder Ejecutivo dictó los Decretos Supremos N° 044-2020-PCM y N° 003-2020-DE, por medio de los cuales se acudió al concepto “servicio esencial” no para restringir el ejercicio del derecho de huelga, sino para establecer una excepción a la limitación al ejercicio del derecho a la libertad

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

de tránsito de las personas y permitir la intervención de las Fuerzas Armadas, respectivamente. El Estado utilizó este concepto con el objetivo de definir para qué actividades y servicios se encontraban permitidas la circulación de las personas durante el estado de emergencia nacional; y por otro lado, con el objetivo de asegurar el control y mantenimiento del orden interno³⁶.

Por lo demás, que el concepto de servicios esenciales –desde el enfoque laboral– se restrinja a tutelar únicamente los bienes jurídicos vida, seguridad y salud, no implica que la preservación de otros bienes jurídicos posibilite la limitación del ejercicio del derecho de huelga³⁷. Así, el surgimiento de otros conceptos, entre ellos, los *servicios mínimos*, contruidos a partir del concepto servicios esenciales, y su funcionalidad, son abordados en el siguiente apartado.

2. SERVICIOS MÍNIMOS: LA POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Comité de Libertad de la OIT, a través de la recopilación de sus decisiones sobre la libertad sindical (2018), ha desarrollado doctrina de obligatoria remisión si se trata de analizar sobre los servicios mínimos en caso de huelga. Dicha doctrina permite comprender qué son los servicios mínimos desde la posición de la OIT, a partir del tratamiento de dos interrogantes: en caso de huelga ¿cuáles son los supuestos que habilitan la imposición del mantenimiento de servicios mínimos? y ¿qué se busca garantizar con los servicios mínimos?

Para atender la primera interrogante debe indicarse, en principio, que se puede clasificar las restricciones (limitaciones o prohibiciones) al derecho de

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

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

huelga, según el factor coyuntural, subjetivo y material. El factor coyuntural responde a la restricción impuesta en contextos de crisis nacional aguda (párrafo 824). Por su parte, el factor subjetivo se entiende para los que ejercen función pública o ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado (párrafo 828). Y el factor material tiene que ver con los servicios esenciales (párrafo 836). Respecto de este último, constituye factor material porque la restricción está referida a aquel espacio donde se desenvuelve el derecho de huelga: paralización de actividades. Así, debido a este factor, la restricción ingresa a dicho espacio para quebrar la paralización total y permitir la continuación de actividades en determinados supuestos.

Después, para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la categoría de servicios esenciales se clasifica hasta en tres subcategorías: (i) servicios esenciales en sentido estricto del término, (ii) servicios esenciales por extensión o servicios no esenciales que pueden convertirse en servicios esenciales y (iii) servicios públicos de importancia trascendentales.

Sobre la primera subcategoría, dicho comité lo define como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (párrafo 838). Por la segunda subcategoría, se entiende que “un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población” (párrafo 837). Finalmente, servicio público de importancia trascendental es aquella situación “en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones” (párrafo 867).

Ahora bien, según los casos analizados por el Comité de Libertad Sindical, se indicó que en estas subcategorías pueden imponerse servicios mínimos. Así, se admitió la imposición de un servicio mínimo “en caso la paralización de un servicio no esencial en el sentido estricto del término de un sector de muy alta importancia del país” (párrafo 868), asimismo “en casos de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar daños irreversibles” (párrafo 869) y “en caso de una huelga cuya magnitud y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda” (párrafo 871).

Luego, dicho comité expuso que “un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga” (párrafo 867).

Según lo señalado hasta aquí, la posición de la OIT es que la categoría de servicios mínimos tiene doble funcionalidad en relación a los servicios esenciales como limitación del ejercicio del derecho de huelga: **(i) como alternativa a la prohibición para los servicios esenciales en sentido estricto y (ii) como limitación preferente para los servicios que no son esenciales en sentido estricto.**

De otro lado, recientemente, a través de la Opinión Consultiva OC-27/21 de 05 de mayo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), considerando, como fuente de derecho internacional, las opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, indicó en el fundamento 104 que:

“(...) los Estados deberán buscar soluciones sustitutivas para aquellos casos en que la prohibición total de la huelga se pueda evitar cuando un servicio mínimo fuese una solución adecuada para garantizar las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento seguro de las instalaciones en que se presta el servicio considerado como “esencial” (...).”

Tal como se aprecia, la CIDH solo acogió en su pronunciamiento la primera funcionalidad de los servicios mínimos: alternativa a la prohibición para los servicios esenciales en sentido estricto³⁸.

Respecto a la segunda interrogante ¿qué se busca garantizar con los servicios mínimos?, el Comité de Libertad Sindical desarrolló dos (2) categorías para justificar la imposición de servicios mínimos: (i) servicio mínimo de seguridad y (ii) servicio mínimo de funcionamiento.

En cuanto a la primera categoría, se indicó que la limitación del derecho de huelga por medio del mantenimiento de servicios mínimos constituye una restricción admisible o normal cuando se trata: (i) de respetar los reglamentos de seguridad (párrafo 864), o (ii) de procurar la seguridad de las instalaciones de la empresa y la prevención de accidentes (párrafo 865).

Asimismo, en cuanto a la segunda categoría, se consideró que el establecimiento de un servicio mínimo en caso de huelga tiene como propósito

38 Esta posición también fue acogida por la CIDH, en el marco de su competencia contenciosa, en el fundamento 23 del voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot correspondiente al caso “extrabajadores del organismo judicial vs. Guatemala” (sentencia de 17 de noviembre de 2021).

que la paralización de actividades no ponga en peligro: (i) la salud de la persona en toda o parte de la población (párrafos 866, 872 y 873) y la seguridad pública (párrafos 866, 870 y 872), o (ii) por su extensión y duración, las condiciones normales de existencia de la población a causa de una situación de crisis nacional aguda (párrafos 866, 871 y 873) y asegure la satisfacción de las necesidades básicas de la población (párrafos 866, 867 y 874).

Como se observa, estos supuestos se caracterizan por tener a la colectividad como destinatarios de los servicios mínimos, así como el afán por preservar aquellos bienes jurídicos de alto interés para la propia colectividad, excluyendo de esta concepción al interés privado o particular del empleador.

Las dos categorías antes indicadas también fueron acogidas por el CIDH cuando mencionó, en el fundamento 104 de la Opinión Consultiva OC-27/21, que el servicio mínimo debe garantizar: (i) las necesidades básicas de los usuarios o (ii) el funcionamiento seguro de las instalaciones, en los cuales el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, respectivamente.

Contrastando con la calificación otorgada por el Comité de Libertad Sindical, el primer supuesto se identifica con la categoría de servicio mínimo de funcionamiento y el segundo supuesto con la categoría de servicio mínimo de seguridad.

En cualquier caso, debido a la doble funcionalidad que tiene en relación a los servicios públicos esenciales, los servicios mínimos no deben constituir un mecanismo para que la huelga sea inoperante (párrafo 104 de la Opinión Consultiva OC-27/21).

Es decir, conforme a las opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales constituyen fuente de derecho internacional, la imposición de servicios mínimos en caso de huelga solo se justifica en los supuestos antes aludidos, los cuales le dotan de contenido a las categorías de servicio mínimo de seguridad y de servicio mínimo de funcionamiento.

3. LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Habiendo abordado en el apartado precedente los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga desde el enfoque de la OIT, corresponde atender la segunda interrogante esbozada para este capítulo: ¿cómo está regulada la garantía de los servicios mínimos en el ordenamiento jurídico peruano?

Para ello, se parte de la premisa que –para el constituyente– la finalidad de regular el derecho de huelga es que la medida de presión se ejerza en armonía con el *interés social* y es por esta finalidad, en consecuencia, que se admite el establecimiento de excepciones y limitaciones³⁹.

El Tribunal Constitucional hizo notar que, en rigor, esta finalidad no debe entenderse con el *interés social*, sino con el *interés público*, en razón de que este último “*hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto*”⁴⁰ (Caso Yanacocha, 2006, fundamento 18).

Una de las limitaciones que el legislador prevé para que la huelga se ejerza en armonía con el interés público es el mantenimiento de los servicios mínimos⁴¹. Recuérdese que, en base a lo explicitado en el apartado anterior, para la OIT, la doble funcionalidad de los servicios mínimos consiste en constituir una alternativa a la prohibición del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales calificados en sentido estricto, así como una limitación preferente para aquellos servicios que no lo son.

Ambas funcionalidades son acogidas en el ordenamiento jurídico peruano: el límite al ejercicio del derecho de huelga en el Perú frente a los servicios esenciales (sean calificados en sentido estricto o no) impone el mantenimiento de servicios mínimos y no su prohibición.

Las reglas que permiten viabilizar la operatividad de este límite se encuentran previstas en el TUO de la LRCT, en el Reglamento de la LRCT, y en las “Normas complementarias al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas

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

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

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

de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, que regulan la comunicación de servicios mínimos y el procedimiento de divergencia, así como las características técnicas y los honorarios referenciales del órgano independiente encargado de la divergencia (...)", aprobado por la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR (en adelante, Normas Complementarias).

Sobre la base de lo indicado, la respuesta a la interrogante planteada en este apartado se afronta a partir de tres (3) enfoques, los cuales se identifican en la construcción normativa de los servicios mínimos en el Perú: (i) la regulación del contenido de los servicios mínimos, (ii) la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, y (iii) la regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos.

3.1. Contenido de los servicios mínimos

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

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

De este articulado, se puede explicar el contenido de los servicios mínimos en función de dos interrogantes: por un lado, ¿en qué supuestos normativos se manifiesta la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga? y, por otro lado, ¿de qué modo se materializa la limitación de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga? Las respuestas para ambas preguntas son atendidas a continuación.

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

En cuanto a la primera pregunta, debe señalarse que, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 82 del TUO de la LRCT, esta limitación se manifiesta en dos categorías: actividades indispensables para la empresa y servicios públicos esenciales, reguladas en los artículos 78 y 83 del mismo dispositivo normativo, respectivamente⁴².

42 El Decreto Supremo N° 070-90-TR es el antecedente normativo de las categorías de servicios públicos esenciales y actividades indispensables para la empresa. Luego, bajo la influencia de la

Actividades indispensables para la empresa

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

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

“aquellas labores (...) cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga”.

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

En cuanto a los riesgos (i), (ii), y (iii), el interés por salvaguardar la integridad física de las personas y la seguridad o conservación de los bienes de la empresa como supuestos que habilitan la limitación del ejercicio del derecho de huelga no es ajeno para la OIT. Concretamente, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones admiten la imposición de un “servicio mínimo de seguridad” para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones de la empresa⁴³.

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

43 Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical considera admisible que una legislación contenga la obligación para las organizaciones profesionales de “procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, párrafo 865), y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones indicó que “el servicio mínimo (...) sería adecuado en las situaciones en que no aparece justificada una limitación

Qué duda cabe que la paralización de las actividades vinculadas, por ejemplo, al mantenimiento o supervisión de la caldera de vapor, en las actividades industriales, o al sistema de bombeo de agua, en las actividades mineras, pueden comprometer seriamente a la integridad física de los trabajadores, funcionarios, o personas en general, así como a las instalaciones de la empresa⁴⁴.

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

Sin embargo, en cuanto al riesgo (iv), el carácter independiente o autónomo que se le brinda a este supuesto normativo, respecto de los demás⁴⁵, genera reparos al autor de la presente obra debido a que no se podría sostener que la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa instaura una excepción a la suspensión de actividades y, con ello, el surgimiento de los servicios mínimos como limitación constitucional al ejercicio del derecho de huelga.

Tal como se indicó en el apartado 1.1. y 1.2., el concepto de servicios esenciales y las categorías derivadas de ella se construyeron para tutelar bienes jurídicos concretos e intereses colectivos y es, en esa medida, que se admite

importante o la prohibición total de la huelga y en que (...) podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones” (*Libertad sindical y negociación colectiva*, 1994, pág. 77).

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

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

el mantenimiento de los servicios mínimos como límite válido al ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, si se parte de la concepción adoptada por el Tribunal Constitucional en el caso Yanacocha (Expediente N° 3311-2005-PA/TC) y, más precisamente, en el caso de la Ley Marco del Empleo Público (Expediente N° 008-2005-PI/TC), ¿la colectividad o el interés público se verían tutelados si la empresa reanuda de forma inmediata su actividad ordinaria una vez que concluya la huelga?⁴⁶.

Para el autor de la presente obra, la inmediatez o no de la reanudación ordinaria de actividades es una contingencia que debe sobrellevar el empleador, sea porque constituye una consecuencia regular de la paralización de labores ocasionada por diverso motivo⁴⁷ o, en aquellos casos donde la actividad transcurre de manera ininterrumpida, porque los puestos y posiciones de trabajo vinculados a la producción serán los que paralicen y no aquellos que pongan en riesgo los bienes jurídicos tutelados y el interés público.

Debido a que este riesgo busca tutelar el interés privado o individual del empleador y no el interés colectivo o público de la ciudadanía, no resulta compatible con la finalidad prevista en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado⁴⁸.

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

47 Piénsese, por ejemplo, en el detenimiento de una línea o proceso de producción que se ocasiona a consecuencia de un feriado largo o acontecimientos de fechas especiales. Incluso, el aislamiento social obligatorio, dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, en el marco de la declaración del estado de emergencia nacional dada por el COVID-19, generó que un gran sector de empleadores, a excepción de los casos indicados en el artículo 4 de dicho decreto supremo, tuvieran que paralizar toda su actividad productiva, no siendo considerada la inmediatez de la reanudación ordinaria de actividades un factor a considerar para que determinados trabajadores desacaten la limitación a la libertad de tránsito una vez levantada (gradualmente) el aislamiento social obligatorio.

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

Servicios públicos esenciales

La categoría de servicios públicos esenciales⁴⁹ fue concebida en el Perú⁵⁰, utilizando la técnica de la enumeración⁵¹; es decir, se elaboró un catálogo de actividades que la normatividad califica como esenciales.

Cabe precisar que, en virtud del literal j) del artículo 83 del TUO de la LRCT (“otros que sean determinados por Ley”), se trata de un catálogo abierto⁵² que va en línea con el criterio expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT cuando recuerda que “sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales” (Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, pág. 75)⁵³.

-
- 49 La utilización terminológica en la normatividad peruana fue comentada por CORTEZ ARCELÉN quien afirma que “la norma utiliza principalmente la denominación de servicios públicos esenciales, entendiendo el servicio público no desde el punto de vista de quien brinda el servicio, sino de quien recibe el servicio. En el concepto están involucrados ciertos servicios brindados por el Estado, como también por los particulares”. (La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley N°25593, 1993, pág. 118). Asimismo, es de indicar que el término servicios públicos esenciales o servicios esenciales ha sido utilizado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de manera indistinta, como se observa en el segundo párrafo del artículo 82.
- 50 Las reglas vinculadas al ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales aparecen por primera vez en el Perú con el Decreto Supremo N° 070-90-TR. En esta norma, para la determinación jurídica de los servicios esenciales, se adoptó la técnica de la definición (artículo 1), acompañado de la técnica de la enumeración (artículo 2). Llama la atención la similitud de las técnicas adoptadas, así como de la redacción de este decreto supremo con el artículo 1 del Decreto 2184/90, dictada meses antes por el Poder Ejecutivo de Argentina.
- 51 A esta técnica, el profesor VILLAVICENCIO RIOS la reconoce como “definición en numerativa” (Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular), 2008, págs. 451-452).
- 52 Por su parte, sobre la base del texto normativo del Decreto Ley N° 25593, PASCO COSMÓPOLIS ha señalado que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo “opta por el sistema de enumeración cerrada o de *numerus clausus*, aunque matizado con una suerte de apertura enunciativa” (La huelga en el Perú, 1996, pág. 223). Recuérdese que el literal j) de este decreto ley establecía como servicio público esencial las actividades cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes. Esta apertura enunciativa a la que hacía alusión PASCO COSMÓPOLIS con relación al literal i) mostraba una seria dificultad por cuanto aquel riesgo podría englobar muchas manifestaciones distintas a la integridad física de las personas, como el aspecto la emocional, la cual evidentemente conlleva un aspecto subjetivo marcado. En este sentido, CORTEZ CARCELÉN comentaba que “el inciso j), referido a los servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes, es de una amplitud cuestionable. No se determina a qué tipo de riesgo se refiere, ni cuáles son los derechos protegidos en este campo” (La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley N°25593, 1993, pág. 121).
- 53 El profesor ARCE ORTIZ mantiene una posición crítica respecto del listado de actividades establecido en el artículo 83 del TUO de la LRCT, pues “permite abrir por normas con rango de ley el listado de servicios esenciales”, situación que considera peligroso por cuanto el legislador podría aumentar los límites de un derecho constitucional, devaluando el rango constitucional

La incorporación de determinadas actividades en este catálogo como la de hidrocarburos, transporte y de correos, fue objeto de cuestionamiento por parte de la doctrina nacional debido a que estas fueron excluidas como servicios esenciales en sentido estricto de la lista efectuada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Arce Ortiz, Elmer, Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, pág. 395). Asimismo, se criticó la imprecisión de los servicios o el carácter de cláusula abierta que presenta la norma con relación a las actividades de naturaleza estratégica o que se vinculan con la defensa o seguridad nacional⁵⁴.

Lejos de emitir un juicio sobre dichas observaciones⁵⁵, lo cierto es que la normatividad peruana vigente construyó el supuesto de servicios públicos esenciales –en determinados casos– sin seguir el contenido de la categoría servicios esenciales expuesta en el seno de la OIT: califica como servicios públicos esenciales a actividades o servicios que para la OIT no son servicios esenciales en sentido estricto (como la radio-televisión, los sectores del petróleo, el transporte, la generación, transporte y distribución de combustible o la educación) y no considera actividades o servicios que para la OIT sí son servicios esenciales (servicios de bomberos o el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares).

Incluso, la normatividad peruana comprende una categoría dentro de otra. Así, en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 070-90-TR, se incluyó la categoría servicios esenciales por extensión (actividades o servicios que debían ser definidas por el ministerio del sector correspondiente) como un criterio para identificar a la categoría de servicios esenciales. Del mismo modo, se observa que el artículo 67 del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, recoge criterios de la categoría servicios

que adquiere el derecho de huelga (Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, págs. 395-396). En cuanto al incremento de actividades, es de señalar que la calificación de servicio público esencial, provenientes de la habilitación legal prevista en el literal j), ha sido utilizada para el servicio educativo (Ley N° 28988) y la actividad de control de tránsito aéreo (Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú).

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

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

esenciales en sentido estricto y la categoría servicios esenciales por extensión⁵⁶ con la finalidad de visibilizar los bienes jurídicos que busca proteger el supuesto de servicios públicos esenciales, los cuales son “preservar la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población”.

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

Examinar la construcción normativa en el Perú sobre los supuestos normativos que habilitan la limitación del ejercicio del derecho de huelga sugiere abordarla desde (i) las distintas categorías adoptadas en el seno de la OIT (las cuales adquieren como principal característica la flexibilidad en su utilización, pues permite que los países miembros lo adecúen a su propia realidad) y (ii) las diversas técnicas que ha identificado la doctrina para la determinación jurídica de aquellas actividades que ameritan el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

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

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

Con anterioridad a la emisión del Decreto Ley N° 25593, el literal g) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 070-90-TR habilitaba que la calificación de determinadas actividades como servicios esenciales lo realice la

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

Administración, a través del titular del sector correspondiente, y, para el caso del servicio de administración de justicia, esta calificación se realice a discreción de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la huelga (Cortés Carcelén, 1993, pág. 121).

Posteriormente, esta habilitación fue objeto de un doble cambio: por un lado, se eliminó la posibilidad de que la Administración efectúe esta calificación y, por otro lado, se previó que esta calificación se traslade al ámbito del empleador, quien lo efectúa cuando comunica los servicios mínimos a la Autoridad Administrativa de Trabajo y a la organización sindical, al amparo del artículo 82 del TUO de la LRCT⁵⁷.

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

Es decir, si bien desde la emisión del Decreto Ley N° 25593 la organización sindical tuvo la habilitación legal para cuestionar la calificación *motu proprio* del empleador, a través del procedimiento de divergencia, este no tenía manera de llevarse a cabo para que sea atendido por la Autoridad Administrativa de Trabajo⁵⁸. Por el contrario, en la actualidad, la normatividad precisa que el cuestionamiento realizado por la organización sindical se efectúa a los puestos de trabajo identificados como servicios mínimos por el empleador (literal (i) del artículo 9.2.) y debe sustentarse en la inexistencia de actividades indispensables en la empresa o entidad, o en la no prestación de un servicio público esencial por parte de ella (literal (i) del artículo 9.3.).

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

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

Por último, si bien la normatividad peruana no regula la posibilidad de acuerdo entre la organización sindical y el empleador para calificar determinadas actividades como servicios públicos esenciales o actividades indispensables (en razón de que dicha facultad está reservada a la ley o la voluntad unilateral del empleador), el acuerdo sí tiene cabida respecto de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, según se explica en el apartado 1.3.2.

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

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

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

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

Es necesario resaltar dicha premisa porque no son los trabajadores huelguistas los que importan en la limitación de los servicios mínimos, sino las posiciones y/o los puestos de trabajo implicados en una paralización de actividades producto del ejercicio del derecho de huelga. Diferenciar cuáles son los servicios mínimos de quiénes deben cubrirlos es necesario para que no se pretenda instrumentalizar esta limitación (admitida) al ejercicio del derecho de huelga como una estrategia para –de manera indirecta– restar sus posibilidades de manifestación en el ámbito subjetivo, es decir, a sus titulares.

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

coadyuvar a precisar el contenido de los servicios mínimos⁵⁹ en cualquiera de sus formas de determinación objetiva.

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

Estas reglas permiten sincerar la información sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores requeridos para cubrir los servicios mínimos y, con ello, dotar de objetividad a cualquier forma de determinación objetiva en esta materia.

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

3.2. Determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos

En principio debe quedar anotado que la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos hace referencia a los mecanismos establecidos para identificar qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga. Por ello, es pertinente diferenciar esta determinación con la referida a la calificación de servicios esenciales, cuyas técnicas o formas de determinación fueron mencionadas en el apartado 1.3.1.

59 Esta afirmación se realiza porque –hasta antes de la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR– la ausencia de reglas precisas sobre este aspecto dejaba margen de actuación para que un empleador identifique los puestos y el número de trabajadores requeridos para cubrir dichos puestos en función a la presencia activa de los trabajadores sindicalizados, desnaturalizando la finalidad de los servicios mínimos.

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

TABLA 5
Ámbito objetivo de los servicios mínimos

N°	Técnicas de determinación	Fuente normativa
1	Voluntad unilateral del empleador	Segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT
2	Acuerdo entre el empleador y trabajadores u organizaciones sindicales	Artículos 67-A.1 y 67-A.2 del Reglamento de la LRCT ⁶⁰
3	Decisión heterónoma	Parte final del segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT

Elaboración propia.

Voluntad unilateral del empleador

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

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

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

No existe la obligación o el deber del empleador de definir los servicios mínimos, sino que, de requerir el mantenimiento de determinados puestos de trabajo y número de trabajadores para cubrirlo en caso de huelga, el empleador

⁶⁰ Antes de la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, la fuente normativa de esta técnica de determinación era el cuarto párrafo del artículo 67 del Reglamento de la LRCT.

tiene que elaborar y presentar una comunicación de servicios mínimos. De ahí que, si el empleador no lo presenta, no incurre en el incumplimiento de una obligación sustantiva⁶¹, sino que –únicamente– dicha omisión repercute en la esfera de actuación de la organización sindical, pues esta última ya no tiene la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos.

Tal interpretación se extrae del artículo 82 del TUO de la LRCT, el cual regula el objeto de la comunicación de servicios mínimos. Según este artículo, la comunicación de servicios mínimos tiene por objeto que “los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga”. Recuérdese que el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT⁶² establece que uno de los requisitos de la comunicación de huelga es que la organización sindical “tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables, debe indicar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando”.

Ello quiere decir que, si el empleador no presenta la comunicación de servicios mínimos, la organización sindical no tiene por qué cumplir con proporcionar la nómina de trabajadores en la comunicación de huelga, dejando sin efecto el requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Por tal motivo, podría señalarse que se trata de un requisito condicionado.

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

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

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

62 Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, se modifican los requisitos para la comunicación de huelga. El requisito de la nómina para servicios mínimos que estaba contemplado en el literal c) se inserta como parte de los requisitos previstos en el literal a) del artículo 65 del referido decreto supremo.

Respecto del primer aspecto, la oportunidad para presentar la comunicación de servicios mínimos está enmarcada en el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT y precisada en el artículo 67 del Reglamento de la LRCT. Así, en el primero, se establece que dicha oportunidad es durante el primer trimestre y, en el segundo, se delimita que la presentación se efectúa en el mes de enero de cada año⁶³.

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

Para el caso de servicios públicos esenciales, la oportunidad de presentación de la comunicación de los servicios mínimos fue flexibilizada con el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, pues se admitía su presentación extemporánea. Como quiera que los bienes jurídicos tutelados por la normatividad, en su mayoría, están en consonancia con los reconocidos por la OIT en los servicios esenciales en sentido estricto y servicios esenciales por extensión, su admisión extemporánea resultaba razonable, máxime si se restringía esta presentación durante o de forma posterior a una comunicación de huelga, presumiendo su utilización indebida.

Sin embargo, con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se suprimió dicha flexibilización. Ahora, el tratamiento de la presentación extemporánea es equiparada a la no presentación de los servicios mínimos.

Respecto del segundo aspecto, la vigencia de la determinación objetiva de los servicios mínimos por voluntad unilateral del empleador es anual. Ello implica dos situaciones: (i) que el empleador presente dicha comunicación todos los años, considerando las variaciones que en el tiempo pudieran o no acontecer en su actividad productiva (segundo párrafo del artículo 82 del TUO de

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

la LRCT), y (ii) que la determinación del ámbito objetivo, de no presentarse divergencia, surta efectos solo para el año correspondiente.

En cuanto a la situación (i), el artículo 8 de las Normas Complementarias encuentra en la Declaración Jurada un instrumento que tiene doble funcionalidad: la primera, para sustituir a la comunicación de servicios mínimos en los años sucesivos y, la segunda, para dejar constancia sobre la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por acuerdo de partes o por decisión heterónoma en los años anteriores, en ambos casos siempre que no exista variación de los servicios mínimos. Es decir, por esta última función, cuando los puestos de trabajo y el número de trabajo fueron objeto de acuerdo o definidos por un órgano independiente, la declaración jurada del empleador únicamente debe contener la información ya determinada y no añadir aquella presentada en anteriores oportunidades. De lo contrario, el carácter anual de la voluntad unilateral del empleador se convertiría en un camino para desconocer las otras técnicas de determinación.

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

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

Lo anterior quedó claro con la figura de la aceptación tácita que el Decreto Supremo N° 009-2018-TR insertó en el artículo 68 del Reglamento de la LRCT, la cual pese a que, posteriormente, fue suprimida por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, no le quita el efecto temporal que adquiere la determinación objetiva de los servicios mínimos por voluntad unilateral del empleador cuando la organización sindical no formula divergencia.

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

Sobre el primero, se trata de que el empleador brinde la información precisa sobre los puestos o posiciones de trabajo, el número de trabajadores

necesarios para cubrirlos y demás especificaciones (horarios, turnos, periodicidad y oportunidad), según el detalle establecido en el artículo 4 de las Normas Complementarias y coherente con el formato referencial aprobado por el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR.

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

La justificación técnica de la comunicación de los servicios mínimos, en caso el empleador se acoja a la categoría “actividades indispensables para la empresa” tiene que ser contrastada con lo previsto en el artículo 78 del TUO de la LRCT y los cuatro riesgos previamente comentados.

No obstante lo anterior, se aprecia que con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se añadieron dos requisitos a esta justificación técnica: (i) limitar las labores indispensables a lo estrictamente necesario y (ii) brindar un detalle claro sobre la estructura y funcionamiento de la empresa⁶⁴. Estos requisitos se presentan como características generales que debe contener la justificación técnica de los servicios mínimos, dentro de los cuales se detallan los riesgos previstos en el artículo 78 del TUO de la LRCT. Pese a ello, cabe advertir que la técnica utilizada no es la adecuada, pues los términos utilizados no brindan reglas claras al empleador para cumplir con estos requisitos⁶⁵. Por ejemplo, ¿cuándo la comunicación de servicios mínimos se ajusta a lo

64 El antecedente de estos requisitos se encuentra en la RDG N° 1161-2021-MTPE/2/14, de fecha 23 de diciembre de 2021, emitida por la Dirección General de Trabajo, cuando –siguiendo las opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT– indicó que el servicio mínimo fijado unilateralmente por el empleador debe tener contener un parámetro y un estándar probatorio. En relación al primero, la comunicación de servicios mínimos debe encontrarse limitado a lo estrictamente indispensable y, en relación al segundo, dicha comunicación debe ofrecer y precisar completos elementos de apreciación sobre la profundidad y funcionamiento de la empresa.

65 De acuerdo a la “Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo”, aprobada mediante la Resolución Directoral N° 002-2019-JUS/DGDNCR, por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “[E]l estilo que debe seguirse en la redacción de los proyectos normativos debe ser sobrio y conciso. El lenguaje de la norma no debe ser redundante, sino claro, sucinto y coherente. Se debe evitar giros lingüísticos o expresiones innecesarias (...)” (2019, pág. 53). Por ello, el lenguaje normativo tiene como requisitos básicos de redacción: claridad, sencillez, precisión y concisión.

“estrictamente” necesario? o ¿Cuándo el empleador brinda un detalle “claro” sobre la estructura y funcionamiento de la empresa?

De otro lado, pese a que se hizo notar que, a nivel de norma con rango de ley, la normatividad utilizó la técnica de la enumeración (y no la definición) en la configuración de los servicios públicos esenciales, la justificación técnica de esta categoría tiene que ajustarse a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 67 del Reglamento de la LRCT, concordada con el artículo 3 de las Normas Complementarias.

Luego, el carácter técnico de la justificación guarda cierta garantía con la exigencia del acompañamiento de un profesional con conocimiento de la materia que prevé el artículo 5 de las Normas Complementarias.

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

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

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

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

La finalidad de esta comunicación es distinta para cada uno de estos destinatarios. Para la parte laboral, la comunicación de servicios mínimos presentada en la debida oportunidad y de manera correcta tiene dos finalidades. En primer lugar, la presentación de esta comunicación activa el periodo de treinta días naturales para que los trabajadores decidan cuestionar o no dicha comunicación, considerando que cuenta con información precisa y justificación técnica sobre las posiciones o puestos de trabajo, así como el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos en caso de huelga, entre otras especificaciones. En segundo lugar, de no presentar divergencia, esta comunicación dota de insumos a las organizaciones sindicales para prepararse y confeccionar la nómina de trabajadores, a fin de cumplir el requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, en caso decidan presentar la comunicación de huelga.

Existen situaciones que pueden presentarse en relación con estas finalidades, las cuales son desarrolladas más adelante.

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

Acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organizaciones sindicales

La segunda técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos es el acuerdo al que puede arribar el empleador con los trabajadores o las organizaciones sindicales. Esta técnica se contempló en la normatividad peruana de manera expresa, a propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 009-2018-TR, que modificó el artículo 67 del Reglamento de la LRCT, y, posteriormente, acogidas en los artículos 67-A.1 y 67-A.2 del mismo cuerpo normativo⁶⁶.

66 Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, dichos artículos establecen que la Autoridad Administrativa de Trabajo califica el cumplimiento del requisito de la nómina para servicios mínimos, teniendo en cuenta, en primer lugar, el acuerdo de partes.

Si bien –en ejercicio de la autonomía colectiva– el acuerdo sobre el ámbito objetivo de los servicios mínimos era posible con anterioridad a la emisión del Decreto Supremo N° 009-2018-TR, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no le había reconocido efectos jurídicos a dicho acuerdo, lo cual generaba que jurídicamente este convenio colectivo (integrada únicamente por cláusulas obligacionales⁶⁷) solo termine siendo un compromiso entre las partes, sin que exista un mecanismo que, ante su desconocimiento, haga exigible u oponible para las partes o terceros⁶⁸. Es decir, la Autoridad Administrativa de Trabajo, como órgano calificador de la comunicación de huelga, no tenía la obligación de tener en cuenta el acuerdo sobre los servicios mínimos, ni la facultad de exigir que la organización sindical respete dicho acuerdo con el objetivo de pronunciarse sobre el cumplimiento del requisito de la nómina para servicios mínimos previsto, ahora, en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

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

“(..)

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

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

(..)” (resaltado agregado).

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

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

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

Ello fue posible porque el Decreto Supremo N° 009-2018-TR incorporó criterios de auxilio para que la Autoridad Administrativa de Trabajo identifique qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en el supuesto en que el empleador no presente la comunicación de servicios mínimos en la oportunidad debida.

Recuérdese, según lo dispuesto en el artículo 82 del TUO de la LRCT, el objetivo de la comunicación de servicios mínimos es que la parte laboral cumpla con proporcionar la nómina respectiva, estableciéndose la obligación de la organización sindical de observar el requisito de la presentación de la nómina para servicios mínimos. No obstante, con las disposiciones reglamentarias de dicho artículo se precisó que ante la presentación extemporánea de dicha comunicación ingresan a valorarse criterios de auxilio en orden de prelación: acuerdo de partes, resolución de divergencia inmediata anterior y, finalmente, última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente.

De esta manera, cuando el artículo 67 del Reglamento de la LRCT indicaba “para estos efectos”, se refería a la observancia del requisito de la nómina para servicios mínimos en la comunicación de huelga.

Así, en el esquema propuesto por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR, el acuerdo para determinar el ámbito objetivo de los servicios mínimos (segunda técnica) operaba de manera preferente ante la presentación extemporánea de la comunicación de servicios mínimos del empleador, adoptando los mismos efectos que la voluntad unilateral del empleador (primera técnica): el carácter vinculante para la Autoridad Administrativa de Trabajo y la obligación de la organización sindical de respetar aquella determinación⁶⁹.

69 El acuerdo como técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos fue utilizado por la empresa Engie Energía Perú S.A. con el Sindicato de Trabajadores Engie Energía Perú, dando por culminado el procedimiento administrativo de divergencia tramitado por la

Decisión heterónoma

La tercera técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos es la originada en el marco del procedimiento administrativo de divergencia, contemplado en el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT y en los artículos 68, 68-A y 68-B del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR y, posteriormente, por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR.

Al respecto, la divergencia consiste en el acto de cuestionar la comunicación de servicios mínimos por parte de la organización sindical. Este acto se traduce en la solicitud administrativa que la organización sindical presenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo, sometiendo su cuestionamiento a la deliberación que realice un tercero, en el marco de un procedimiento administrativo⁷⁰.

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

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

Por su parte, la Autoridad Administrativa de Trabajo tiene a su cargo la calificación a la divergencia presentada por la organización sindical, en tanto solicitud administrativa. Superado ello, si opta por acudir al apoyo de un órgano independiente, tiene el deber de designarlo en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, a fin de que sea esta institución la que técnicamente determine los servicios mínimos. Es sobre dicha determinación, junto a la información proporcionada por el empleador y la organización sindical, que la Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve el procedimiento de divergencia. Incluso,

Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Expediente N° 163-2019-MTPE/2/14-PD.

70 La figura del órgano independiente como tercero que determina los servicios mínimos se debilita con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, pues su intervención se convierte en facultativa y a discreción de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

es posible que, pese a contar con toda esa información, la Autoridad Administrativa de Trabajo pueda solicitar el apoyo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo u otras entidades para resolver dicho procedimiento⁷¹.

Para garantizar la correcta participación del órgano independiente en este procedimiento administrativo, la normatividad contempla plazos en la etapa de designación (en el cual, luego de realizar actos preparatorios, se tiene por aceptada o no la designación)⁷² y de elaboración del informe técnico correspondiente.

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

Teniendo en cuenta estas reglas, con miras a la comunicación de huelga, si el procedimiento de divergencia culmina con un pronunciamiento de fondo⁷³, la organización sindical tiene que cumplir con presentar la nómina de trabajadores sobre la base de la determinación efectuada de las posiciones o puestos de trabajo, así como del número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos, entre las otras especificaciones. Y, de cara a la comunicación

71 Antes de la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, la decisión del órgano independiente era asumida como propia por la Autoridad Administrativa de Trabajo y la intervención resolutoria de la Administración solo se admitía de manera excepcional. Aquel esquema resultaba más cercano a la posición asumida por el Comité de Libertad Sindical de la OIT que sostiene "(...) la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el ministerio o empresa pública concernida" (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical., 2018, párrafo 884).

72 De acuerdo al segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, en esta etapa se suspende el plazo general con el que cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver la divergencia.

73 Algunos de los procedimientos de divergencia donde se emitió un pronunciamiento de fondo son los iniciados por el Sindicato Único de Trabajadores de la Compañía Minera Antamina S.A. (Expediente N° 198-2017-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Obreros de Unión Cervecerías Peruanas de Backus y Johnston S.A.A. (Expediente N° 144-2018-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Único de Trabajadores Mineros de "San Rafael" – Minsur S.A. (Expediente N° 170-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Unificado de Trabajadores Antapaccay (Expediente N° 050-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Trabajadores Empleados de Gloria S.A. (Expediente N° 179-2019-MTPE/2/14-PD), el Sindicato Nacional de Trabajadores Obreros de Gloria S.A. (Expediente N° 180-2019-MTPE/2/14-PD), y el Sindicato Nacional de Trabajadores Unión de Concreteras (Expediente N° 154-2019-MTPE/2/14-PD).

de servicios mínimos, el empleador tiene que dejar constancia de esta decisión, a través de la declaración jurada que prevé el artículo 8 de las Normas Complementarias, a menos que exista una variación sustancial de los procesos y, con ello, de las posiciones o puestos de trabajo.

Sobre esto último, debe mencionarse que la decisión heterónoma como técnica para determinar el ámbito objetivo de los servicios mínimos tiene vocación de permanencia, la cual se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 8 de las Normas Complementarias. Según este artículo, el empleador puede presentar la declaración jurada si es que existe resolución firme de una divergencia anterior y no existe variación de servicios mínimos para el año en curso. Incluso, la fuerza vinculante de lo resuelto en el marco del procedimiento de divergencia es de tal magnitud que puede afirmarse que constituye una causal de improcedencia para el inicio de una nueva divergencia. Así, el segundo párrafo de dicho artículo refiere que la divergencia se plantea, siempre que la organización sindical justifique variación de servicios mínimos. En sentido contrario, si dicha variación no se justifica, no procede el inicio de dicha divergencia.

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

A diferencia de la comunicación de servicios mínimos a la cual se le establece una vigencia de carácter anual, el acuerdo de partes y la decisión heterónoma no cuentan con un periodo límite, sino que dicha vigencia está sujeta a la constatación de un cambio de condiciones sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores que deben ser cubiertos.

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

“[M]ientras no se resuelva la divergencia, en caso de huelga, se considera el siguiente orden de prelación:

- i. Para el caso de servicios públicos esenciales: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior **en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente;** (...).
- ii. Para el caso de labores indispensables, en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la

resolución de una divergencia anterior **en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente;** (...)" (resaltado agregado).

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

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

De ahí que, para el inicio del procedimiento de divergencia, la parte laboral presenta no una reclamación, sino una solicitud que, de forma sustentada, cuestiona la comunicación realizada por el empleador para el mantenimiento de los servicios mínimos, la cual da lugar a la labor del órgano independiente o de la Autoridad Administrativa de Trabajo y no a la contestación del empleador. Ello es así, en tanto el órgano resolutor de la divergencia no labora en función de “dúPLICAS y réplicas”, sino en base a información técnica que, en su oportunidad, remite el empleador con la comunicación de servicios mínimos y la parte laboral con su solicitud de inicio del procedimiento de divergencia.

De esta manera, el empleador participa en el procedimiento de divergencia como agente facilitador del procedimiento administrativo en los actos preparatorios (primer aspecto) o de colaboración al órgano independiente y/o a la Autoridad Administrativa de Trabajo en las acciones para la determinación de los servicios mínimos (segundo aspecto). Para el primer aspecto, las Normas Complementarias establecen la participación del empleador para la asunción de pago de los honorarios del órgano independiente y, para el segundo aspecto, el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT contempla la

obligación del empleador de remitir la información requerida y permitir el ingreso a sus instalaciones. En este último caso, bajo aperecibimiento de que “el órgano independiente o la Autoridad Administrativa de Trabajo puedan efectuar presunciones en contra de la postura del empleador”.

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

A todo lo expuesto en este apartado, se debe advertir que, a propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, se alteró la funcionalidad de las técnicas de determinación previamente desarrolladas; esto es, coadyuvar a identificar qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

Antes de la modificación, los artículos 67 y 68-A del Reglamento de la LRCT establecían criterios de auxilio para que la Autoridad Administrativa de Trabajo califique el requisito de la nómina para servicios mínimos en supuestos específicos: (i) la presentación extemporánea de la comunicación de servicios mínimos en caso de actividades indispensables o servicio público esencial y (ii) el procedimiento de divergencia que se encuentra pendiente de resolver.

Dichos criterios de auxilio respetaban la regla prevista en fuente legal (segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT), por medio del cual, si el empleador no presenta la comunicación de servicios mínimos, la organización sindical no tiene la obligación de presentar la nómina para servicios mínimos en caso de huelga.

Con el Decreto Supremo N° 014-2022-TR se incorporó el artículo 67-A y se modificó el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT, por un lado, estableciendo criterios de auxilio a aquel supuesto que no lo amerita: la no presentación de la comunicación de servicios mínimos, y, por otro lado, minimizando el carácter vinculante de la voluntad unilateral del empleador como primera técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

En relación a lo primero, es claro que resulta un despropósito exigir a nivel reglamentario que la organización sindical presente la nómina de servicios mínimos, tomando en cuenta las técnicas de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, cuando el artículo 82 del TUO de la LRCT sugiere que la organización sindical no tiene la obligación de presentar dicha nómina debido a la inexistencia de comunicación de servicios mínimos. El Decreto Supremo N° 014-2022-TR, en este extremo, resulta ilegal porque incorpora

exigencias para la organización sindical en un supuesto que legalmente no se prevé, trasladando a esta una carga no asumida por el empleador⁷⁴.

En relación a lo segundo, se modificó el orden de prelación de los criterios de auxilio para que la Autoridad Administrativa de Trabajo califique el requisito de la nómina para servicios mínimos en los supuestos de: (i) no presentación de la comunicación de servicios mínimos en caso de actividades indispensables o servicio público esencial (incorporado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR) y (ii) el procedimiento de divergencia que se encuentra pendiente de resolver.

Respecto al primer supuesto, si se trata de servicio público esencial, se añade como último criterio de auxilio los “estándares internacionales de derechos humanos sobre la garantía debida de la vida, seguridad y salud de toda o parte de la población”. Si se trata de actividades indispensables, se sustituye la voluntad unilateral del empleador por la nómina que presenta la organización sindical como criterio de auxilio final para identificar qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

Respecto al segundo supuesto, si se trata de servicio público esencial, se mantienen los criterios de auxilio establecidos con el Decreto Supremo N° 009-2018-TR. Si se trata de actividades indispensables, la Autoridad Administrativa de Trabajo valora la voluntad unilateral del empleador aplicando el principio de buena fe y razonabilidad.

Si bien –a priori– acudir a la información brindada por la organización sindical como criterio de auxilio no califica como inválido⁷⁵, lo que sí merece cuestionamiento es la utilización de conceptos jurídicos indeterminados establecidos en el Decreto Supremo N° 014-2022-TR.

Ahora bien, qué sucede si el empleador presenta la comunicación de servicios mínimos y la organización sindical no presenta la divergencia.

La figura de la aceptación tácita establecida en el artículo 68 del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR,

74 Además, resulta impertinente que el primer párrafo del artículo 67-A se refiera al literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT cuando el Decreto Supremo N° 014-2022-TR desplazó el requisito de la nómina para servicios mínimos al literal a).

75 Debido a que los propios trabajadores que efectúan labores en dichos puestos y el empleador, como titular de la organización productiva, conocen los riesgos que representa la paralización de sus actividades.

permitía entender a los actores labores que, en tal supuesto, la organización sindical tenía que tomar en cuenta los puestos de trabajo y el número de trabajadores indicados por el empleador para observar el requisito previsto en el –ahora– literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Asimismo, dicha figura solo surtía efectos para el periodo correspondiente, no reconociendo vocación de permanencia a la voluntad unilateral del empleador⁷⁶.

Con el esquema propuesto por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, se eliminó la figura de la aceptación tácita. Frente a este supuesto, actualmente, los actores laborales involucrados no tienen reglas precisas y previsibles con miras al mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga. Por tal motivo, las organizaciones sindicales se verían forzadas a plantear divergencias con el propósito de situarse en el segundo supuesto previsto para que opere el orden de prelación de los criterios de auxilio en la calificación de la comunicación de huelga: procedimiento de divergencia que se encuentra pendiente de resolver.

Para el autor de la presente obra no resulta conveniente los cambios efectuados por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, porque, si se trata de actividades indispensables, genera que la divergencia se aleje de la naturaleza técnica y objetiva que debe poseer y, por el contrario, deja que la divergencia constituya un instrumento para que la Autoridad Administrativa de Trabajo acuda, como último recurso, a la comunicación de servicios mínimos del empleador valorada bajo criterios subjetivos de “buena fe” y “razonabilidad”.

En sí mismo, el problema no radica en que el empleador presente la comunicación de servicios mínimos, sino que, a través de dicha comunicación, se incorporen puestos de trabajo que no cumplan con la finalidad de los servicios mínimos⁷⁷. De ahí que la alternativa adecuada no era quitar al empleador la facultad de definir cuáles son los puestos de trabajo y el número de trabajadores que considera servicios mínimos (de acuerdo a los riesgos presentes en su organización y compatibles con los bienes jurídicos tutelados por la normatividad), sino insertar filtros para que aquella incorporación indebida evite

76 En la RDG N° 056-2022-MTPE/2/14, la Dirección General de Trabajo expresó que no resultaba posible brindar el mismo tratamiento a la figura de la “aceptación tácita” con la de los “acuerdos previos” de cara al orden de prelación establecido, antes de la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, en el artículo 68-A del Reglamento de la LRCT. Según se observa en dicha resolución, el empleador pretendía equiparar la figura de la aceptación tácita y el acuerdo tácito como criterio de auxilio preferente en el supuesto de divergencia que se encuentra pendiente de resolver.

77 Contraviniendo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3 de las Normas Complementarias que indica “la comunicación de servicios mínimos no tiene por finalidad garantizar el funcionamiento normal de la empresa o entidad”.

ser vinculante a la organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo en la comunicación de huelga.

Si la preocupación era evitar que el empleador utilice la comunicación de servicios mínimos para que incorpore puestos de trabajo que forman parte de su actividad productiva u ordinaria (identificándose un verdadero problema público), pudo evaluarse otros mecanismos técnicos y objetivos para darle atención. Por ejemplo, habilitar la intervención del Estado para que establezca lineamientos o estándares técnicos, a través de las oficinas especializadas de los sectores competentes o de alguna institución técnica (pública o privada), sobre procesos de producción o puestos de trabajo que no deben paralizar sus actividades, según rama de actividad económica⁷⁸. De esta manera, se pudo incorporar dichos lineamientos como criterio de auxilio transversal para los servicios mínimos no solo ante la voluntad unilateral del empleador, sino, incluso, ante la existencia de acuerdo entre el empleador y la organización sindical.

Sin embargo, dejar a la Autoridad Administrativa de Trabajo la función de corroborar la voluntad unilateral del empleador bajo conceptos jurídicos indeterminados lo que causa es que, en definitiva, convierta en argumentativo e imprevisible una materia (servicios mínimos) que debe responder a criterios técnicos y objetivos.

Por lo demás, el Decreto Supremo N° 014-2022-TR incurrió en una inadecuada técnica para la redacción de textos normativos⁷⁹ al utilizar los conceptos de “estándares internacionales”, “buena fe” y “razonabilidad”, como nuevos criterios de auxilio a los que debe acudir la Autoridad Administrativa de Trabajo para identificar qué puestos de trabajo y qué número de trabajadores deben garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

Nótese que las técnicas de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos comparten la naturaleza de contar con información técnica (puestos de trabajo y número de trabajadores), lo cual se disipa cuando se utilizan conceptos jurídicos indeterminados como “estándares internacionales”, “buena fe” y “razonabilidad”. ¿Qué criterios debe tomar en cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para calificar cuándo la nómina presentada por la organización sindical cumple los “estándares internacionales”, la

78 Dejando a salvo las diferencias existentes en torno a la intervención intensa que tiene el Estado en las relaciones colectivas de trabajo, la elaboración de un informe de estándares técnicos para la calificación de servicios mínimos en caso de huelga se presenta en el ordenamiento jurídico chileno.

79 Como sucedió con el artículo 67 del Reglamento de la LRCT al añadir requisitos a la comunicación de servicios mínimos cuando se trate de labores indispensables.

“buena fe” o la “razonabilidad”? Si es que no se dota de contenido a estos conceptos, por medio de disposiciones reglamentarias, se deja en incertidumbre a los actores laborales involucrados al no tener predictibilidad sobre los criterios objetivos asumidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo. En esas condiciones, la intervención del Estado en el conflicto colectivo laboral no resulta conveniente, toda vez que el margen de discrecionalidad que tiene la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver comunicaciones de huelga se vuelve tan extenso que la posición adoptada puede llegar a confundirse con la arbitrariedad.

3.3. La regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos

Con lo desarrollado en el apartado anterior queda claro que el ámbito objetivo de los servicios mínimos puede ser determinado por medio de cualquiera de las tres (3) técnicas que establece la normatividad. Asimismo, se adelantó que la confección de la nómina para los servicios mínimos le corresponde de manera exclusiva a la organización sindical porque este sujeto colectivo es quien se encuentra obligado a garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga.

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

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

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

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

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

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

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

4. EL DOBLE CONTROL ESTATAL SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS MÍNIMOS

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

Este órgano calificador puede recaer en un órgano independiente al Estado o en el propio Estado, en este último caso, a través del Poder Judicial⁸⁰ o la

80 Este órgano calificador fue considerado en los ordenamientos jurídicos de Paraguay (artículo 378 de la Ley N° 273 que establece el Código de Trabajo), Colombia (artículo 451 del Código de Trabajo, a propósito de la modificación realizada por el artículo 2 de la Ley N° 1210 del año 2008), y El Salvador (artículo 546 del Código de Trabajo). En el caso de España, si bien no existe norma sustantiva que contemple reglas sobre el órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga, la calificación de la huelga (legalidad o ilegalidad) se efectúa por vía indirecta, a través de los pronunciamientos que emiten los jueces en los procesos de tutela de los derechos fundamentales (jurisdicción social), tutela que tiene como fuente lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 53 de la Constitución Española. Por su parte, el Código de Trabajo de Panamá contempla un proceso judicial especial para que el empleador solicite la declaración de ilegalidad de la medida de fuerza, el cual puede ser presentado hasta el tercer día de iniciada la huelga (artículo 499). De no hacerlo

Autoridad Administrativa de Trabajo⁸¹. El Estado peruano optó porque la Autoridad Administrativa de Trabajo sea el órgano que califique el ejercicio del derecho de huelga sobre la base de su estructura descentralizada⁸².

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

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

Considerando que la actuación del Estado no se orienta a garantizar o promover el ejercicio del derecho de huelga⁸³, la actuación del Estado, en

dentro del plazo previsto, la huelga se considera legal (artículo 500). Finalmente, el Código de Trabajo de Costa Rica, con la modificación de la Ley N° 9343 del 2016, incorpora la facultad de los empleadores (artículo 383) y de los trabajadores (artículo 384) a solicitar ante la jurisdicción de trabajo la declaración de ilegalidad o legalidad, respectivamente.

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

82 Véase el tercer apartado de las anotaciones preliminares de la presente obra.

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

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

Ahora bien, como se señaló en el segundo apartado correspondiente a las anotaciones preliminares, el derecho de huelga se ejercita de conformidad o no contrariedad con el ordenamiento jurídico cuando la organización sindical observa las condiciones y requisitos establecidos en el TUO de la LRCT y el Reglamento de la LRCT. Siguiendo esa línea, cabría preguntarse, entonces, ¿en qué consiste la actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo frente al ejercicio del derecho de huelga?

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

De esta manera, en los párrafos siguientes, se expone que el esquema normativo del ejercicio del derecho de huelga contempla un doble control a cargo del Estado: a la comunicación de huelga y a la ejecución de huelga. Asimismo, se expone cómo este esquema genera –a su vez– que el mantenimiento de los servicios mínimos sea objeto de este doble control: (i) presentación de la nómina para servicios mínimos y (ii) cumplimiento de la nómina para servicios mínimos, lo cual posibilita que, ante su inobservancia, la Autoridad

garantizar y promover el ejercicio del derecho fundamental a la huelga. Desde la perspectiva que ofrece el autor de la presente obra, la función de garantizar y promover el ejercicio a la libertad sindical no están referidas a la específica actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo en cuanto órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga, sino a las acciones de promoción que permitan su ejercicio efectivo, tales como la difusión y capacitación de la normatividad correspondiente, la asistencia técnica a los administrados, la emisión de opiniones técnicas que asienten criterios institucionales ante dudas que generen las disposiciones normativas, dotando de seguridad jurídica a los administrados, etc.

Administrativa de Trabajo acuda a una doble causal de ilegalidad para dar por finalizada la paralización de labores promovida por la organización sindical⁸⁴.

4.1. La doble calificación al ejercicio del derecho de huelga

El acto de corroboración que realiza el Estado sobre el ejercicio del derecho de huelga se denomina calificación⁸⁵, en virtud del cual, actualmente, se utilizan las categorías de procedencia/improcedencia, en el supuesto del control a la comunicación de huelga, y de ilegalidad, en el supuesto del control a la ejecución de huelga.

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

En atención a lo anterior, cabe señalar que las primeras reglas que indicaron cómo ejercer el derecho de huelga en el Perú estuvieron contemplados en el Decreto Supremo N° 017 de 02 de noviembre de 1962 y la atribución de competencias a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la calificación de las huelgas estuvo previsto en el Decreto Supremo N° 003-72-TR⁸⁶.

84 Sobre el particular, la aplicación simultánea de ambas causales se puede apreciar en las Resoluciones Directorales Generales N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

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

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

Así, en este primer esquema normativo, el Estado debía calificar el ejercicio del derecho de huelga sobre la base de tres (3) requisitos⁸⁷: i) comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo con una anticipación de por lo menos 72 horas, ii) indicar la hora de votación en la que se acordó la huelga, no siendo posible que sea después de las 12 de la noche, y iii) acreditar la voluntad mayoritaria, para lo cual se debía indicar el número de trabajadores votantes y el número de trabajadores afiliados a la organización sindical. Asimismo, se garantizó el derecho de contradicción de las organizaciones sindicales, en tanto se previó la doble instancia administrativa.

Bajo este escenario, LOVATÓN refiere que:

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

Por su parte, DE LA JARA BASOMBRIO relata que:

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

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

Hay que adelantar que esta lógica de calificar primero el plazo y después la huelga, en la actualidad ha desaparecido pues lo que se hace ahora es declarar, en un solo auto divisional, apenas recibido el preaviso por la Autoridad, improcedente el plazo e ilegal la huelga desde

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

que se inicia (...)” (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 297).

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

Posteriormente, el 02 de julio de 1992, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Ley N° 25593. En este decreto ley y su reglamento se concentró el tratamiento normativo de las relaciones de trabajo de carácter colectivo en el Perú al regular las materias sobre libertad sindical, negociación colectiva y huelga⁸⁸. Sobre este último derecho, se implementó el segundo esquema de calificación al ejercicio del derecho de huelga, sustituyendo aquel previsto en el Decreto Supremo N° 017 de 02 de noviembre de 1962 y el Decreto Supremo N° 003-72-TR. Aunque, posteriormente, el TUO de la LRCT ingresa al ordenamiento jurídico peruano para consolidar las modificaciones efectuadas al Decreto Ley N° 25593, en esencia, no se reporta alteración en cuanto a la materia de la calificación.

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

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

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

Primer control: comunicación del derecho de huelga

Para que la organización sindical ejerza el derecho de huelga, primero, tiene que comunicarlo al empleador y a la Autoridad de Trabajo, observando las reglas contenidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y en el artículo 65 del Reglamento de la LRCT que, según se sustentó en el apartado de anotaciones preliminares, pueden agruparse entre condiciones y requisitos (véase Tabla 4).

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

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

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

Este procedimiento se inicia a solicitud de la organización sindical y, si la organización sindical no observa la normatividad, el acto de corroboración que realiza el Estado culmina con una declaración de improcedencia. Sin embargo, de observar aquella normatividad, el TUO de la LRCT no refiere que la Autoridad de Trabajo declara la procedencia de la comunicación de huelga, pese a que –en estricto– así corresponda, sino que solo menciona los efectos jurídicos que genera. Sobre el particular, de lo previsto en el artículo 77 del TUO de la LRCT y en los artículos 62 y 70 del Reglamento de la LRCT, se observa que el principal efecto jurídico es la suspensión perfecta del vínculo laboral de los trabajadores comprendidos en la medida de fuerza.

Segundo control: ejecución del derecho de huelga

La materialización del derecho de huelga es el nivel en que opera el segundo control efectuado por el Estado. En este nivel no se efectúa el control de manera automática, sino que está condicionado a la constatación de hechos, solicitada por el empleador, cualquier tercero, o de oficio. Igualmente, es importante resaltar que la normatividad, únicamente, contempla la ilegalidad como medida de control a la ejecución del derecho. No existe declaración de legalidad⁸⁹.

89 Esta aclaración se efectúa con miras a lo desarrollado en el apartado 3.5.

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

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

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

De lo anterior, el autor de la presente obra considera que la no superación del primer control que ejerce el Estado sobre el ejercicio del derecho de huelga condiciona la posibilidad de superar el segundo control únicamente para la primera causal: si se materializa la huelga no obstante haber sido declarada improcedente. Ello es así, porque la no superación del primer control no constituye un presupuesto para el surgimiento de las demás causales⁹⁰, pues

90 Por ejemplo, si los trabajadores incurren en violencia sobre los bienes o las personas durante la ejecución de la huelga, esta se declara ilegal sin importar si la comunicación del ejercicio del derecho de huelga fue declarada procedente o improcedente. Lo mismo ocurre con la causal establecida en el literal e) del artículo 84: si la paralización de labores persiste a pesar de la notificación del laudo arbitral que pone término a la controversia. En este último caso, el supuesto habilitante no se origina en la procedencia o improcedencia de la comunicación de huelga, sino en la negativa a respetar la solución definitiva brindada por el Estado en su intervención para resolver el conflicto que genera la paralización. Debe tenerse en cuenta que el artículo 68 del TUO de la LRCT habilita la intervención del Estado en el conflicto colectivo “cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o deriva en actos de violencia o, de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias”. Cabe anotar que existen posturas que admiten otros supuestos de aplicación del literal e) del artículo 84 del TUO de la LRCT. Por un lado, el profesor ARCE ORTIZ sostiene que esta causal de ilegalidad aplica a la huelga en los servicios esenciales. Así, fundamenta su postura, en que “si la huelga, según el artículo 62 de la LRCT, debe ser alternativa al arbitraje, ¿en qué casos puede haber una huelga simultánea con el arbitraje? Seguramente en el caso de la huelga en servicios esenciales, en la medida que esta posible excepción a la regla general actuaría como medida compensatoria por las restricciones a la que este tipo de huelga es sometida por nuestro ordenamiento” (Límites internos y externos al derecho de huelga, 2009, pág. 396). Por otro lado, a propósito de la emisión de la opinión legal contenida en el Informe N° 2154-2020-MTPE/4/8, de fecha 23 de noviembre de 2020, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo admite la aplicación de esta causal de ilegalidad en el supuesto de la ejecución de una huelga, cuya comunicación fue declarada procedente, y un arbitraje potestativo. En efecto, la posibilidad del ejercicio efectivo del derecho de huelga en paralelo a un arbitraje potestativo se desprende de

la ejecución de la huelga puede ser declarada ilegal pese a que la organización sindical supere el control a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Incluso puede que la organización sindical no haya transitado por el primer control y aun así se declare la ilegalidad de la huelga⁹¹.

Ahora bien, en cuanto al trámite procedimental de este control, el artículo 84 del TUO de la LRCT prescribe que la resolución que declara la ilegalidad de la huelga se expide dentro del plazo de los dos (2) días de producidos los hechos y, en segunda instancia, dentro de los dos (2) días de presentada la impugnación por parte de la organización sindical o el empleador. Nótese que la norma no establece cuál es el plazo de impugnación; no obstante, mediante el Informe N° 1576-2019-MTPE/4/8, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo concluyó que debe aplicarse, por analogía, el plazo de tres (3) días previsto para el procedimiento de declaración de improcedencia de la huelga⁹².

Finalmente, de la lectura del artículo 85 del TUO de la LRCT y artículo 73 del Reglamento de la LRCT, se desprende que el único efecto que establece el ordenamiento jurídico a la declaración de ilegalidad de la huelga es su finalización, lo que conlleva al reinicio de actividades de los trabajadores involucrados en la medida de fuerza; esto es, la obligación de retorno al centro de trabajo. Ocurrido ello se genera la desprotección jurídica a los trabajadores huelguistas y, con ello, la habilitación a la potestad sancionadora del

lo señalado en el numeral 3.30 de dicho informe cuando menciona que “(...) podría interpretarse que, ante un arbitraje potestativo del empleador, al momento de designar a un árbitro o de ser este elegido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la parte laboral dé a entender que su postura es contraria al arbitraje, descartándose así la aceptación tácita del mismo, con lo cual la huelga podría ejercerse en simultáneo al arbitraje sin que se configure la causal de improcedencia de la huelga señalado en el literal d) del artículo 73 del TUO de la LRCT” (sic). Este último escenario ocurrió en el ejercicio del derecho de huelga del Sindicato Nacional de Trabajadores Obreros de Gloria S.A. - Sinatog, ejecutado a partir del 04 de octubre de 2021, el cual fue declarado ilegal, mediante la Resolución Directoral General N° 1127-2021-MTPE/2/14, de fecha 27 de octubre de 2021, y confirmado mediante la Resolución Directoral General N° 1137-2021-MTPE/2/14, de fecha 23 de noviembre de 2021.

- 91 Esto último sucede con el literal c) del artículo 84 del TUO de la LRCT, el cual establece como causal de ilegalidad incurrir en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81. Adviértase que –entre otros supuestos– el referido artículo considera como huelga irregular la paralización intempestiva; esto es, aquella huelga en la que la organización sindical no observa el deber de comunicar la medida de fuerza al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, imposibilitando que esta sea objeto de calificación por parte del Estado.
- 92 A esta conclusión también se arribó en el Informe Jurídico N° 020-2019-JUS/DGDNCR, emitido por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, cabe agregar que, con este informe, la Oficina General de Asesoría Jurídica cambió la posición asumida en el Informe N° 2934-2018-MTPE/4/8, en el cual consideró que debía aplicarse el plazo de quince (15) días hábiles, previsto en el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG.

empleador respecto de las posteriores inasistencias al trabajo, materia que se aborda en el apartado 3.5.⁹³.

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

Como se indicó con anterioridad, las reglas vinculadas al mantenimiento de los servicios mínimos no se encontraban en el primer esquema de calificación al ejercicio del derecho de huelga. Recién en el año 1990, con la emisión del Decreto Supremo N° 070-90-TR, se incorpora la obligación de la organización sindical de proporcionar la nómina de trabajadores para asegurar la continuidad de los servicios esenciales (artículo 5) y de las actividades indispensables de la empresa (artículo 6)⁹⁴.

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

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

De acuerdo a lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 del TUO de la LRCT, la organización sindical tiene el deber de poner en conocimiento del empleador y la Autoridad Administrativa de Trabajo la comunicación de huelga, con la debida antelación⁹⁵ y acompañando copia del acta de votación. A esta comunicación, el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT añade

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

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

95 Con cinco (5) días o diez (10) días útiles (o hábiles), en caso se trate servicios públicos esenciales.

que “tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables, debe indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando”.

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

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

Expuesto lo anterior, se plantea el siguiente cuestionamiento, considerando que la inobservancia de este requisito determina la improcedencia de la comunicación de huelga y, por su relación de causalidad con el segundo control, la ilegalidad de su ejecución (dando por finalizado el ejercicio de este derecho): con miras a la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos ¿cuál es el sentido de que la presentación de la nómina de trabajadores sea objeto de control en la comunicación de huelga? La respuesta a este cuestionamiento se expone en el apartado 3.2.1.

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

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

De lo anterior se desprende que, si durante la ejecución de la huelga, se constata que los trabajadores no cumplen con lo consignado en la nómina para los servicios mínimos presentada por la organización sindical, la Autoridad Administrativa de Trabajo califica la ilegalidad de dicha paralización de labores. Asimismo, puede afirmarse que esta causal no aplica para el supuesto en que la comunicación de huelga fue declarada improcedente debido a que la organización sindical no presentó o presentó de manera defectuosa la nómina de servicios mínimos. Ello es así porque jurídicamente no resulta razonable

esperar el cumplimiento de aquello que no se presentó o, de presentado, no resulta acorde a lo exigido.

Sin embargo, la ausencia de reglas específicas sobre el ámbito de aplicación de esta causal de ilegalidad genera la aplicación concurrente de dos causales de ilegalidad: la huelga ejecutada no obstante haber sido declarada improcedente (literal a) y la huelga ejecutada en la cual los trabajadores no cumplieron con el mantenimiento de los servicios mínimos (literal e)⁹⁶.

96 El análisis y la crítica sobre este punto son desarrollados en el apartado 3.2.2.

Capítulo II
La operatividad normativa
de los servicios mínimos
y el ejercicio efectivo del derecho
de huelga

Capítulo II

La operatividad normativa de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga

En el primer capítulo se desarrollaron aspectos vinculados al surgimiento de la categoría servicios mínimos y su funcionalidad en el ejercicio efectivo del derecho de huelga, así como la configuración normativa en el ordenamiento jurídico peruano, respectivamente.

Para este segundo capítulo, se expone cómo se aplicó la normatividad sobre los servicios mínimos en el Perú. Con dicha finalidad, se acude a los pronunciamientos emitidos sobre el ejercicio del derecho de huelga y su relación con la normatividad de los servicios mínimos, tanto en sede administrativa (Autoridad Administrativa de Trabajo, al calificar las comunicaciones de huelga) como en el Sistema de Administración de Justicia (el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, al resolver los conflictos jurídicos de intereses).

1. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO EN LA CALIFICACIÓN DEL REQUISITO DE LA NÓMINA PARA SERVICIOS MÍNIMOS

Considerando la delimitación del ámbito de estudio en la presente obra, se mostraron diversos gráficos en el apartado referido a las anotaciones preliminares que permiten visualizar los resultados del control que efectuó la Autoridad Administrativa de Trabajo a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Entre otros aspectos, estos resultados demuestran que el requisito de la nómina para servicios mínimos, previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c)), es la regla que mayor nivel de inobservancia representó para las organizaciones sindicales.

En atención a ello, resulta indispensable indagar sobre los razonamientos utilizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo para determinar si el requisito en mención fue observado o no por las organizaciones sindicales. Para tal efecto, se opta por clasificar dichos razonamientos en función a los diversos supuestos que se presentan en relación a la determinación del ámbito

objetivo de los servicios mínimos y el momento en que la organización sindical comunica el ejercicio del derecho de huelga.

Sobre el particular, según lo indicado en el apartado 1.3.2., si el empleador no presenta la comunicación de servicios mínimos no es posible discutir sobre la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 del TUO de la LRCT. La consecuencia jurídica de la ausencia de comunicación de servicios mínimos con miras al ejercicio del derecho de huelga es la inexistencia de obligación para las organizaciones sindicales de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos y, en consecuencia, la inexigibilidad de presentar la nómina de trabajadores que prevé el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

De otra parte, si el ámbito objetivo de los servicios mínimos se encuentra determinado es porque: (i) el empleador presentó la comunicación de servicios mínimos, (ii) las partes arribaron a acuerdo o (iii) la Autoridad Administrativa de Trabajo determinó los servicios mínimos, en el marco de un procedimiento administrativo de divergencia (decisión heterónoma). En cualquiera de estos casos, la consecuencia jurídica con miras al ejercicio del derecho de huelga es que la organización sindical tiene la obligación de observar los puestos de trabajo y el número de trabajadores para confeccionar y adjuntar la nómina de trabajadores en la comunicación del ejercicio del derecho de huelga.

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

1.1. Primer supuesto: no se encuentra determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos

Ante el supuesto en que la empleadora no presenta la comunicación de servicios mínimos, se advierte que la Autoridad Administrativa de Trabajo no tuvo una posición uniforme al pronunciarse sobre el requisito de la nómina para servicios mínimos.

En algunos casos, cuando la organización sindical no presentó la nómina para servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo se abstuvo de declarar la observancia o no del requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c)) y, más bien, invocó que dicha organización sindical “garantice de alguna manera la prestación del servicio

a fin de evitar afectaciones a la seguridad de las personas y al libre tránsito y circulación” (Resolución Directoral General N° 009-2014-MTPE/2.14)⁹⁷.

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

Así, por ejemplo, no encontró razonable garantizar los servicios mínimos en las actividades de vendedores integrales, cajeros, operarios, asistentes de ventas, supervisores, personal de mantenimiento y sistemas administrativos y de servicios (Resolución Directoral General N° 143-2013-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 063-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 100-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 108-2014-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 138-2014-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 0191-2014-MTPE/2.14), así como en actividades de asesores comerciales, gestores de tarjeta, gestores de cobranza, procuradores de cobranza, gestores de cobranza telefónica, jefe de operaciones, cajeras, asesores de préstamos, captadores de tarjetas, supervisores comerciales y otros empleados administrativos del sector financiero (Resolución Directoral General N° 177-2014-MTPE/2.14).

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

Asimismo, en virtud del criterio de razonabilidad, la Autoridad Administrativa de Trabajo determinó que la organización sindical no se encontró

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

obligado a presentar la nómina para servicios mínimos si el empleador presentó una comunicación de servicios mínimos defectuosa o incompleta (Resolución Directoral General N° 044-2016-MTPE/2.14), equiparando sus efectos con la no presentación de la referida comunicación.

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

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

Como se aprecia, en este primer supuesto, la Autoridad Administrativa de Trabajo emitió pronunciamientos donde se abstuvo de declarar la observancia o no del requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c)), con posterioridad se acudió al criterio de razonabilidad para sustentar supuestos en que no resultaba exigible para la organización sindical la presentación de la nómina para servicios mínimos y, finalmente, bastó la constatación de la ausencia de comunicación de servicios mínimos para declarar el cumplimiento del requisito materia de estudio.

1.2. Segundo supuesto: se encuentra determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos

En las resoluciones analizadas no se identificaron casos en donde el acuerdo de partes o la decisión heterónoma hayan determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos. No obstante, es de advertir que, de haber ocurrido, los casos se hubiesen disgregado de manera similar a aquel supuesto en que los servicios mínimos se determinan por decisión unilateral del empleador. Esto es, habiendo el empleador presentado la comunicación de servicios mínimos, los trabajadores (i) no presentan la nómina para servicios mínimos, o

(ii) presentan la nómina para servicios mínimos de forma distinta a los puestos o el número de trabajadores consignados en la comunicación de servicios mínimos.

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

Sin embargo, cuando las organizaciones sindicales presentaron la nómina para servicios mínimos, aunque de manera distinta a los puestos o el número de trabajadores consignados en la comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo reveló una posición variable respecto a la observancia o no del requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c)).

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

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

La incorporación de trabajadores no afiliados en la nómina para servicios mínimos, así como la falta de precisión de las ocupaciones, horarios, turnos o periodicidad, también generó que la Autoridad Administrativa declare la inobservancia del requisito comentado (Resolución Directoral General N° 82-2016-MTPE/2.14). Asimismo, la declaración de inobservancia alcanzó para aquella nómina que presentó una considerable diferencia entre el número de trabajadores ofrecido por la organización sindical y la requerida por el empleador en la comunicación de servicios mínimos (Resolución Directoral General N° 154-2019-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 176-2019-MTPE/2.14).

De igual manera, se declaró no observado el requisito cuando la identificación de los puestos de trabajo no se ajustó a los indicados por la empleadora (Resolución Directoral General N° 252-2019-MTPE/2.14) o la periodicidad consignada en la nómina para el mantenimiento de los servicios mínimos no resultó compatible con la duración de la huelga (Resolución Directoral General N° 140-2019-MTPE/2.14).

Ahora bien, ante el supuesto en que la organización sindical cuestionó la comunicación de servicios mínimos, sin embargo, al momento de la comunicación del ejercicio del derecho de huelga, se encontraba pendiente la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por decisión heterónoma, la Autoridad Administrativa de Trabajo transitó su posición desde preferir la comunicación de servicios mínimos hasta efectuar un análisis del “grado de exigibilidad” del requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c))⁹⁸.

Para la primera posición, la Autoridad Administrativa de Trabajo tuvo como sustento la autonomía de la calificación de la huelga respecto del procedimiento de divergencia (Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2.14) y, para la segunda posición, el sustento fue la conducta de las partes (Resolución Directoral General N° 88-2016-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 013-2017-MTPE/2.14), así como el resultado de un procedimiento de divergencia anterior⁹⁹ (Resolución Directoral General N° 158-2016-MTPE/2.14). Posteriormente, la primera posición fue retomada en la Resolución Directoral General N° 061-2018-MTPE/2.14.

En otros casos, si bien la diferencia fue evidente entre el número de trabajadores requerido por el empleador y el considerado por la organización sindical en la comunicación de huelga, la Autoridad Administrativa de Trabajo calificó el cumplimiento de requisito, apelando al criterio de razonabilidad. Ello, en razón a que los trabajadores ofrecidos prestaban labores en actividades

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

99 Al respecto, véase las consideraciones vertidas en el apartado 1.3.2. sobre la vocación de permanencia de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos por decisión heterónoma.

de “control de mantenimiento de maquinarias”, “supervisión de almacén” y “control de calidad” (Resolución Directoral General N° 245-2017-MTPE/2.14).

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

De otro lado, se consideró observado el mencionado requisito cuando la organización sindical, pese a la existencia cuestionamiento a la comunicación de servicios mínimos, presentó la nómina correspondiente con trabajadores afiliados para cubrir algunas actividades y justificó que no ofrece trabajadores para otros puestos, porque no cuenta con afiliados (Resolución Directoral General N° 208-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 209-2019-MTPE/2.14, y Resolución Directoral General N° 226-2019-MTPE/2.14); y, de manera contraria, la Autoridad Administrativa de Trabajo declaró su inobservancia cuando la organización sindical no expresó los motivos por los cuales decidió no cubrir los puestos de trabajo restantes requerido en la comunicación de servicios mínimos (Resolución Directoral General N° 197-2019-MTPE/2.14, Resolución Directoral General N° 253-2019-MTPE/2.14 y Resolución Directoral General N° 268-2019-MTPE/2.14).

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

Según se expuso, tanto para el primer como para el segundo supuesto, la Autoridad Administrativa de Trabajo no tuvo una posición uniforme al calificar la observancia o no del requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT (antes literal c)). Quizá las observaciones que se realizan a la normatividad peruana en el apartado 1.3. y el margen de discrecionalidad que admiten las reglas sobre los servicios mínimos sean algunos de los factores que contribuyeron para que las organizaciones sindicales se encuentren condicionadas al momento de ejercer, de manera efectiva, el derecho de huelga en el Perú.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS REFERIDOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Luego de revisar cómo la Autoridad Administrativa de Trabajo aplicó la normatividad sobre los servicios mínimos en la calificación del ejercicio del derecho de huelga, corresponde ahora explorar las posiciones que adoptaron los órganos jurisdiccionales para resolver conflictos jurídicos en casos concretos, así como la Autoridad Inspectiva de Trabajo para verificar el cumplimiento de las normas socio laborales. Es decir, el análisis de la operatividad normativa de los servicios mínimos pasa del impacto en la esfera colectiva al impacto en la esfera individual de los trabajadores.

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

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

De esta construcción es posible destacar tres postulados: (i) considerando el contenido axiológico de los derechos constitucionales pueden desarrollarse futuras concretizaciones o formas de proyección del derecho de libertad sindical (Caso Telefónica, 2002, fundamento 8); (ii) cualquier acto que busque restringir de manera injustificada la posibilidad de acción de una organización sindical vulnera el contenido esencial del derecho de libertad sindical, por cuanto este incluye aquellos derechos de actividad o medios de acción que se ejerzan dentro del respeto a la Constitución y a la ley (Caso Sitramunp, 2004, fundamento 5); y, (iii) el derecho de huelga, entendido como el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, se encuentra amparado por la ley dentro de determinadas condiciones (Caso Ley Marco del Empleo Público, 2005, fundamento 40).

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

Teniendo en consideración lo anterior, se observa que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han emitido pronunciamientos que variaron en el tiempo sobre dos aspectos vinculados al ejercicio efectivo del derecho de huelga y la normatividad de los servicios mínimos: **(i)** la potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo ocurridas por el ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente, y **(ii)** la potestad sancionadora del empleador frente al incumplimiento en la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga. Estas mismas materias fueron objeto de pronunciamientos por parte de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, adoptando una postura estable.

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

Sobre la primera materia identificada, es de mencionar que la vinculación de la normatividad de los servicios mínimos con la potestad sancionadora del empleador reside en que la inobservancia de la primera (referida al cumplimiento de la nómina para servicios mínimos) genera el presupuesto para la habilitación de la segunda. En estricto, se trata de una vinculación parcial porque la potestad sancionadora del empleador tiene lugar luego de la intervención que realiza el Estado con el segundo control al ejercicio del derecho de huelga, excluyendo de esta relación a la observancia de las condiciones y requisitos para la comunicación de huelga, entre ellas, la presentación de la nómina para servicios mínimos.

Sin embargo, los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial demuestran que dicha vinculación no es debidamente detectada, según se procede a detallar:

a) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

A la fecha, el Tribunal Constitucional adoptó cinco posturas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

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

Primera posición	Segunda posición	Tercera posición	Cuarta posición	Quinta posición
No se pronuncia sobre determinadas acciones del empleador vinculadas a su potestad sancionadora.	La potestad sancionadora solo opera en el supuesto previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	Deja abierta la posibilidad de reconocer que estas inasistencias constituyan una excepción a la regla prevista en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	La potestad sancionadora procede sin observar lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.	La potestad sancionadora se sustenta en el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

Elaboración propia.

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

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

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

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

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

En la parte considerativa de la resolución que emitió el Tribunal Constitucional, se aprecia que, por un lado, la organización sindical alegó que las referidas cartas fueron de preaviso de despido y, por otro lado, el órgano de

segunda instancia había confirmado la improcedencia limitar de la demanda, en atención a que el despido de los trabajadores varió la *causa petendi*.

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

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

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

Es decir, pese a que tuvo conocimiento que se ejecutó la potestad sancionadora frente a estas inasistencias, el Tribunal Constitucional no emitió juicio sobre la legalidad de las acciones ejecutadas por el empleador previo al despido de los trabajadores por considerar que las cartas remitidas solo constituían un mero requerimiento formal de retorno al trabajo.

Segunda posición.- La potestad sancionadora del empleador se encuentra delimitada a lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR

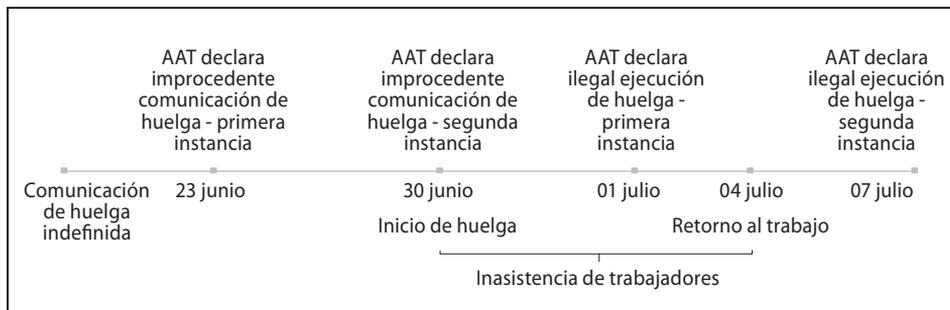
Con la conformación de otros magistrados, la posición del Tribunal Constitucional de no pronunciarse sobre este aspecto varió en la sentencia recaída en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2011.

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

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

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

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



Elaboración propia.

Sobre la base de este escenario, el Tribunal Constitucional resolvió la causa con el segundo voto dirimente a cargo del magistrado Vergara Gotelli¹⁰⁰, quien declaró fundada la demanda de amparo. Esta decisión se plasmó en los fundamentos 7 y 8 del voto emitido por dicho magistrado, al señalar que:

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

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

8. Por ende, en el presente caso, el empleador ha considerado como falta grave días de huelga que no podían ser computados como tales en atención a que aún no se había comunicado a los trabajadores de la emisión de la resolución administrativa que confirmada la ilegalidad de la huelga. Por ello, el despido de los recurrentes ha sido arbitrario, en razón de que no se ha configurado la causal de falta grave previstos en los incisos a) y h) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...).”

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

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

A propósito de un “amparo contra amparo” y con la reconfiguración del colegiado del Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014¹⁰¹, se modificó el criterio asumido en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC.

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

Apoyándose en la resolución recaída en el Expediente N° 1364-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional determinó que la sentencia cuestionada no brindó razones suficientes sobre “las consecuencias que tendría el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para la procedencia de la huelga” (fundamento 15). Ello, en razón de que, en el proceso de amparo primigenio, aplicando lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, se declaró fundada la demanda de un grupo de trabajadores

101 Este nuevo colegiado estuvo conformado por los magistrados Urviola Hani (quien declaró infundada la demanda en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barreda.

que fueron despedidos por las inasistencias ocurridas a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue previamente declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

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

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

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

La posición del autor sobre esta materia, a propósito del presente criterio asumido por el Tribunal Constitucional, es desarrollada en el apartado 3.5.; sin embargo, se debe indicar –desde ahora– que no se está ante un problema jurídico derivado de la aplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, sino ante una “preocupación” –según expone el propio Tribunal Constitucional– por “el alcance de la protección que merece el derecho de huelga frente a las cargas que puede soportar el empleador producto del ejercicio de este derecho” (fundamento 21).

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

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

La “preocupación” expresada por los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso anterior fue acogida en la sentencia recaída en el Expediente N° 2987-2017-PA/TC, de fecha 27 de octubre de 2020¹⁰²; sin embargo, no siguió la línea interpretativa de justificar la existencia de una excepción a la regla establecida en el artículo 39 del D.S. 001-96-TR, sino que estimó suficiente solo corroborar la legalidad de los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo para validar la potestad sancionadora del empleador ante las inasistencias ocurridas con una comunicación de huelga declarada improcedente.

Veamos, en este caso, el Sindicato de Trabajadores de La Ibérica cuestionó las resoluciones administrativas, emitidas por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa, por medio de las cuales declaró improcedente la comunicación de huelga y, posteriormente, ilegal la paralización de labores efectuada por los trabajadores afiliados. A consecuencia de lo anterior, la organización sindical también cuestionó el proceder del empleador y solicitó que se declare la nulidad de las amonestaciones escritas impuestas a sus afiliados.

Si bien, a diferencia de los casos anteriores, la demanda estuvo dirigida a cuestionar las deliberaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo y, de manera indirecta, a la actuación del empleador, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional validó las sanciones impuestas a los trabajadores huelguistas luego de corroborar que las calificaciones a la comunicación y a la materialización de la huelga se efectuaron conforme a ley.

Sin embargo, en ningún extremo de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional se refirió al artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR o analizó el tipo legal específico que permitía al empleador disciplinar a los trabajadores. Solo se aprecia una ligera invocación al literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

En puridad, el problema jurídico que le tocaba resolver al Tribunal Constitucional fue si las sanciones impuestas por el empleador se encontraban conforme a ley, pese a que la declaración de ilegalidad se efectuó con posterioridad al día de paralización acatada por los trabajadores huelguistas.

102 El único cambio respecto del colegiado anterior fue del magistrado Ferrero Costa, quien sustituyó a Urviola Hani.

Quinta posición.- La potestad sancionadora del empleador procede por paralización intempestiva (literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL)

Finalmente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3692-2017-PA/TC, de fecha 08 de junio de 2021, el mismo colegiado del Tribunal Constitucional que participó en el caso anterior convalidó la posición de que la infracción al literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL sustenta la potestad sancionadora del empleador sobre los trabajadores que paralizan sus labores a pesar de que la comunicación de huelga fue declarada improcedente.

En detalle, el Tribunal Constitucional analizó si el proceder de la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., consistente en imponer sanciones contra los trabajadores huelguistas y, además, en cursar cartas notariales conminando a que no vuelvan a cometer dichas paralizaciones, configura una amenaza de violación de los derechos constitucionales a la sindicación y a la huelga del sindicato Cerro Verde.

La postura defendida por el empleador fue que la medida de fuerza acatada por los trabajadores huelguistas constituyó una paralización intempestiva, motivo por el cual su proceder se sustentó en lo dispuesto por el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

Además de la afirmación “en nuestro ordenamiento jurídico las paralizaciones intempestivas no tienen protección legal ni constitucional”, el cual no tuvo desarrollo¹⁰³, dicho colegiado no justificó jurídicamente por qué considera que los trabajadores incurrieron en paralización intempestiva.

Los únicos argumentos tomados en cuenta para validar la potestad sancionadora del empleador fueron que: i) el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL considera falta grave a la reiterada paralización intempestiva; ii) la referencia a la imposición de nuevas sanciones tiene origen en las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo que declaró improcedente y, posteriormente, ilegal la paralización de labores; y iii) la Corte Suprema validó las sanciones impuestas a los trabajadores afiliados al sindicato Cerro Verde por las mismas paralizaciones¹⁰⁴.

En orden a los puntos antes indicados, se aprecia que la deficiencia argumentativa en la que incurrió el Tribunal Constitucional reposa en que: i) no

103 Aspecto que fue oportunamente advertido por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en su fundamento de voto.

104 Se hizo alusión a la Casación N° 25646-2017 Arequipa, la cual contiene la tercera posición asumida por la Corte Suprema respecto a la oportunidad en que procede la facultad sancionadora del empleador, en el marco de una paralización de labores cuya comunicación de huelga se declaró improcedente, según se explica más adelante.

precisa cuál es el hecho generador de la falta paralización intempestiva; ii) otorga el mismo tratamiento a una paralización que no fue comunicada y a una paralización que sí fue comunicada pero cuenta con un pronunciamiento desfavorable; y iii) no repara que la Corte Suprema no argumentó sobre el hecho generador de la falta paralización intempestiva.

b) Pronunciamientos del Poder Judicial

Por su parte, el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, puso de manifiesto cuatro posturas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

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

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

Elaboración propia.

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

Primera posición.- La facultad sancionadora del empleador opera con la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR

En la Casación Laboral N° 2698-2016 La Libertad, de fecha 12 de junio de 2017, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, analizando como infracciones normativas la inaplicación del literal h) del artículo 25 TUO de la LPCL y la interpretación errónea del artículo 73 del Reglamento de la LRCT, resolvió la impugnación del despido de una trabajadora

que tuvo seis días de inasistencias en un periodo de treinta días calendarios. El empleador, Banco de la Nación, calificó como injustificadas dichas inasistencias, pese a que dos días tuvieron origen en la paralización de labores convocada a nivel nacional por la organización sindical a la que estaba afiliada.

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

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

En el caso, se advirtió una ausencia de pruebas que demuestren que “esta ilegalidad haya sido comunicada a la demandante a efecto del cómputo del plazo, ni que se haya requerido el retorno a sus labores”; motivo por el cual la Corte Suprema concluyó que dicho despido fue fraudulento debido a que el empleador imputó ausencias injustificadas sin cumplir con las formalidades de ley.

Asimismo, en la Casación Laboral N° 15537-2015 Lima, de fecha 19 de julio de 2017, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria resolvió las suspensiones que, como medida sancionadora, ejecutó la empresa Southern Perú Copper Corporation S.A. contra veintidós trabajadores por ausentarse dos días al trabajo, en el marco del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada previamente improcedente. Cabe precisar que en este caso se analizó como infracción normativa la inaplicación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

En el considerando décimo octavo, la casación indicó que:

“(…) si bien de acuerdo al artículo 73 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR se ha señalado que es requisito que el Sindicato comunique a la Autoridad Administrativa su decisión de ejercer su derecho de huelga, requisito que el Sindicato ha cumplido y que dicha comunicación ha sido declarada improcedente (...); no obstante, es de señalar que dicho pronunciamiento por la Autoridad Administrativa no es definitivo, toda vez que no va a originar consecuencias a los trabajadores

afiliados al sindicato, en tanto que esta parte puede ejercer su derecho de impugnación, como ha sido el caso, y solo cuando la autoridad declare ilegal la huelga y dicha decisión quede consentida, es que dicha medida se convertirá en irregular e ilegítima, y solo en dicho supuesto la inasistencia de los trabajadores a su centro de trabajo se convertirá en una inasistencia injustificada”.

Además, se verificó que el empleador:

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

Por tales razones, se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la organización sindical.

Tal como se aprecia, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria tenía posicionado el criterio que la potestad sancionadora del empleador, en caso de inasistencia derivada del ejercicio del derecho de huelga, debía observar con el supuesto habilitante del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR¹⁰⁵.

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

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

“(...) esta legal y disciplinariamente habilitada la facultad del empleador de calificar la paralización ex profesamente sancionada como

105 Es de resaltar que, en este último caso, el magistrado Arévalo Vela emitió voto singular señalando, sobre la base de la interpretación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, que “la sanción a los trabajadores huelguistas solo procedía desde el momento en el que el Auto Directoral [que califica la ejecución de la huelga] (...) quedara firme; lo que no ocurrió, pues, el empleador aplicó la sanción disciplinaria por hechos ocurridos antes que la citada resolución fuera emitida”.

improcedente en 3 inasistencias por la autoridad administrativa de trabajo como una falta laboral sancionable disciplinariamente”.

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

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

“(…) la participación del trabajador en una huelga legal o legítima está comprendida dentro del ejercicio del derecho fundamental de huelga y suspende válidamente la relación de trabajo del trabajador huelguista hasta el momento de su reincorporación efectiva al trabajo, y no puede dar lugar a sanción alguna. Por el contrario, la participación del trabajador en una huelga ilegal o ilegítima no está comprendida dentro del ejercicio del derecho fundamental de huelga y no suspende válidamente la relación de trabajo, constituyendo un incumplimiento contractual, sancionable disciplinariamente por el empleador”.

Este razonamiento fue reiterado en varias sentencias en casación, tales como, por ejemplo, las Casaciones Laborales N° 21896-2018 Arequipa¹⁰⁶, N° 18783-2018 Arequipa y N° 18622-2018 Arequipa.

Luego, si bien la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria mantuvo la posición de declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., por tratarse de la misma paralización¹⁰⁷, la magistrada Rosa Bedriñana, apartándose de la decisión adoptada en mayoría, efectuó votos en discordia, donde señaló que:

“[E]l artículo 77 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, cuya inaplicación alega el recurrente, es totalmente impertinente al caso materia de autos, toda vez que la norma legal regula el supuesto de los efectos que se derivan de una huelga declarada legal, que observó el artículo 73 de la norma citada, situación que precisamente no se

106 A su vez, con este pronunciamiento, el magistrado Arévalo Vela cambió la posición expuesta en la Casación Laboral N° 15537-2015 Lima.

107 Véanse las Casaciones Laborales N° 18194-2018 Arequipa, N° 15085-2018 Arequipa, N° 21871-2018 Arequipa, N° 25527-2018 Arequipa, N° 27635-2018 Arequipa, N° 25792-2018 Arequipa, N° 25751-2018 Arequipa, y N° 20734-2018 Arequipa.

presenta, conforme así concluye la instancia de mérito cuando determinada que la huelga fue declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo” (considerando décimo primero).

Asimismo, la referida magistrada, añadió que:

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

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

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

La segunda posición acogida por la Corte Suprema se encrudeció, llegando –incluso– a establecer doctrina jurisprudencial para posicionar como tercer criterio que la potestad sancionadora del empleador surge desde la primera declaración de improcedencia a la comunicación de huelga. En otros términos, basta que la Autoridad Administrativa de Trabajo declare improcedente la comunicación de huelga para que el empleador se encuentre habilitado a sancionar a los trabajadores que materializan su medida de presión.

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

En relación al primer caso, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió la Casación Laboral N° 25646-2017 Arequipa, de fecha 08 de agosto de 2019, en la cual se pronunció sobre la validez de la sanción de suspensión sin goce de haber de un día impuesta a un trabajador que tuvo dos días de inasistencias¹⁰⁸.

Luego de agregar algunos considerandos a los ya establecidos en la posición anterior, en esta casación, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria optó por establecer doctrina jurisprudencial¹⁰⁹.

En el considerando décimo segundo, se indicó:

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

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

De la lectura de esta regla, considerada como doctrina jurisprudencial, debe quedar anotada dos observaciones, sin perjuicio del sustento que el autor de la presente obra realiza en el apartado 3.5.

La primera es que la normatividad no contempla que la declaración de improcedencia se efectúa sobre la materialización de la huelga, sino sobre su comunicación. Son controles que se realizan sobre el ejercicio del derecho de huelga en momentos distintos. Así, la doctrina jurisprudencial contiene una imprecisión evidente. La segunda observación es que la habilitación a la potestad sancionadora se aleja de la necesidad de que la declaración de improcedencia se realice en tres instancias administrativas.

108 En la Casación Laboral N° 26421-2017 Arequipa, de fecha 20 de agosto de 2019, se resolvió un caso similar.

109 Debe advertirse que, recientemente, la Cuarta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Transitoria se apartó de este criterio con la emisión de la sentencia recaída en la Casación Laboral N° 27752-2018 Arequipa, de fecha 28 de abril de 2021, retornando a la primera posición identificada.

En relación al segundo caso, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió la Casación Laboral N° 23631-2017 Lima Norte, de fecha 19 de setiembre de 2019, que declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Sindicato de Trabajadores de Forsac Perú S.A. Con dicho fallo, se validó la sanción de amonestación escrita impuesta por el empleador a diecinueve trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores de Forsac Perú S.A.

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

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

Un primer aspecto que resulta cuestionable al razonamiento expuesto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria es que establece, en el considerando quinto, que el artículo 70 del Reglamento de la LRCT prevé el supuesto de una huelga legal, desconociendo que el ordenamiento jurídico peruano no contempla una declaración de legalidad de la huelga, sino únicamente la ilegalidad prevista en el artículo 84 del TUO de la LRCT. De este modo, parece que el Poder Judicial considera que la protección jurídica sobre los trabajadores que ejercen su derecho de huelga únicamente depende del control que se efectúa a la comunicación de huelga.

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

Finalmente, no se entiende la afirmación de que no resulta aplicable el artículo 73 del Reglamento de la LRCT por haber devenido en ilegal la huelga (fundamento décimo primero) cuando precisamente la declaración de ilegalidad

de la huelga consentida o ejecutoriada, junto con el requerimiento colectivo, forman parte del supuesto habilitante para que los trabajadores tengan la obligación de retornar al trabajo. Si se efectúa la lectura en contrario de dicha afirmación (al estilo de la posición anterior), ¿el artículo 73 del Reglamento de la LRCT sí sería aplicable si se declara legal la huelga? Evidentemente, no¹¹⁰.

Cuarta posición.- La facultad sancionadora del empleador surge en dos supuestos: lo previsto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR (primera posición) y a partir de la primera declaración de improcedencia (tercera posición)

Para culminar este apartado, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria actualizó el análisis efectuado en la Casación Laboral N° 25646-2017 Arequipa, sosteniendo un reciente y último criterio que se compone tanto de la primera posición como de la tercera posición antes explicada.

Así, en la Casación Laboral N° 22596-2018 Lambayeque, de fecha 09 de setiembre de 2021, esta Sala validó la sanción de suspensión sin goce de haber impuesta a un trabajador por la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta por haber participado en una paralización de dos días convocada por el Sindicato Nacional de Obreros de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.

Para ello, además de persistir en las deficiencias anotadas en el punto anterior (como referirse sobre los efectos de una huelga legal), la Corte Suprema recordó lo dispuesto en la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA y mencionó que el criterio ahí expuesto fue superado por las posteriores casaciones laborales que se emitieron con calidad de doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la alusión a la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA forzó a la Corte Suprema referirse a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

De esta manera, se emitió nueva doctrina jurisprudencial respecto al tema “de la sanción a los trabajadores que incurren en paralizaciones colectivas de trabajo, que han sido declaradas improcedentes o ilegales” (fundamento octavo), en los siguientes términos:

“1. La huelga materializada a pesar de que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró su improcedencia, acarrea

110 Esta sentencia fue suscrita por la magistrada De La Rosa Bedriñana, cambiando la posición que sostuvo en anteriores oportunidades cuando emitió votos en discordia ante razonamientos similares de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.

la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores por los días de inasistencia al trabajo.

2. La huelga realizada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su ilegalidad, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencias al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo fe notarial o a falta de notario, bajo constatación policial. Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento (...).”

Con dicha casación se pretende esclarecer que la potestad sancionadora del empleador procede en dos escenarios: i) cuando se declara improcedente la huelga y ii) cuando se declara ilegal la huelga, desconociendo la relación existente entre la comunicación y la materialización de la huelga, así como la intervención que realiza la Autoridad Administrativa de Trabajo en cada oportunidad.

Además, la “construcción” argumentativa para evidenciar los momentos con los que cuenta el empleador para disciplinar a los trabajadores huelguistas resulta inoficioso, porque no es atractivo para el empleador esperar a que ocurra el segundo escenario, pues en el primer escenario basta un único pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la comunicación de huelga y, además, libera al empleador la carga de emplazar a los trabajadores.

Esta última posición fue aplicada también en la Casación Laboral N° 18989-2019 Arequipa, de fecha 16 de junio de 2022.

c) La posición de la Autoridad Inspectiva de Trabajo

De manera contraria a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, la Autoridad Inspectiva de Trabajo, a través del Tribunal de Fiscalización Laboral, tiene una posición establece respecto a la materia de la potestad sancionadora del empleador y su vinculación con el ejercicio del derecho de huelga.

Así, en la Resolución N° 519-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, de fecha 09 de noviembre de 2021, dicho tribunal consideró que sancionar a trabajadores que participan en una paralización de labores antes de que sea declarada ilegal, por medio de una resolución administrativa firme, es un acto que vulnera la libertad sindical y el derecho de huelga, configurándose una infracción

muy grave en materia de relaciones laborales, tipificada en el numeral 25.10 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

De lo expuesto en este apartado, nótese que la potestad sancionadora del empleador ante las inasistencias de los trabajadores se materializó a consecuencia de la imputación de dos faltas o infracciones: ausencias injustificadas (literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL) y paralización intempestiva (literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL). Sin embargo, los últimos criterios del Tribunal Constitucional destacaron más por justificar la validez de dicha potestad que por analizar debidamente la calificación de las faltas que le dieron origen. Por su parte, las posiciones del Poder Judicial se enfocaron más en motivar la oportunidad en que surge la potestad sancionadora del empleador que en identificar la infracción concreta cometida por los trabajadores.

2.2. La potestad sancionadora del empleador frente al incumplimiento en la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga

Sobre la segunda materia identificada, a diferencia de lo expuesto en el apartado anterior, la vinculación de la normatividad de los servicios mínimos con la materia referida a la potestad sancionadora del empleador es directa: la inobservancia de la primera habilita la segunda.

Pese a lo notorio de esta relación, en concreto ¿qué es lo que el ordenamiento jurídico reporta como incumplimiento para que el empleador ejerza la potestad sancionadora? El artículo 82 del TUO de la LRCT establece que “los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio [mínimo], serán sancionados de acuerdo a ley”. De dicha disposición, se desprende que el incumplimiento versa respecto a su determinación subjetiva; esto es, la designación concreta de los trabajadores para el mantenimiento de los servicios mínimos.

A continuación, se relatan los casos donde el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y la Autoridad Inspectiva de Trabajo tuvieron ocasión de analizar este asunto.

a) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional recorrió por distintos criterios al evaluar casos vinculados a la determinación subjetiva de los servicios mínimos. Estos criterios son:

TABLA 8
Posturas del Tribunal Constitucional sobre la determinación subjetiva de los servicios mínimos en caso de huelga

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

Elaboración propia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para el Tribunal Constitucional, la resolución de la controversia giró en torno a una constatación de hecho: si el demandante tomó conocimiento o no de su designación, declarando improcedente la demanda porque no se contó con medios probatorios que generen certeza sobre aquello. Cabe indicar que, en dicha sentencia, se dejó constancia que ni la empleadora ni la organización sindical presentaron los documentos requeridos por el Tribunal Constitucional para mejor resolver.

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

En esta oportunidad, se declaró fundada la demanda bajo el sustento de que el empleador no probó haber informado al trabajador sobre

su designación ni cumplió con su deber de colaboración procesal; es decir, en este caso, a diferencia del anterior, se optó por aplicar la técnica procesal de la carga de la prueba.

Sin perjuicio de la desazón que genera los distintos resultados en sus decisiones¹¹¹, cabe advertir que en ambos casos el Tribunal Constitucional acogió la posición que se identificó en la primera materia identificada; esto es, no se pronunció sobre la potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo ocurridas por el ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente.

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

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

En la sentencia recaída en el Expediente N° 02211-2009-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional se pronunció de manera directa sobre la designación de los trabajadores realizada por el empleador para los servicios mínimos y su relación con el ejercicio del derecho de huelga.

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, se tiene que el Tribunal Constitucional determinó que la designación de los trabajadores para los servicios mínimos (determinación

subjetiva) realizada por el empleador estuvo habilitada por la calificación de aprobación automática que reconoció el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a la comunicación de servicios mínimos¹¹². Nuevamente, no identificar el problema jurídico por parte del Tribunal Constitucional devino en un razonamiento deficiente para la resolución del caso.

Como se indicó en el apartado 1.3.2., los puestos de trabajo y el número de trabajadores encargados de cubrir los servicios mínimos (determinación objetiva) pueden definirse: (i) de manera unilateral por el empleador (con la comunicación de los servicios mínimos), (ii) por acuerdo de partes, o (iii) por la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo (en el marco del procedimiento de divergencia).

De otro lado, la identificación concreta de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos (determinación subjetiva) se realiza al momento de comunicar el ejercicio del derecho de huelga.

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

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

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

112 Mediante la Resolución Ministerial N° 107-2019-TR, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo eliminó la comunicación de servicios mínimos de su TUPA debido a que advirtió que no contaba con base legal para su inclusión. Este proceso de gestión se efectuó en el marco de la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria prevista en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, decreto legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, modificado por el Decreto Legislativo N° 1310, decreto legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria. De lo anterior, se tiene que la comunicación de servicios mínimos ni era un procedimiento administrativo ni existía norma con rango de ley que sustentaba su incorporación en el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin embargo, en su momento, el Tribunal Constitucional no consideró las reales características de estos instrumentos de gestión a las que alude en la sentencia precitada, aplicando una regla de aprobación automática en una materia (comunicación de servicios mínimos) que no constituye procedimiento administrativo.

Así, el inicio de esta variación de criterio se aprecia en el auto recaído en el Expediente N° 01943-2018-PA/TC, de fecha 16 de marzo de 2019, por medio del cual el Tribunal Constitucional declaró nulo los fallos de las instancias inferiores que declararon improcedente la demanda y dispuso que se la admita a trámite, a fin de que se examine si hubo o no afectación al derecho de huelga invocada por el sindicato Cerro Verde.

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

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

Es con la emisión de la sentencia recaída en el Expediente N° 02302-2015-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2019, que el Tribunal Constitucional asentó su posición respecto de la materia comentada. Cabe mencionar que, a diferencia de los anteriores, en este caso los puestos de trabajo y el número de trabajadores encargados de cubrir los servicios mínimos (determinación objetiva) sí estuvieron definidos por medio de un procedimiento de divergencia resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo (decisión heterónoma).

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

“9. De la normatividad citada *supra* se desprende que el ente facultado para elaborar y entregar al empleador la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando en caso de huelga, es la organización sindical, quien debe observar el número y ocupación de trabajadores que se requiere para su permanencia en las actividades indispensables en caso de producirse la suspensión colectiva del trabajo. **La observancia o no del referido número y ocupación de trabajadores será evaluada por la Autoridad de Trabajo al momento de pronunciarse por la procedencia o improcedencia de la huelga**” (sic) (resaltado agregado).

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

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

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

No obstante lo anterior, se aprecia que si bien el razonamiento de este órgano jurisdiccional esclareció el tema sobre a quién le corresponde designar los trabajadores para servicios mínimos, no ingresó a analizar en qué momento surge la potestad sancionadora del empleador por el incumplimiento de los trabajadores designados como servicios mínimos¹¹³.

b) Pronunciamientos del Poder Judicial

En relación a esta materia, se identificó sentencias emitidas tanto a nivel de la Corte Superior de Justicia de Lima como a nivel de la Corte Suprema de Justicia.

Las sentencias judiciales fueron emitidas por el Juzgado Mixto de Motupe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en los Expedientes N° 86-2018, N° 88-2018, N° 89-2018, N° 92-2018 y N° 93-2018, a propósito de impugnaciones que interpusieron trabajadores contra las sanciones impuestas por la

113 Este último aspecto es tratado en el apartados 3.6.

empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. por paralizar sus actividades como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga.

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

En relación a ello, los considerandos de dichas sentencias permiten afirmar que el número de trabajadores y los puestos de trabajo estuvieron determinados por el empleador de manera unilateral, toda vez que, al momento de materializar el ejercicio del derecho de huelga, se encontró pendiente de resolver el procedimiento de divergencia (decisión heterónoma) y, debido a que la organización sindical no ofreció la nómina de trabajadores en correspondencia a lo requerido por el empleador, este procedió a designar unilateralmente a los trabajadores demandantes como personal de servicios mínimos. Finalmente, los hechos del caso culminaron con el despido de los trabajadores demandantes porque no se presentaron a laborar los días en que se materializó la huelga, entendiéndose la empleadora que incurrieron en dos faltas graves previstas en el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL (el incumplimiento de obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo que reviste gravedad).

Para resolver estos casos, el Juzgado Mixto de Motupe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque analizó la gravedad de la infracción imputada por la empleadora, a partir de la concurrencia de distintos elementos, tales como: la antigüedad del trabajo, los antecedentes, la existencia o no de advertencias previas al trabajo, etc., y, de igual modo, efectuó una calificación a priori de si el empleador prestaba o no servicios esenciales, ello con el propósito de sustentar si existía la necesidad para la empleadora de contar con trabajadores indispensables (mínimos). El juzgado declaró fundada la demanda interpuesta por los trabajadores demandantes.

Al respecto, se aprecia que dicho órgano jurisdiccional no identificó el conflicto jurídico que planteaban dichos casos¹¹⁴.

En efecto, no resultó correcto proceder con el análisis de la gravedad, porque ello supone admitir que la discusión del despido no pasa por la tipificación

114 Debido, quizás, a que la teoría del caso presentada en las demandas no se realizó de manera correcta.

de la infracción, sino por la razonabilidad de la medida, lo cual no correspondía en los casos analizados, según las consideraciones que se extraen de las sentencias.

Tampoco resultó pertinente que el juzgado realice una declaración de esencialidad *a priori* a los servicios que prestaba el empleador, máxime si el mantenimiento de los servicios mínimos no es exclusivo para las empresas que prestan servicios esenciales, sino también para aquellas que cuenten con actividades indispensables (artículo 78 del TUO de la LRCT). Por lo demás, la existencia de actividades indispensables fue lo que alegó la empleadora para la presentación de su comunicación de servicios mínimos.

Tal como sucedieron los hechos, el conflicto jurídico que debió resolver el juzgado era si el empleador tenía la competencia para designar unilateralmente a los trabajadores sindicalizados para prestar servicios mínimos.

A nivel de la Corte Suprema de Justicia, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió –recientemente– dos casaciones laborales.

En la Casación Laboral N° 24816-2018 Arequipa, de fecha 04 de mayo de 2021, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió pronunciamiento sobre la aplicación indebida del artículo 9 del TUO de la LPCL para determinar:

“Si la sanción impuesta al trabajador ha sido –o no– expedida con contravención a los límites sancionadores del empleador, toda vez que el argumento central de la demanda y del recurso de casación está referida a que la demandada hizo un uso arbitrario de su facultad directriz ya que sancionó al actor sin que exista pronunciamiento sobre la divergencia que se generó entre la nómina de puestos indispensables presentadas por la empresa y la propuesta del sindicato”.

Concretamente, el caso tuvo como antecedentes de hecho que la empresa Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. requirió en la comunicación de servicios mínimos a un total de 283 trabajadores, sin embargo, la organización sindical solo consideró a 180 trabajadores en la nómina presentada en la comunicación de huelga.

A pesar que la organización sindical no lo consideró en la nómina para servicios mínimos y ante la diferencia numérica de dicha nómina con el número requerido en la comunicación de servicios mínimos, el empleador designó al demandante (trabajador sindicalizado) como personal encargado

para cubrirlos. Al no acudir a laborar los días en que se materializó la huelga, el empleador sancionó al trabajador por no acatar su disposición.

Para analizar este caso, la Corte Suprema recordó que el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece que la comunicación de servicios mínimos es de aprobación automática y que el procedimiento de divergencia está sujeto a silencio administrativo negativo. Solo en base a esta consideración, la Corte Suprema afirmó, en el considerando 5.7., que:

“5.7. El marco normativo mencionado, otorga razonablemente la preferencia a las empresas que brindan servicios esenciales, a determinar los puestos y números de trabajadores indispensables, a fin de no poner en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de las actividades que, si existe disconformidad por parte de la organización sindical, esta puede accionar siguiente el procedimiento preestablecido.

5.8. En tal sentido, cuando la divergencia no se encuentre resuelta se prefiere los puestos y número de trabajadores propuestos por la empresa, ya que la propuesta de la organización sindical no podría garantizar la finalidad de no operar en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de las actividades, a menos que se demuestre una decisión arbitraria del empleador buscando frustrar la materialización de la huelga o que su propuesta no se justifique con un informe técnico”.

Cabe mencionar que en dichos considerandos, la Corte Suprema no solo confundió la definición de la categoría de servicios esenciales con la de actividades indispensables para la empresa, sino que postuló una presunción no sustentada referida a que la propuesta de la organización sindical no podría garantizar la finalidad de los servicios mínimos. Resulta un exceso plantear a priori esta afirmación.

Asimismo, no se aprecia en dicho pronunciamiento cual sería el sustento para que el Supremo Tribunal considere “que el demandante tenía la obligación de acatar la orden de su empleador” (considerando 6.5.). Que el puesto de trabajo del demandante (“técnico de Tractores Mina”) haya sido determinado de manera objetiva como servicio mínimo (en el marco de la resolución de una divergencia anterior), ello no genera, necesariamente, para el trabajador sindicalizado la obligación de ocuparse de dicho servicio, máxime si el empleador no tiene la facultad para efectuar la determinación subjetiva de los servicios mínimos (designación).

Según se observa, con este pronunciamiento, la Corte Suprema siguió la línea argumentativa expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02211-2009-PA/TC, por lo que también incurrió en el error de confundir la determinación del ámbito objetivo y subjetivo de los servicios mínimos en relación a la potestad sancionadora del empleador.

Finalmente, en la Casación Laboral N° 24457-2019 Lima Este, de fecha 08 de marzo de 2022, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria analizó el recurso de casación interpuesto por la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.C., en relación a la causal de infracción normativa del artículo 68-A del Decreto Supremo N° 009-2018-TR¹¹⁵.

Por tratarse de una controversia donde los hechos fueron similares al caso anterior, la Corte Suprema indicó que su pronunciamiento se centraba en determinar si la sanción impuesta al trabajador fue o no expedida en contravención a los límites sancionadores del empleador. Luego, en su considerando séptimo, consideró que el artículo 68-A mencionado sí resultaba aplicable para la resolución del caso, el mismo que establecía que:

“mientras no exista un pronunciamiento que resuelva la divergencia y, a la falta de acuerdos previos sobre servicios mínimos o que exista resolución de una divergencia anterior, surtía efecto la declaración realizada por el empleador conforme a lo establecido en su informe técnico”.

Es por ello que, en el décimo considerando, la Corte Suprema afirmó:

“el empleador estaba facultado para imponer la sanción de suspensión, al no existir un pronunciamiento final de la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto a la divergencia del puesto de trabajo, y conforme a la normativa vigente, surtió efecto la declaración realizada por el empleador conforme a lo establecido en su informe técnico, por lo cual debió primar la designación de trabajadores indispensables realizada por la empresa”.

En relación a esta sentencia, se considera que la Corte Suprema confundió el objetivo del mandato de adecuación previsto en el artículo único de la disposición complementaria final del Decreto Supremo N° 009-2018-TR. Este mandato tiene como objeto que las nuevas reglas sobre el procedimiento de

115 En realidad, debió hacerse mención al artículo 68-A del Reglamento de la LRCT, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR.

divergencia sean aplicadas a los procedimientos que se encontraban en trámite al momento de su entrada en vigencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que la adecuación se extendía a los criterios de auxilio con los que cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para la calificación de las comunicaciones de huelga.

Es más, aun asumiendo que el mandato de adecuación está referido a este último supuesto, los criterios de auxilio no pueden sustentar la potestad sancionadora del empleador porque dichos criterios únicamente tienen como destinatarios a la Autoridad Administrativa de Trabajo y a la organización sindical, al momento de presentación la nómina para servicios mínimos.

Inclusive, si el Decreto Supremo N° 009-2018-TR hubiese establecido una regla que justifique la potestad sancionadora del empleador, ella no podía ser aplicada al caso analizado por cuanto el hecho generador de la sanción se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho decreto supremo. De ocurrir, se hubiese convalidado la aplicación retroactiva de la norma por parte del empleador desde la teoría de los hechos cumplidos.

Adicionalmente, se percibe que la línea argumentativa utilizada por la Corte Suprema adolece de una correcta aplicación de las normas, aunado al hecho de no reparar en si el empleador tenía la facultad de efectuar la designación de servicios mínimos.

Con todo, nótese que en las dos casaciones laborales mencionadas, la potestad sancionadora del empleador se sustentó en su facultad directriz previsto en el artículo 9 del TUO de la LPCL y en lo dispuesto, en su momento, en el último párrafo del artículo 68-A del Reglamento de la LRCT, respectivamente, contraviniendo el principio de tipicidad por cuanto dichas normas no precisan la infracción específica que constituye falta ni que ella resulte merecedora de sanción en relación al supuesto de incumplimiento de los servicios mínimos.

c) Pronunciamientos de la Autoridad Inspectiva de Trabajo

La determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos también fue objeto de pronunciamientos por parte de la Autoridad Inspectiva de Trabajo. Así, en dos casos, las empleadoras fueron encontradas responsables de incumplir las normas socio laborales, vinculadas a la afectación del derecho a la libertad sindical.

En el primer caso, el Expediente Sancionador N° 1496-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE3 dio cuenta de las investigaciones realizadas por la Autoridad Inspectiva de Trabajo a una empleadora por presuntamente haber incurrido en actos que afectan la libertad sindical; ello, en tanto sancionó con días de

suspensión sin goce de haber a trabajadores que acataron una huelga, al ser considerados por la empleadora como trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos.

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

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

En el segundo caso, las actuaciones obran en el Expediente Sancionador N° 710-2020-SUNAFIL/ILM. Según lo expuesto en la Imputación de Cargos N° 1616-2020-SUNAFIL/ILM/A11, la Autoridad Inspectiva de Trabajo investigó a la empleadora por presuntamente haber incurrido en actos antisindicales que atentan contra la libertad sindical; ello, en tanto la empresa remitió cartas notariales individuales y colocó afiches en las vitrinas de los centros de trabajo, comunicando quiénes eran los trabajadores designados como indispensables y que, por tanto, debían permanecer en sus puestos de trabajo el día convocado para la huelga.

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

Luego de las verificaciones correspondientes, la Autoridad Inspectiva de Trabajo concluyó que la actuación de la empleadora tuvo por finalidad limitar la eficacia de la medida de huelga, buscando programar y hacer laborar a los trabajadores sindicalizados en el día que ejercieron su derecho de huelga pese a que ello no era necesario. Asimismo, la Autoridad Inspectiva de Trabajo resaltó que los puestos de servicios mínimos no se determinan en función a la condición de afiliado o no afiliados a la organización sindical que materializa la huelga, por lo que la empleadora no podía decidir sobre la nómina de los trabajadores que estaban obligados a cubrir los servicios mínimos.

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

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

Adicionalmente, el resultado de la operatividad normatividad de los servicios mínimos demuestra que el ejercicio efectivo del derecho de huelga tiene poco espacio para que se desarrolle en el Perú, afectando, de manera indirecta, a la esfera individual de los trabajadores, toda vez que los órganos jurisdiccionales avalan la potestad sancionadora del empleador frente a paralizaciones cuya comunicación de huelga es declarada improcedente y frente al incumplimiento en su designación de los servicios mínimos.

En el siguiente capítulo se ofrecen algunas propuestas que el autor de la presente obra considera puede aportar a revertir el panorama revelado, resguardando el mandato constitucional previsto en el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Estado.

Capítulo III
Propuestas para el ejercicio efectivo
del derecho de huelga
y la prestación debida
de los servicios mínimos

Capítulo III

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

En el apartado de anotaciones preliminares se indicó algunos aspectos sobre el derecho de huelga y su ejercicio efectivo en el Perú. Si bien este ejercicio implica no solo que las organizaciones sindicales observen la normatividad sobre los servicios mínimos, sino también aquellas otras referidas a las condiciones y requisitos previstas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y el artículo 65 del Reglamento de la LRCT¹¹⁶, se constató que aquel constituyó la principal inobservancia de las organizaciones sindicales para ejercer el derecho de huelga en el Perú.

En función de esta afirmación, en el primer capítulo se expuso sobre la garantía de los servicios mínimos desde la concepción de la OIT, así como, con mayor incidencia, desde la normatividad peruana, disgregando las diversas reglas que giran en torno a tres (3) tópicos: (i) la regulación del contenido de los servicios mínimos, (ii) la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos, y (iii) la regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos.

Luego, en el segundo capítulo se describió la operatividad normativa de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga, a partir de los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo, el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

La finalidad del tercer capítulo es desarrollar algunas propuestas para que la normatividad peruana permita el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú, en resguardo de la garantía del mantenimiento de los servicios mínimos.

116 A saber, hasta antes de la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, en el caso de las condiciones: objeto de la huelga, voluntad colectiva, existencia de sentencia firme en caso se trate de conflicto jurídico, y no activación previa del arbitraje laboral, y, en el caso de los requisitos: comunicación previa, declaración jurada y el refrendo del acta de asamblea.

Seis son las temáticas que se abordan para situar las propuestas que se ofrecen en este capítulo: i) la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga, ii) el doble control de los servicios mínimos, iii) las reglas sobre la determinación del ámbito objetivo de los servicios, iv) las reglas sobre la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos, v) la potestad sancionadora del empleador ante las ausencias al trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, y vi) la potestad sancionadora del empleador ante el incumplimiento de los servicios mínimos.

1. LA TITULARIDAD PARA REALIZAR EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL PERÚ: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS

La intervención del Estado en la calificación al ejercicio del derecho de huelga fue cuestionada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Este órgano indicó que “la declaratoria de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, párrafo 907)¹¹⁷.

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

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

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

Ya se indicó que el doble control que se ejerce sobre el ejercicio del derecho de huelga consiste en la corroboración de cumplimiento de condiciones y requisitos (en caso de la comunicación de huelga) y en la verificación de causales de ilegalidad (en caso de la ejecución de huelga).

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, la imparcialidad del órgano calificador imparcial solo es un elemento a considerar para lograr el fin querido: una calificación objetiva sobre el ejercicio del derecho de huelga. Para el logro de dicho fin, contribuye en mayor medida contar con una regulación idónea (reglas claras sobre condiciones y requisitos, así como causales de ilegalidad previstas para el ejercicio efectivo del derecho de huelga) que limite la amplia discrecionalidad del

órgano calificador en un control que –como se indicó líneas arriba– consiste en actos de corroboración y verificación.

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

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

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

A la luz del principio constitucional de buen gobierno, regulado indirectamente en el artículo 44 de la Constitución Política del Estado y desarrollado por el Tribunal Constitucional¹¹⁸:

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

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

118 A mayor abundamiento, puede revisarse el texto de Castro, Alberto. “Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el Sector Público: un análisis desde la perspectiva del buen gobierno”. En Buen gobierno y derechos humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014, p. 246-250.

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

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

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

Para tal efecto, como herramientas de consulta pública que contribuyen a garantizar la participación de los actores afectados o grupos de interés se tiene, por ejemplo: talleres, reuniones con expertos, grupos focales, paneles de ciudadanos, comisiones consultivas, pre publicaciones, entre otros¹¹⁹.

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

Sin perjuicio de lo antes expuesto, ¿en quién debería recaer la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga? El autor de la

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

presente obra considera que resulta más adecuado que la titularidad recaiga en la Autoridad Administrativa de Trabajo, a que recaiga en el Poder Judicial u otro ente o institución¹²⁰.

¿Y por qué resulta más adecuado? No solo por el componente técnico y de especialización del personal que labora en la Autoridad Administrativa de Trabajo (tratándose de una calificación consistente en actos de corroboración y verificación) y porque en términos operativos y prácticos resulta más eficiente la atención por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo en comparación del Poder Judicial (dada la estructura vigente del proceso judicial en materia laboral sobre plazos, etapas e instancias judiciales, la decisión final sobre el ejercicio efectivo del derecho de huelga se vería retrasada¹²¹), sino porque, principalmente, existe un mayor componente de rendición de cuentas y un menor espacio para la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en contraste con el Poder Judicial u otro ente o institución como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

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

Asimismo, LUNA ha señalado que:

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

En el ordenamiento jurídico peruano se tienen previstos mecanismos de rendición de cuentas que suponen un mayor control sobre la actuación de los funcionarios o servidores públicos (como es el caso del personal de la Autoridad Administrativa de Trabajo), en comparación a la actuación del Poder

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

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

Judicial u otro ente o institución como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Estos mecanismos refieren, por ejemplo, a los principios, obligaciones y prohibiciones que deben observarse en la Administración Pública, bajo apercibimiento de responsabilidad (la cual, en sede administrativa, puede ser disciplinaria o funcional).

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

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

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

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

De otro lado, respecto a los cuestionamientos que pueden darse a los funcionarios que asumen como directivos en los órganos competentes de la

Autoridad Administrativa de Trabajo, sea porque son puestos de confianza o por su alta rotación, debe distinguirse los problemas que aquejan la regulación sobre el control del ejercicio del derecho de huelga, de los problemas que aquejan al servicio civil peruano. En efecto, el hecho de que los puestos de los funcionarios de la Autoridad Administrativa de Trabajo que califican las huelgas sean de confianza no significa que –por sí mismo– represente una amenaza a la realización de una calificación objetiva y que, por tanto, sea sustento suficiente para proponer un cambio en el órgano calificador.

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

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

Dicho lo anterior, cabe dejar sentado que la pertinencia de que la Autoridad Administrativa de Trabajo se mantenga como órgano calificador solo se sostiene en el esquema legal vigente para el ejercicio del derecho de huelga. De modificarse este esquema, necesariamente la pertinencia de la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo debe ser objeto de un nuevo análisis. Además, la posición asumida se reduce al control sobre el ejercicio del derecho de huelga del Sector Privado, reconociendo el autor de la presente obra que se deben tomar en cuenta otras consideraciones para el escenario de huelgas en el Sector Público.

2. EL DOBLE CONTROL DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS: NECESARIA REESTRUCTURACIÓN

En el apartado 1.4.2. se hizo notar que únicamente la garantía de los servicios mínimos es objeto de un doble control por parte del Estado: en la

comunicación de huelga, con la presentación de la nómina para servicios mínimos (literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT) y, en la ejecución de huelga, con el cumplimiento de la nómina para servicios mínimos (literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT).

Asimismo, dada la estructura normativa, la no presentación de la nómina para los servicios mínimos (en la comunicación de huelga) admite, de materializarse la medida de fuerza, la generación de una doble causal de ilegalidad¹²²: una propia, referida al no cumplimiento de la nómina para servicios mínimos y, una impropia, referida a la ejecución de una huelga cuya comunicación fue previamente declarada improcedente (literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT).

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

Antes de mencionar estas modificaciones, se debe advertir que su funcionalidad depende de que, en el caso en concreto, el ámbito objetivo de los servicios mínimos del empleador se encuentre previamente establecido por cualquiera de las técnicas de determinación expuestas en el apartado 1.3.2.: voluntad unilateral del empleador, acuerdo o decisión heterónoma.

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

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

Ciertamente, cada una de las estas reglas tiene que tener un propósito; no obstante, ni el Decreto Ley N° 25593, texto primigenio de la Ley de Relaciones

122 La aplicación simultánea de ambas causales se puede apreciar en las Resoluciones Directorales Generales N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

Colectivas de Trabajo, ni el Decreto Supremo N° 011-92-TR cuentan con una exposición de motivos (al menos no están publicados) que sustenten las razones que conllevaron al Poder Ejecutivo a incorporar las condiciones y requisitos previstos en los artículos 73 y 65, respectivamente.

Pese a lo anterior, puede presumirse cuáles serían las finalidades de estas reglas.

Por ejemplo, en cuanto a las condiciones, indicar el objeto de la huelga busca que la Autoridad Administrativa de Trabajo corrobore que la comunicación de huelga guarde correspondencia con los intereses profesionales y socioeconómicos de los trabajadores y no con fines puramente políticos¹²³. Asimismo, constatar que el objeto de la huelga no fue sometido a arbitraje (cuando se trate de pliego de reclamos) permite a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar que el conflicto aún no encuentra un mecanismo alternativo de solución al conflicto. Luego, informar si se cuenta o no con una sentencia firme en caso de conflicto jurídicamente posibilitaba a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar si, previo a adoptar la decisión de acudir a la huelga, las instancias jurisdiccionales correspondientes se habían pronunciado y, pese a ello, persistía dicho conflicto por incumplimiento del empleador¹²⁴. Finalmente, adjuntar el acta de asamblea a la comunicación de huelga tiene como propósito que la Autoridad Administrativa de Trabajo corrobore la existencia de voluntad mayoritaria de los trabajadores de acudir a la huelga.

En cuanto a los requisitos, la declaración jurada y el acta de asamblea refrendado por notario público o, a falta de este, por el juez de paz¹²⁵ permitía a la Autoridad Administrativa de Trabajo corroborar la veracidad de la

123 Son reiterados los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT respecto a huelgas que tienen motivaciones puramente políticas. Estas no entran en el ámbito de los principios de libertad sindical (La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, párrafo 760). En el Perú, este criterio fue acogido por MIRANDA cuando indica que “este requisito opera en un sentido negativo para excluir las huelgas “puramente políticas”, y no en un sentido positivo, de tal forma que la autoridad administrativa de trabajo no pueda calificar los derechos o intereses socioeconómicos que los trabajadores crean tener o quieren resolver” (La huelga y sus límites, 2016, pág. 65).

124 Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se eliminó la condición prevista en el artículo 63 del Reglamento de la LRCT.

125 Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se eliminó el requisito previsto en el literal d) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

información brindada en la comunicación de huelga para el cumplimiento de las condiciones antes señaladas^{126 127}.

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

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

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

127 A propósito de los diversos mecanismos de simplificación administrativa que el Decreto Legislativo N° 1272 incorporó en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se prevé la posibilidad de sustituir los documentos originales o copias legalizadas notarialmente por la presentación de copias simples, acompañada de declaración jurada del administrado acerca de su autenticidad, a fin de dar cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos (numeral 49.1.1 del inciso 49.1 del artículo 49 del TUO de la LPAG). Por efecto de ello, cuando estaba vigente el requisito previsto en el literal d) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, era posible reemplazar el acta de asamblea refrendada por notario público por “copia del acta de Asamblea, acompañada de declaración jurada acerca de su autenticidad” en el procedimiento de declaración de huelga. Lo antes indicado fue recogido en el procedimiento 10 del TUPA del MTPE, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2006-TR y modificado por la Resolución Ministerial N° 317-2018-TR.

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

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

La primera modificación que se considera necesaria realizar es que el requisito de la presentación de la nómina se retire del primer control sobre el ejercicio del derecho de huelga (calificación a la comunicación de huelga), en tanto que el cumplimiento de dicho requisito no constituye un fin en sí mismo, sino que se muestra como un instrumento para garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en caso de huelga. De esta manera, como cualquier instrumento, es posible modificarlo si existen otras opciones menos lesivas a los derechos fundamentales involucrados y permitan obtener la misma finalidad.

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

En efecto, si la organización sindical no presenta la nómina (instrumento), ello no determina que la garantía del mantenimiento de los servicios mínimos no se logre (fin), pues nada impide que, durante la ejecución de la huelga, los trabajadores (afiliados o no afiliados) opten por acudir al centro de trabajo y laboren en aquellos puestos de trabajo determinados como servicios mínimos. De otra parte, si se presenta la nómina (instrumento) es posible que tampoco se garantice el mantenimiento de los servicios mínimos (fin), pues los trabajadores asignados para cubrir los servicios mínimos puede que no acudan a sus labores durante la ejecución de la huelga¹²⁸.

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

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

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

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

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

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

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

Téngase presente que, finalmente, esta corroboración no se reduce a un *check list* por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo (acto de corroboración que sí se realiza en el control a la comunicación de huelga) por cuanto pueden presentarse supuestos en los cuales la inasistencia de un trabajador incluido en la nómina responda a una causal de suspensión del vínculo laboral (vacaciones, descanso médico, permiso, etc.) o que su asistencia no

se ajuste a la asignación de turnos, debido a un repentina variación efectuada por el empleador y/o ausencia de información a la organización sindical con anterioridad a la comunicación del ejercicio del derecho de huelga. Ante estos supuestos, el Estado tiene que realizar un acto de verificación cuando efectúe el control a la ejecución de huelga (segundo control).

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

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

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

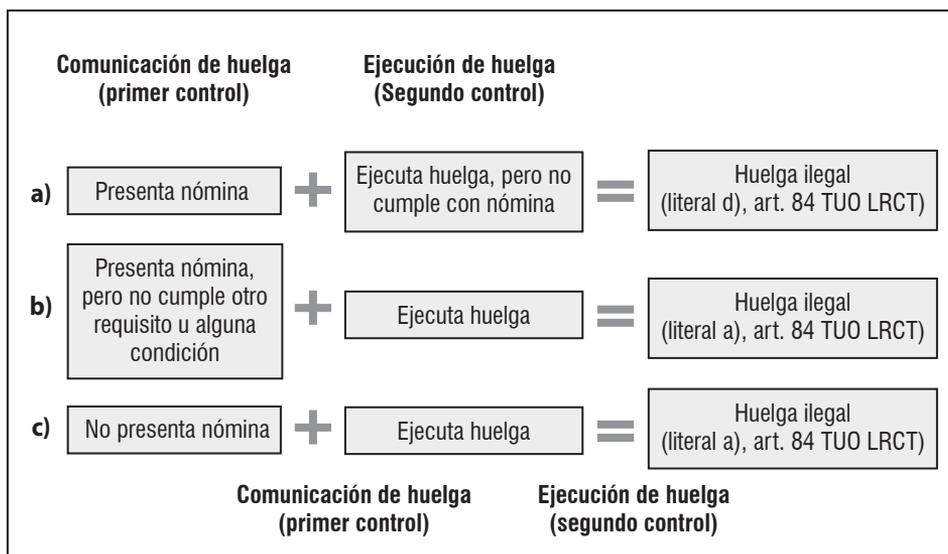
En cuanto a la doble causal de ilegalidad que admite la no presentación de la nómina para los servicios mínimos en la comunicación de huelga, se debe indicar lo siguiente:

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

De lo anterior, se desprenden tres (3) supuestos en los cuales, la Autoridad Administrativa de Trabajo declara la ilegalidad de la huelga, en función a la presentación de los servicios mínimos en la comunicación de huelga.

Estas posibilidades se grafican de la siguiente manera:

FIGURA 15
Supuestos de ilegalidad vinculados a los servicios mínimos



Elaboración propia.

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

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

Para tal efecto, se propone precisar que la causal de ilegalidad prevista en el literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT no comprenda al supuesto de incumplimiento de la presentación de la nómina de los servicios mínimos, evitando una aplicación concurrente con la causal de ilegalidad prevista el literal d)¹²⁹. Así, esta última causal sería el único supuesto habilitante que sancione la

129 Tal como sucedió en las Resoluciones Directorales Generales N° 132-2017-MTPE/2/14, 137-2017-MTPE/2/14, 07-2018-MTPE/2/14 y 120-2018-MTPE/2/14, emitidas por la Dirección General de Trabajo.

ilegalidad de la huelga cuando la Autoridad Administrativa de Trabajo constate que la organización sindical no cumple con garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos al momento y durante la ejecución de la huelga, pese a que se haya presentado o no la referida nómina directamente al empleador.

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

Asimismo, en caso la inobservancia provenga de una comunicación declarada improcedente porque no se cumplió los otros requisitos y condiciones previstos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y 65 del Reglamento de la LRCT, únicamente se aplicaría el literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT. Es decir, el solo hecho de materializar una huelga cuya comunicación de huelga fue declarada improcedente (donde no se califica la presentación de la nómina para los servicios mínimos) activa la causal de ilegalidad prevista en el literal a) del TUO de la LRCT.

3. SOBRE LAS REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS: CUESTIONES PENDIENTES

En el apartado 1.3.2., se comentaron algunos aspectos sobre la regulación para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos. Por lo ahí expuesto, se proponen diversos puntos que –el autor considera– pueden superar vacíos e imprecisiones que presenta la regulación de las distintas técnicas de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

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

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

Para esta técnica de determinación, es pertinente señalar que, durante un significativo espacio de tiempo, la Autoridad Administrativa de Trabajo

entendió a la comunicación de servicios mínimos como un “procedimiento administrativo” y lo recogió como tal en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, no obstante, a partir de la emisión de las Normas Complementarias, se precisó que la comunicación de servicios mínimos se da en cumplimiento de una obligación sustantiva prevista en el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT y normas complementarias, no constituyendo fuente para el inicio de un procedimiento administrativo.

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

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

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

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

La primera es que la Autoridad Administrativa de Trabajo que conozca la comunicación de servicios mínimos también cuente con la competencia para tramitar la declaratoria de huelga, toda vez que se encuentran vinculados entre sí: la comunicación de servicios mínimos dota de información indispensable a la Autoridad Administrativa de Trabajo para evaluar el requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, al momento de calificar la comunicación de huelga. Operativamente, no guarda sentido y es un despropósito que autoridades distintas cuenten con información vinculada

al ejercicio del derecho de huelga cuando el TUO de la LRCT prevé plazos cortos para la calificación de la comunicación de huelga.

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

De esta manera, la propuesta es que la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces en las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo conozca de la comunicación de servicios mínimos cuando esta comprenda ocupaciones que se ubiquen en centros de trabajo de una determinada región y, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, cuando estas se ubiquen en más de una región (o la actividad económica del empleador tenga efecto o impacto notorio en la economía de más de una región o a nivel nacional). Esto último, siguiendo los criterios aplicables para el trámite de la calificación de la huelga establecidos en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR.

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

- Precisar que la comunicación de servicios mínimos no tiene por finalidad que dichos servicios sean cubiertos de manera exclusiva por los trabajadores sindicalizados. El empleador no debe añadir una nómina de trabajadores en la elaboración de la comunicación de servicios

mínimos, sino únicamente la descripción general de los puestos y el número de trabajadores considerados mínimos, sin identificar individualmente a dichos trabajadores (con nombre y apellidos). Repárese que la nómina es confeccionada de manera exclusiva y excluyente por la organización sindical, a propósito de la comunicación de huelga.

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

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

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

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

Asimismo, se propone dotar de carácter obligatorio el “Formato de comunicación de servicios mínimos”, por cuatro motivos: (i) el carácter obligatorio del formato resulta concordante con la naturaleza que se le otorga a la comunicación de servicios mínimos; (ii) evita que el empleador elabore una nómina con los sujetos obligados, a propósito de la comunicación de servicios mínimos; (iii) su corrección formal es

importante en tanto, a partir de dicha comunicación, la organización puede efectuar sus cuestionamientos (divergencia) y el órgano independiente puede elaborar su informe técnico; y, (iv) dado el alcance que puede llegar a tener la comunicación de servicios mínimos, por resultar de la voluntad unilateral del empleador, es necesario garantizar que esta no resulte arbitraria ni se extralimite en su contenido, afectando el derecho a la libertad sindical.

Para efectos de lo anterior, se adjunta una propuesta de formato como anexo 1 de la presente obra.

- Establecer que el informe técnico, además de sustentar la puesta en riesgo, sustente la relación que tiene con aquellas ocupaciones y especificaciones contenidas en la comunicación de servicios mínimos, debiendo guardar correspondencia entre sí, siendo que, de existir discordancias en su contenido, prevalece lo expuesto en el informe técnico.

3.2. Precisiones en torno al alcance del acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organización sindical sobre los servicios mínimos

En relación a la segunda técnica de determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos que se expuso en el apartado 1.3.2., corresponde hacer dos anotaciones con miras a precisar reglas referidas al alcance de los acuerdos sobre los servicios mínimos.

La primera anotación es que, a diferencia de la comunicación de servicios mínimos que tiene una vigencia anual, el acuerdo tiene vocación de permanencia. Al igual que la decisión heterónoma, el fundamento legal de esta vocación se encuentra en el artículo 8 de las Normas Complementarias.

Adicionalmente, la vocación de permanencia se invoca porque el contenido del acuerdo no versa sobre aspectos obligacionales, supuesto en el cual las partes pueden establecer un periodo de vigencia determinado o determinable, sino sobre aspectos objetivos referidos a la limitación del ejercicio del derecho de huelga derivado del mantenimiento de servicios mínimos.

Por ejemplo, no es lógico arribar a un acuerdo para determinar por tres (3) años la existencia de servicios mínimos en puestos de trabajo vinculados a mantenimiento, supervisión de caldera de vapor o al área de ventilación (en caso de actividad minera) de una determinada empresa. Estas actividades

requieren servicios mínimos por la naturaleza riesgosa de la actividad, sin importar la delimitación temporal que le otorguen las partes. En otros términos, la voluntad concurrente de las partes no puede limitar su existencia a un periodo de tiempo.

No reconocer la vocación de permanencia de esta segunda técnica conlleva al despropósito de admitir que, finalizada la vigencia de los acuerdos sobre los servicios mínimos, la comunicación de servicios mínimos (primera técnica) vuelva a considerar, eventualmente, puestos de trabajo y número de trabajadores que el empleador en algún momento reconoció que no constituyen servicios mínimos.

Por ello, admitiendo dicha vocación a los acuerdos arribados sobre los servicios mínimos, esta técnica de determinación solo resistiría modificación de existir variación en los procesos de producción que impliquen la reducción o ampliación de puestos de trabajo y, por consiguiente, el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos.

La segunda anotación es el carácter vinculante que tienen los acuerdos, teniendo en cuenta el carácter de mayoritario o minoritario que adquiere la organización sindical. Así como los servicios mínimos no admiten la imposición de un periodo de vigencia acordada por las partes, tampoco resisten las reglas de representación que, en materia de negociación colectiva, establece la normatividad peruana, las cuales se fijan en función al número de trabajadores afiliados con el que cuente una o varias organizaciones sindicales en el ámbito de la empresa.

Dado el carácter técnico que supone el reconocimiento de servicios mínimos, solo cabe la existencia de dos (2) reglas ante la existencia de acuerdo sobre la materia.

La primera regla es que la determinación sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos tiene vocación de permanencia y es oponible si el acuerdo fue arribado por el empleador y la única organización sindical existente en la empresa, sin importar si esta es minoritaria o mayoritaria. Así, no puede sostenerse que el universo de este posible acuerdo solo se circunscribe a los puestos de trabajo y al número de afiliados que cuente la organización sindical, de ser minoritario, o a todos los puestos de trabajo y al número de trabajadores del ámbito de la organización sindical, de tener legitimidad negocial. Tal como se indicó líneas arriba, el aspecto subjetivo (los trabajadores) están excluidos en el análisis de la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.

La segunda regla es que la determinación sobre los puestos de trabajo y el número de trabajadores necesarios para cubrir dichos puestos tiene vocación de permanencia y es oponible si el acuerdo fue arribado por el empleador y todas las organizaciones sindicales existentes en la empresa (y no solo del ámbito). Al igual que en el supuesto anterior, fijarse en los puestos de trabajo y el número de afiliados que cuenta una determinada organización sindical u otra, significa sustraer de los servicios mínimos el carácter objetivo y técnico que posee como límite al ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, como propuesta normativa, en línea a tener una determinación clara y precisa, se considera importante precisar que dicho acuerdo esté contenido en un acta, en el cual se identifique al empleador y a la organización sindical que lo suscribe, sus representantes, su ámbito y si dicha organización es mayoritaria o minoritaria (esto, a fin de determinar su representatividad y alcance). Asimismo, en concordancia con los otros mecanismos de determinación de servicios mínimos, es importante que, como parte del contenido del acta de acuerdo, se considere un “cuadro resumen” (cuyo formato puede ser regulado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), el cual consolide la información de la determinación de los servicios mínimos acordada y la conclusión respecto a si se trata de un servicio público esencial o una actividad indispensable. Todo esto con la finalidad de que la información proporcionada sea lo más clara y sencilla posible para los sujetos intervinientes, considerando las características organizacionales que posee cada estructura empresarial.

3.3 Precisiones en torno a la determinación sobre los servicios mínimos por decisión heterónoma (divergencia)

Sobre la tercera técnica de determinación y siendo que la divergencia sobre la comunicación de servicios mínimos constituye un procedimiento administrativo, se advierte que adolece de una regulación más integral conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, además de otros aspectos que se considera pueden ser mejorados normativamente, a nivel reglamentario. Para tal efecto, y tratándose de un procedimiento administrativo, la propuesta normativa tiene que pasar por la evaluación del Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) *ex ante*, que lidera la Presidencia del Consejo de Ministros.

Las propuestas normativas en torno al procedimiento de divergencia son las siguientes:

- Precisar que se trata de un procedimiento administrativo de evaluación previa sujeto a silencio negativo. Este silencio encuentra justificación

en que lo resuelto en el marco del procedimiento de divergencia puede tener un impacto respecto a servicios mínimos vinculados a bienes jurídicos de interés público^{130 131}.

- Precisar que el plazo de diez (10) días hábiles entre la notificación de la designación del órgano independiente, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, y la aceptación o no por parte de aquel, se trata de un plazo referencial y no perentorio; ello, en atención a que es un periodo de tiempo en el cual se llevan a cabo actos preparatorios a cargo de las partes laborales, como las reuniones de coordinación y la aceptación de la propuesta de honorarios del órgano independiente. En todo caso, corresponde al órgano independiente comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo de las dilaciones derivadas de los actos preparatorios, a fin de que aquella aguarde y no designe a otro órgano independiente o resuelva de manera directa la divergencia.
- Establecer que los empleadores brinden las facilidades necesarias (permisos) a los trabajadores para que asistan a la reunión de coordinación con el órgano independiente, debiéndose considerar dichas reuniones como un acto de asistencia obligatoria.
- Regular los requisitos para el planteamiento de la divergencia, en tanto solicitud administrativa. A tal fin, se proponen los siguientes requisitos: (i) solicitud, según formato y (ii) informe con observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad. La motivación de incorporar estos requisitos es garantizar que el cuestionamiento específico de los puestos de trabajo esté identificado, permitiendo que el inicio y trámite del procedimiento de divergencia cuente con la información necesaria para que el órgano independiente o, en todo caso, la Autoridad Administrativa de Trabajo emita el informe técnico correspondiente.

130 Al respecto, de acuerdo a lo previsto en el numeral 38.1 del artículo 38 del TUO de la LPAG, la calificación del procedimiento administrativo de evaluación previa sujeto a silencio negativo “es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e indica en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación (...)”.

131 Con la emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR se acogió la propuesta inicialmente planteada en la tesis que tiene como base la elaboración de la presente obra. No obstante, esta propuesta estuvo pensada en un esquema distinto al dispuesto en dicho decreto supremo.

- Precisar el órgano encargado de tramitar el procedimiento administrativo de divergencia dentro de la Autoridad Administrativa de Trabajo. En línea a lo expuesto en el apartado 3.3.1., se propone que el órgano encargado en las DRTPE o GRTPE sea la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces, sea la autoridad competente para tramitar el procedimiento de divergencia cuando la posible paralización de labores tenga carácter local o regional, en tanto se trata del órgano encargado de tramitar la declaratoria de huelga, siendo este un procedimiento estrechamente vinculado con la divergencia sobre servicios mínimos.

Esta sugerencia se realiza debido a que no existe uniformidad en los documentos de gestión de las autoridades regionales respecto a qué dependencia tiene la competencia para tramitar el procedimiento de divergencia.

Por ejemplo, en los gobiernos regionales de Arequipa¹³² y Piura¹³³, la competencia está a cargo de la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas y el Área de Registros Generales y Negociaciones Colectivas, respectivamente, teniendo como superior jerárquico a la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos. En cambio, en los gobiernos regionales de Lambayeque¹³⁴ y Tacna¹³⁵, la competencia es de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos, teniendo como órgano de segunda instancia a la Gerencia de Trabajo y Promoción del Empleo y Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo, respectivamente.

- Regular las causales de improcedencia del procedimiento de divergencia. A tal fin, se proponen las siguientes causales: (i) si se cuenta con una divergencia resuelta o este se encuentre pendiente de resolver, no se inicia el nuevo procedimiento en caso se trate de los mismos puestos; (ii) si el cuestionamiento a la posición o puesto de trabajo se sustenta en aspectos subjetivos (condición de afiliados o no de los trabajadores involucrados en dichos puestos); y, (iii) si se cuestionan

132 Conforme se aprecia del procedimiento 250 del TUPA del Gobierno Regional de Arequipa, aprobado por la Ordenanza Regional N° 411-AREQUIPA.

133 Conforme se aprecia del procedimiento 12 del TUPA de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Piura, aprobado mediante la Ordenanza Regional N° 302-2014/GRP-CR.

134 Conforme se aprecia del procedimiento 147 del TUPA del Gobierno Regional de Lambayeque, actualizado mediante Decreto Regional N° 039-2018-GR.LAM/GR.

135 Conforme se aprecia del procedimiento 308 del TUPA del Gobierno Regional de Tacna, actualizado por Decreto Regional N° 002-2020-GR/GOBIERNO REGIONAL TACNA.

servicios mínimos que fueron materia de acuerdo previo, salvo se haya producido una variación sustancial en la composición o estructura empresarial.

- Regular las causales para la culminación del procedimiento de divergencia. A tal fin, se proponen las siguientes causales: (i) desistimiento de la organización sindical solicitante, (ii) acuerdo entre la organización sindical solicitante y el empleador, (iii) desaparición de los puestos de trabajo materia de divergencia, y, (iv) abandono (por ejemplo, en caso la organización sindical no acuda a las reuniones del órgano independiente o no atienda a requerimientos realizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el órgano independiente necesarios para el desenvolvimiento del procedimiento).
- Regular las causales de abstención para los profesionales que conforman el órgano independiente, a fin de evitar conflictos de intereses respecto de quienes hayan podido elaborar el informe técnico que sustenta la comunicación de servicios mínimos presentada por el empleador.

Asimismo, en relación a lo anterior, establecer un procedimiento para que las partes puedan cuestionar el incumplimiento de las condiciones de idoneidad o de imparcialidad del órgano independiente o de alguno de los profesionales que lo conforman, sin que se interrumpa ninguno de los plazos previstos para el procedimiento de divergencia. Lo resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto a dicho cuestionamiento, se comunica a las partes laborales y al órgano independiente, pudiendo dicha decisión ser cuestionada conjuntamente con el recurso interpuesto contra la resolución que pone fin a la instancia.

- Establecer el contenido mínimo del informe que elabore el órgano independiente, el cual comprende aspectos como: antecedentes de reuniones de coordinación, metodología utilizada para el análisis de los servicios mínimos, análisis unitario de las ocupaciones cuestionadas, cuadro resumen según formato y conclusión respecto a si se trata de un servicio público esencial o actividad indispensable.
- Regular cómo proceder en caso exista concurrencia de divergencias de periodos distintos. A tal fin, se proponen los siguientes criterios: (i) los cuestionados en el año anterior son determinados en el procedimiento de divergencia pendiente de resolver y (ii) los cuestionados a propósito de la presentación de la declaración jurada son

determinados en el procedimiento de divergencia del año en curso. Debe quedar claro que no puede existir un doble pronunciamiento respecto de las mismas posiciones/ocupaciones y número de trabajadores cuestionados por la organización sindical.

De otro lado, en relación al vínculo entre divergencia y huelga, se exponen las siguientes propuestas normativas:

- Precisar que, si se presenta una huelga y el empleador se encuentra en el plazo para presentar comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo toma en cuenta los criterios de auxilio en orden de prelación (acuerdo previo, divergencia resuelta o última comunicación).
- Precisar que, ante la ausencia de comunicación de servicios mínimos, la Autoridad Administrativa de Trabajo toma en cuenta los criterios de auxilio en el siguiente orden de prelación, según se trate de actividades indispensables o servicios públicos esenciales. En el caso de las actividades indispensables: (i) acuerdo de partes y (ii) última resolución firme de divergencia. Mientras que, en el caso de actividades en servicios públicos esenciales: (i) acuerdo de partes, (ii) última resolución firme de divergencia y (iii) última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente.

En cuanto a los formatos, si bien la Resolución Ministerial N° 048-2019-TR solo aprobó el formato de comunicación de servicios mínimos, se propone que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo apruebe: (i) el “formato obligatorio de divergencia”; esto es, la que contiene las observaciones justificadas de la organización sindical, de modo que se facilite la correspondencia entre estas observaciones con los servicios mínimos determinados por el empleador; y (ii) el “formato obligatorio de resumen para determinación de servicios mínimos”, por el cual se consolida la determinación de los servicios mínimos y la clasificación de los mismos (actividad indispensable o servicio público esencial). La aprobación de ambos formatos, de uso obligatorio, contribuiría a una eficiente gestión en el marco del procedimiento de divergencia, a fin de contar con una pronta resolución sobre dicha controversia.

Para efectos de lo anterior, se adjunta modelos de formatos como anexos 2 y 3 en la presente obra. Claro está, estos formatos acompañan la propuesta normativa general que tenga por objetivo, entre otros, mejorar la regulación del procedimiento administrativo de divergencia sobre servicios mínimos.

Finalmente, se propone que, a mediano plazo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implemente un sistema virtual que progresivamente facilite la tramitación de (i) la comunicación de los servicios, (ii) el procedimiento de divergencia y (iii) la verificación del cumplimiento de la nómina de servicios mínimos en el marco de la huelga; ello, a través de la sistematización, cruce y memoria de la información.

4. REGLAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS: NECESARIA PRECISIÓN

En el apartado 1.3.1. se deslizaron dos afirmaciones: (i) una interpretación inadecuada del artículo 82 del TUO de la LRCT sugeriría que únicamente los trabajadores afiliados deben formar parte de la nómina para los servicios mínimos y (ii) la normatividad peruana no ofrece reglas claras respecto a cómo debe confeccionarse la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

A continuación, se abordan algunas ideas que explican lo antes señalado y se brindan algunas sugerencias con la finalidad de atender estas deficiencias con miras a una lectura que armonice el ejercicio de los derechos fundamentales tanto del empleador como de la organización sindical en un escenario de conflicto.

4.1 Reglas para evitar una interpretación desacertada del artículo 82 del TUO de la LRCT

En cuanto a la primera afirmación, cabe mencionar que el artículo 82 del TUO de la LRCT requiere una urgente modificación normativa con el objeto de precisar quiénes deben formar parte de la nómina para los servicios mínimos, toda vez que los enunciados “los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario” y la comunicación de servicios mínimos “tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los representa cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga” parecieran sugerir que el universo elegible para la confección de la nómina se reduce a los trabajadores afiliados a la organización sindical que opta por ejercer el derecho de huelga.

Quiénes pueden conformar la referida nómina no debe responderse a partir de una interpretación aislada del artículo 82 del TUO de la LRCT, sino a partir del contenido de los servicios mínimos (en cuanto a su materialización).

Así, en el apartado 1.3.1 se señaló que no son los trabajadores huelguistas los que importan en la limitación de los servicios mínimos, sino las posiciones y/o los puestos de trabajo implicados en una paralización de actividades producto del ejercicio del derecho de huelga. De igual manera, se sostuvo que el carácter objetivo que se reconoce al contenido de los servicios mínimos fue reforzado por las reglas establecidas en la Decreto Supremo N° 009-2018-TR y las Normas Complementarias, al generar la obligación del empleador de justificar técnicamente la inclusión de puestos de trabajo y el número de trabajadores en su comunicación de servicios mínimos, así como detallar información complementaria vinculada a los puestos de trabajo.

Si esto es así, ¿cuál sería el motivo para considerar que el mantenimiento de los servicios mínimos únicamente se encuentra a cargo de los trabajadores huelguistas?

En ocasiones, el criterio de la reserva exclusiva de los trabajadores huelguistas para los servicios mínimos fue acogido por la Autoridad Administrativa de Trabajo al momento de ejercer el control sobre la comunicación de huelga (ver apartado 2.1.2.). Por otro lado, algunos empleadores también acogieron este criterio al imponer medidas disciplinarias a sus trabajadores por no haber garantizado los servicios mínimos, a partir de la interpretación que efectuaron del artículo 82 del TUO de la LRCT. Sobre esto último, si bien se estimaron demandas interpuestas por trabajadores para cuestionar estas medidas disciplinarias ante el Poder Judicial, es de notar que los jueces no identificaron fundamentos sólidos para calificar su no conformidad con el ordenamiento jurídico (ver apartado 2.2.2.).

Las consecuencias de acoger una interpretación inadecuada del artículo 82 del TUO de la LRCT no solo atenta contra la naturaleza técnica que posee la determinación objetiva de los servicios mínimos, sino que limita severamente el ejercicio efectivo del derecho de huelga debido a, por lo menos, dos motivos:

El primer motivo es que, si se determina el ámbito objetivo de los servicios mínimos por medio de la voluntad unilateral del empleador, la organización sindical tiene que consignar en la nómina de trabajadores únicamente a sus afiliados para que la comunicación de huelga cumpla el requisito previsto en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

El riesgo que plantea el escenario propuesto es que los puestos y el número de trabajadores identificados por el empleador para los servicios mínimos pueden tener como finalidad no de garantizar dichos servicios, sino de neutralizar la materialización del derecho de huelga. Así, por ejemplo, si se trata de una organización sindical minoritaria que cuenta con cincuenta (50) afiliados, al

empleador solo le bastaría identificar las posiciones donde se ubican dichos trabajadores para considerar sus puestos de trabajo como mínimos.

Esta situación dejaría a la organización sindical en la encrucijada de decidir si presenta su comunicación de huelga observando el requisito de la nómina, con el riesgo que ello conlleva, o exponerse a que se declare improcedente y, posteriormente, ilegal el ejercicio del derecho de huelga. Evidentemente, no tiene sentido que la comunicación de huelga supere el primer control si la materialización de este derecho conlleva a una paralización de labores de pocos o ningún trabajador.

Y, el segundo motivo, derivado del primero, es que, si la organización sindical opta por materializar el ejercicio del derecho de huelga con una comunicación de huelga declarada improcedente, los trabajadores se verían expuestos tanto por la calificación que efectúe la Autoridad Administrativa de Trabajo como por las medidas disciplinarias que ejecute el empleador.

Concretamente, en el ámbito colectivo, la materialización del derecho de huelga sería declarada ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo, dando por terminada la huelga (literal d) del artículo 85 del TUO de la LRCT), y, en el ámbito individual, los trabajadores que paralizaron padecerían de las sanciones impuestas por el empleador, ya sea porque no cumplieron con la obligación de garantizar los servicios mínimos (artículo 82 del TUO de la LRCT), o porque no asistieron a laborar pese a que la comunicación de huelga fue declarada improcedente (acto administrativo consentido o ejecutoriado) y el empleador efectuó el requerimiento colectivo de retorno (literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL y artículo 39 del Reglamento de la LFE)¹³⁶.

En cuanto a la segunda afirmación, y sobre la base de lo expuesto anteriormente, la ausencia de reglas claras respecto a cómo debe confeccionarse la nómina de trabajadores para los servicios mínimos no solo repercute en la indebida interpretación que se le puede brindar al artículo 82 del TUO de la LPCL (con todas las consecuencias que ella genera), sino también en la potencial contingencia que se le puede presentar al empleador por proceder de esta manera.

136 Incluso, según lo expuesto en el apartado 2.2.1., para el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, el poder sancionador del empleador se activaría desde la mera declaración de improcedente a la comunicación de huelga, sin exigir la concurrencia de la declaración de ilegalidad a la ejecución de la huelga ni el requerimiento colectivo de retorno que debe realizar el empleador, lo cual termina por agravar la situación de los trabajadores.

Efectivamente, en el apartado 2.2.2. se expusieron dos (2) casos donde la Autoridad Inspectiva de Trabajo propuso multar a los empleadores por vulnerar el derecho de huelga de aquellos trabajadores sindicalizados que fueron designados por el empleador para los servicios mínimos y, posteriormente, sancionados por acatar una medida de fuerza.

De manera que es urgente una modificación normativa al artículo 82 del TUO de la LRCT para precisar que la obligación de garantizar los servicios mínimos alcanza a los trabajadores que objetivamente se encuentran involucrados en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos, sin tomar en cuenta su condición de afiliado a la organización sindical que va a ejercer el derecho de huelga.

Por otro lado, considerando que los efectos del ejercicio efectivo del derecho de huelga pueden variar en función de la representatividad de la organización sindical¹³⁷, es necesario –además– incluir reglas que ofrezcan criterios a los trabajadores, a los empleadores y a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre cómo se debe confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

4.2. Criterios para confeccionar la nómina de trabajadores que cubran los servicios mínimos

El artículo 77 del TUO de la LRCT regula los efectos de una huelga realizada de manera efectiva; esto es, aquella cuya comunicación observa las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 73 del TUO de la LRCT y el artículo 65 del Reglamento de la LRCT. Entre estos efectos, se encuentran (i) la abstención total de actividades de los trabajadores comprendidos en el ámbito de la huelga, con excepción de los trabajadores de dirección o de confianza y de los trabajadores encargados de atender los servicios mínimos (literal a); y (ii) la suspensión de todos los efectos de contratos individuales de trabajo (literal b).

Asimismo, los alcances de estos efectos se precisan en el artículo 62 del Reglamento de la LRCT, en función del ámbito en el que se adoptó la decisión de acudir a la huelga¹³⁸. De esta manera, la norma prevé que la suspensión

137 No se utiliza el término legitimidad por cuanto este se vincula con la negociación colectiva (artículo 9 del TUO de la LRCT) y los efectos del convenio colectivo (artículo 42 del TUO de la LRCT).

138 El ámbito de la organización sindical para el ejercicio de los derechos colectivos se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico peruano de manera ejemplificativa, carácter que se deriva del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT cuando señala que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho a constituir las organizaciones que

abarca a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito (afiliados y no afiliados) si la decisión resulta mayoritaria en dicho nivel; en cambio, únicamente repercute en los afiliados, si la decisión no resulta mayoritaria en el ámbito, pero sí de la organización sindical¹³⁹.

Acudir a dichas disposiciones normativas resulta pertinente, porque impacta en la funcionalidad misma de los servicios mínimos y en las reglas que se deben observar para la elaboración de la nómina de trabajadores encargados de cubrirlos.

En efecto, de cara al mantenimiento de los servicios mínimos, no es lo mismo una huelga cuya decisión fue adoptada por más de la mitad de los trabajadores votantes del ámbito en asamblea que aquella tomada solo por la mayoría de trabajadores del sindicato, pero no del ámbito. La diferencia radica en el potencial alcance de los efectos de la huelga, el cual puede alterar el escenario de la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos.

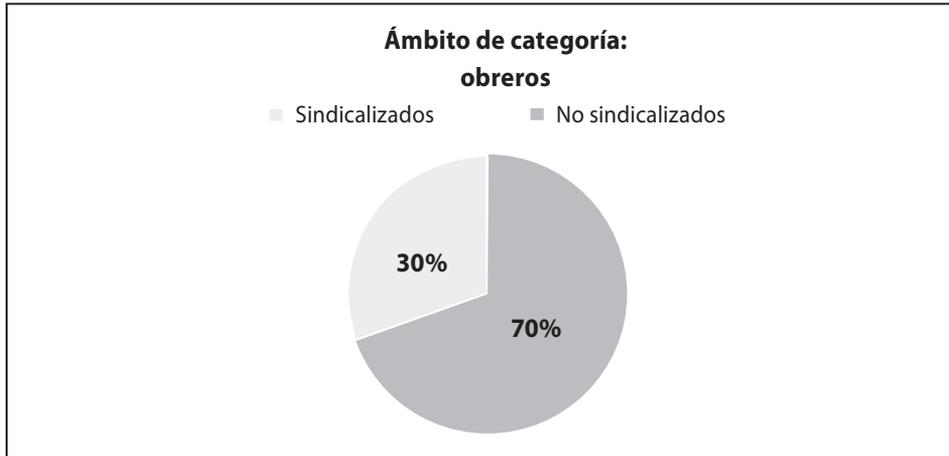
Para explicar este impacto, requiere ser graficado con el siguiente ejemplo: la empresa “X” cuenta con (100) trabajadores obreros en su planilla y, además, una organización sindical en dicho ámbito; es decir, a nivel de empresa y en la categoría de obreros.

Ahora, depende del alcance de la decisión adoptada por dichos afiliados para determinar la suspensión de actividades de todos o algunos de los cien (100) trabajadores obreros. A continuación, se exponen dos (2) supuestos que evidencian la necesidad de que la normatividad añada criterios que permita a la organización sindical confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos.

estimen convenientes (...), y del artículo 4 del TUO de la LRCT, al establecer que “[E]l Estado, (...) deberá abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen”. De ahí que, por ejemplo, la organización sindical puede definir su ámbito, desde una perspectiva horizontal o material, a nivel de establecimiento, sección, categoría, empresa, actividad, gremio u oficios varios (artículo 5 del TUO de la LRCT y artículo 4 del Reglamento de la LRCT); y/o, desde una perspectiva vertical o espacial, a nivel local, regional o nacional (artículo 7 del TUO de la LRCT), entre otras opciones.

139 Debe apreciarse que la decisión mayoritaria en el ámbito cobra importancia para efectos de la huelga, pero no para acudir a ella, por cuanto la norma es clara en señalar que “[L]a organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea” (primer párrafo del artículo 62 del Reglamento de la LRCT).

FIGURA 16
Decisión de huelga: sindicato mayoritario



Elaboración propia.

En el supuesto 1, la organización sindical cuenta con setenta (70) afiliados de los cien (100) trabajadores obreros de la empresa. Bastaría con la decisión de cincuenta y uno (51) trabajadores (mayoría del ámbito y mayoría de los afiliados de la organización sindical) para ejercer el derecho de huelga. Ahora bien, en el escenario que se declare procedente la comunicación de huelga, la abstención de actividades y la suspensión de los vínculos laborales alcanzaría a los trabajadores afiliados a dicha organización sindical, así como a los treinta (30) trabajadores no afiliados.

En este panorama (abstención total de actividades que realizan los trabajadores obreros), para que la organización sindical se proyecte a cumplir con su obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos, debe tener en cuenta solo la identificación concreta de los trabajadores (afiliados o no afiliados) que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados objetivamente como servicios mínimos.

Sin embargo, que la organización sindical tome en cuenta qué trabajadores afiliados o no afiliados realizan dichas actividades determinadas objetivamente como mínimos no implica que los incluya en la nómina de trabajadores que prevé el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT.

Con la finalidad de dar atención a este supuesto de hecho, la normatividad peruana debe contemplar dos reglas en específico:

- (i) Que la organización sindical únicamente ofrezca en su nómina a los trabajadores afiliados, a fin de que garanticen su concurrencia a laborar durante el periodo que se materialice el ejercicio del derecho de huelga¹⁴⁰, y
- (ii) Que la empresa posea la carga de elegir, entre los trabajadores no afiliados, quienes deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Esta distribución de cargas responde a la posibilidad de control que tiene tanto la organización sindical como el empleador frente a los afiliados y no afiliados, respectivamente.

La organización sindical tiene la capacidad de garantizar la asistencia al trabajo de sus afiliados para mantener los servicios mínimos, pues estos tienen el deber de observar los principios y reglas estatutarias que rigen a dicho sujeto colectivo como, por ejemplo, el acatar las decisiones provenientes de la decisión mayoritaria. Así, frente a un caso de inasistencia de afiliados, supuesto que determina el incumplimiento de la obligación de garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos, la organización sindical tiene la posibilidad de activar contra dichos trabajadores los mecanismos disciplinarios que haya previsto en sus documentos internos de gestión.

140 Con posterioridad a la publicación de la tesis que tiene como base la presente obra, la Dirección General de Trabajo asumió esta posición, señalando que “a través de la presentación de la nómina para servicios mínimos, la organización sindical tiene la obligación de cubrir en la ejecución de la huelga los puestos de trabajo considerados como servicios mínimos únicamente cuando los trabajadores afiliados desempeñen a exclusividad dichos puestos”; asimismo que, “si existen trabajadores no sindicalizados que desempeñan puestos de trabajo considerados como servicios mínimos o estos se desarrollan a través de trabajadores de empresas intermediadoras o tercerizadoras, la organización sindical no tiene la obligación de incluir a dichos trabajadores en la nómina para servicios mínimos, toda vez que corresponderá al empleador efectuar su designación o la gestión que corresponda, a fin de salvaguardar el ejercicio del derecho fundamental a la huelga”. (RDG N° 1166-2021-MTPE/2/14, 012-2022-MTPE/2/14, 018-2022-MTPE/2/14, 030-2022-MTPE/2/14, 032-2022-MTPE/2/14, 054-2022-MTPE/2/14, 057-2022-MTPE/2/14, 065-2022-MTPE/2/14 y 096-2022-MTPE/2/14).

Por su parte, el empleador es el único sujeto que puede garantizar la presencia de los no afiliados en sus puestos de trabajo durante la ejecución del ejercicio del derecho de huelga debido a que cuenta con los poderes que se derivan de la relación de subordinación con los no afiliados (organización, dirección y sanción).

La distribución de cargas propuesta no solo busca garantizar –en los hechos– la debida prestación de los servicios mínimos, sino también evitar que el trabajador no afiliado ostente el poder de decidir el desenlace del ejercicio del derecho de huelga.

Efectivamente, no establecer esta distribución de cargas y, por el contrario, considerar que la organización sindical debe incluir en la nómina de trabajadores para los servicios mínimos, tanto a los trabajadores afiliados como a los no afiliados, podría generar que, ante la inasistencia de un (1) solo trabajador no afiliado, la Autoridad Administrativa de Trabajo declare la ilegalidad de la materialización de la huelga por la causal prevista en el literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT (no cumplir los trabajadores con garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos), dando por culminado el ejercicio de este derecho.

Como se aprecia, no existe razonabilidad en sostener que la organización sindical tiene la obligación de incluir a trabajadores no afiliados en la nómina de trabajadores para servicios mínimos, si la posibilidad real de garantizar la asistencia del no afiliado lo tiene el empleador y no la organización sindical, más aún si un posible incumplimiento individual (del trabajador no afiliado) puede definir el desenlace del ejercicio de un derecho colectivo¹⁴¹.

141 A través del Informe N° 81-2016-MTPE/2/14.1, la –entonces– Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo de la Dirección General de Trabajo, asumiendo la posición de que la organización sindical sí debe garantizar los servicios mínimos con la asistencia de los trabajadores no afiliados cuando se los incluya en la nómina, consideró que “(...) la parte laboral debería recabar el consentimiento expreso de aquellos trabajadores, así como observar determinadas disposiciones normativas que pudieran incidir en dicha particular prestación de servicios, como las disposiciones en seguridad y salud en el trabajo, descansos remunerados o los principios que rigen la relación laboral, entre otros”. En atención a dicha posición, mediante la Resolución Directoral General N° 53-2017-MTPE/2/14, la Dirección General de Trabajo declaró la inobservancia del requisito de la nómina para servicios mínimos debido a que la organización sindical no recabó el asentimiento expreso de los trabajadores no afiliados que fueron incluidos en la nómina. Según se indicó en la referida resolución, con tal consentimiento se aseguraría el respeto de otros derechos o libertades tutelados por el ordenamiento jurídico peruano.

Para finalizar el ejemplo en este supuesto 1, resulta necesario atender también un supuesto que puede surgir a consecuencia del primer escenario propuesto: concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en específicos puestos de trabajo determinados como mínimos, ante una paralización total de actividades.

En relación a ello, además de la carga de garantizar (cuando corresponda) la presencia de sus afiliados, la normatividad peruana debe contemplar un deber de información a cargo de la organización sindical respecto del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

Nótese que es posible construir esta información sobre la base de la comunicación de servicios mínimos presentada por el empleador (artículo 4 de las Normas Complementarias) y el padrón de afiliados de la organización sindical¹⁴².

De ambas fuentes de información se obtiene, tanto el número total y el número mínimo de trabajadores por puesto de trabajo¹⁴³ como el número de trabajadores afiliados por puesto de trabajo, respectivamente. Contrastando dichos datos, se extrae la información del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

En línea a lo anterior, establecer para la organización sindical la obligación de informar el número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos tiene sentido porque le permite sustentar ante el empleador y, posteriormente, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo el criterio adoptado para la elaboración de la nómina de trabajadores exigida en el literal a) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT. En otras palabras, el detalle del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios

142 El padrón de afiliados de la organización sindical debe contar no solo con datos personales de los trabajadores, sino también laborales, tales como: centro de trabajo, área, cargo, ocupación y puesto de trabajo. Desde luego, es posible que el empleador cuente con dicha información; sin embargo, será así en la medida que la organización sindical se la brinde, a propósito de la comunicación de afiliaciones para que se gestione el descuento sindical, facilidades sindicales, entre otros.

143 La información del número mínimo de trabajadores por puesto de trabajo también puede provenir del acuerdo de partes o de la decisión heterónoma.

mínimos permite a la organización sindical motivar por qué decidió incluir o no incluir determinados trabajadores en la nómina antes referida.

Es pertinente manifestar, a su vez, que la funcionalidad de esta obligación de información parte de la siguiente premisa: los primeros llamados a cubrir los servicios mínimos son los trabajadores no afiliados. Son los primeros, principalmente, por tres (3) razones: **(i)** el carácter vinculante de las decisiones de la organización sindical de paralizar actividades repercute en la esfera individual de sus miembros debido a su naturaleza gremial, siendo que el alcance a los no afiliados surge por una regla de derecho (artículo 62 del Reglamento de la LRCT); **(ii)** es la organización sindical, en representación de sus miembros y no de los no afiliados, la que acude a un derecho de naturaleza instrumental (como es la huelga) con el propósito de disuadir al empleador para atender sus requerimientos, y **(iii)** que los trabajadores no afiliados se acojan al argumento del ejercicio del derecho a la libertad de trabajo y a la libertad sindical negativa, para asistir a trabajar en los servicios mínimos en un escenario de ejercicio efectivo del derecho de huelga de eficacia general, encuentra mayor sustento en comparación a cuando los trabajadores afiliados o el empleador utilizan dicho argumento para incumplir el deber de abstención total de actividades que prevé el artículo 70 del Reglamento de la LRCT¹⁴⁴.

Considerando lo expuesto, la información que proporcione la organización sindical permitirá advertir, por ejemplo, la ausencia de trabajadores en la nómina cuando exista concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en un específico puesto de trabajo.

A continuación, se presenta un cuadro que ejemplifica cómo se debe identificar el número de trabajadores afiliados para que la organización sindical, posteriormente, individualice a dichos trabajadores y los incorpore en la nómina para los servicios mínimos. Evidentemente, esta identificación parte de los puestos de trabajo y el número mínimo de trabajadores que el empleador informó en la comunicación de servicios mínimos o se determinó por acuerdo de partes o decisión heterónoma:

144 El conflicto entre el derecho al trabajo y el derecho de huelga en los trabajadores no sindicalizados es un tema amplio y que requiere un espacio mayor a la que ofrece el presente trabajo de investigación para abordarlo. No obstante, desde un enfoque distinto al mantenimiento de los servicios mínimos, este conflicto fue analizado en el Perú por Ortega Cordero, Ricardo Julio en su texto de investigación “El derecho de huelga vs. el derecho de continuar laborando, una mirada bajo la perspectiva del test de ponderación”.

TABLA 9
Ejemplo de preparación de la nómina
para los servicios mínimos: sindicato mayoritario

Puesto de trabajo	N° total de trabajadores por puesto (comunicado por el empleador)	N° de trabajadores afiliados por puesto	N° de trabajadores no afiliados por puesto (deducción)	N° trabajadores mínimos (determinado objetivamente)	N° de trabajadores afiliados incluidos en la nómina (huelga)
A	6	2	4	2	0
B	6	4	2	2	0
C	6	6	0	2	2

Elaboración propia.

De la mirada a cada uno de los puestos de trabajo indicados en este cuadro, se aprecia que son dos (2) trabajadores los que deben cubrir los servicios mínimos en caso de huelga; sin embargo, dichos trabajadores no tienen que ser necesariamente los afiliados a la organización sindical que optó por ejercer el derecho de huelga.

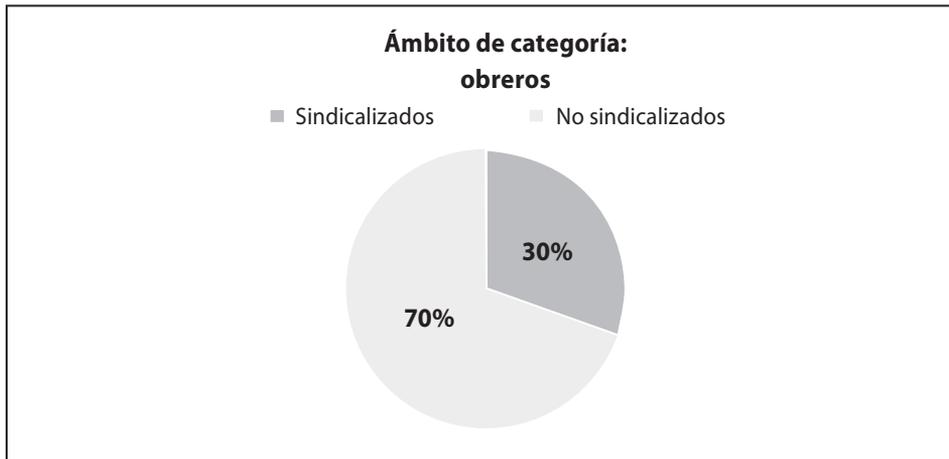
Una vez realizado el ejercicio de deducción para conocer el número de trabajadores no afiliados por puesto, la cual se obtiene de la información que brinda el empleador anualmente (número total de trabajadores por puesto) y que cuenta la organización sindical (número de afiliados por puesto), es posible construir la nómina de trabajadores para garantizar los servicios mínimos de manera individualizada.

Así, en un escenario de abstención total de actividades, se aprecia que la organización sindical solo tiene que ofrecer a dos (2) de sus afiliados en el puesto de trabajo “C”, a fin de cubrir los servicios mínimos. Ello, porque en dicho puesto no existe ningún trabajador no afiliado que atienda al llamado del empleador de continuar laborando en caso de huelga. Situación distinta se presenta en los puestos de trabajo “A” y “B” donde el número de trabajadores mínimos puede entenderse con los trabajadores no afiliados que laboran en dichos puestos de trabajo. Partiendo de la segunda regla propuesta anteriormente, en este caso, corresponde que el empleador elija entre los trabajadores no afiliados a los cuatro (4) trabajadores que deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

De esta manera, ante la materialización del ejercicio efectivo del derecho de huelga, la organización sindical tiene que garantizar la concurrencia

al trabajo de los trabajadores afiliados que ofreció en su nómina y, ante las eventuales inasistencias de dichos trabajadores, soportar la consecuencia de índole colectivo: que se declare ilegal la huelga.

FIGURA 17
Decisión de huelga: sindicato minoritario



Elaboración propia.

De otro lado, en el supuesto 2, la organización sindical cuenta con treinta (30) afiliados de los cien (100) trabajadores obreros de la empresa. Aún con la decisión unánime de la totalidad de trabajadores para ejercer el derecho de huelga y en el escenario que se declare procedente la comunicación de huelga, la abstención de actividades y la suspensión de los vínculos laborales solo generaría efectos en los trabajadores afiliados a dicha organización sindical y no en los setenta (70) trabajadores no afiliados.

A diferencia del supuesto 1, de cara a garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos en este escenario, no resulta aplicable la segunda regla propuesta: que el empleador tenga la carga de elegir (entre los trabajadores no afiliados) quienes deben acudir a laborar por encontrarse dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Es decir, no varía el criterio de que la nómina se construye sobre la base de los trabajadores afiliados, a fin de garantizar su concurrencia a laborar durante el periodo que se materialice el ejercicio del derecho de huelga. Tampoco varía el deber de información¹⁴⁵ que tiene la organización sindical

145 Esto es, informar respecto del número de trabajadores afiliados que realizan actividades en los puestos de trabajo determinados como servicios mínimos.

en aquellos casos de concurrencia de trabajadores afiliados y no afiliados en específicos puestos de trabajo determinados como mínimos.

Lo que sí varía es el fundamento de la funcionalidad de esta obligación de información. En el supuesto 2, el deber de información no tiene como premisa que “los primeros llamados a cubrir los servicios mínimos son los trabajadores no afiliados”, sino que el fundamento reside en la consecuencia jurídica prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT y el artículo 70 del Reglamento de la LRCT: el efecto principal del ejercicio efectivo del derecho de huelga es que no se extiende a los no afiliados.

Ciertamente, respecto de los afiliados, el deber de trabajar se suspende durante la ejecución de huelga mientras que, respecto de los no afiliados, este deber se mantiene.

Por tal motivo, ante la concurrencia de afiliados y no afiliados en un mismo puesto de trabajo determinado como servicio mínimo, el empleador ya no tiene la carga de elegir entre los no afiliados a los trabajadores que deben acudir a laborar, por cuanto dichos trabajadores no se encuentran dentro de la excepción prevista en el literal a) del artículo 77 del TUO de la LRCT.

Admitidas estas consideraciones y siguiendo el mismo ejemplo que en el supuesto 1, la organización sindical debe construir la nómina de trabajadores únicamente sobre la base de la información que proporciona el empleador en la comunicación de servicios mínimos, en relación al número total de trabajadores por puesto de trabajo, y la información que cuenta la organización sindical del número de afiliados.

TABLA 10
Ejemplo de preparación de la nómina
para los servicios mínimos: sindicato minoritario

Puesto de trabajo	N° total de trabajadores por puesto (comunicado por el empleador)	N° de trabajadores afiliados por puesto	N° de trabajadores no afiliados por puesto (deducción)	N° trabajadores mínimos (determinado objetivamente)	N° de trabajadores afiliados incluidos en la nómina (huelga)
A	6	2	4	2	0
B	6	4	2	2	0
C	6	6	0	2	2

Elaboración propia.

En este ejemplo, la organización sindical solo tiene que ofrecer a dos (2) trabajadores afiliados para cubrir los servicios mínimos en el puesto de trabajo “C” por cuanto no existe ningún trabajador no afiliado que se encuentre obligado legal y contractualmente a asistir a laborar. La situación cambia para los puestos de trabajo “A” y “B” pues existen trabajadores que, por no encontrarse dentro del ámbito de la huelga, los contratos de trabajo no se suspenden y, por lo tanto, persiste la obligación de asistir a trabajar, manteniendo –a su vez– los servicios mínimos requeridos en la empresa.

5. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL EMPLEADOR ANTE LAS AUSENCIAS AL TRABAJO POR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

En el apartado 2.2.1. se expusieron diversas interpretaciones que efectuaron tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial para responder a un mismo supuesto de hecho: inasistencias del trabajador derivadas del ejercicio del derecho de huelga cuya comunicación fue declarada improcedente.

Asimismo, se apreció que distintas fueron las posiciones asumidas por tales órganos jurisdiccionales para sustentar la validez de la potestad sancionadora en dicho supuesto: respeto a la literalidad del artículo 39 del Reglamento de la LFE, postulación de un supuesto de excepción a dicha disposición normativa, aplicación del literal b) del artículo 77 del TUO de la LRCT, entre otros.

Si bien en todos los casos las sanciones impuestas a los trabajadores fueron por la comisión de las faltas previstas en los literales a) o h) del artículo 25 del TUO de la LPCL, la tendencia del Tribunal Constitucional y Poder Judicial se caracteriza por desconocer cuándo se configuran las infracciones referidas a la “paralización intempestiva” y a la “ausencia injustificada”, teniendo en cuenta el supuesto de hecho antes indicado.

Nótese que la inobservancia del requisito de la nómina para servicios mínimos y la posibilidad de calificar la ilegalidad de la huelga por dos causales (literal a) y literal d) del artículo 84 del TUO de la LRCT) permiten afirmar que el esquema de doble control que adopta el ordenamiento jurídico peruano es uno de los factores que influyó a que los servicios mínimos constituyan el principal obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Ambas situaciones son las que exponen al trabajador ante el ejercicio de la potestad sancionadora del empleador.

En relación a la falta prevista en el literal a) del artículo 25 del TUO de la LPCL, la doctrina ha indicado, por un lado, que “este supuesto de falta grave

(...) en algunos casos podrán ser paralización individuales, mientras que en otros serán colectivas” (Arce Ortiz, 2008, págs. 527-528)¹⁴⁶, y, por otro lado, que “se trata de un supuesto vinculado con una posible forma de ejercicio del derecho de huelga, pues emana de una decisión colectiva y no constituye, en sí mismo, un acto individual del trabajador sino su participación de un hecho colectivo (...)” (Blancas Bustamante, pág. 228).

En estricto, el tipo legal de esta falta admite que la paralización sea necesariamente colectiva¹⁴⁷; sin embargo, ello no implica que guarde correspondencia con el ejercicio del derecho de huelga, de acuerdo al esquema planteado por el legislador. Por el contrario, dicha paralización es catalogada como una modalidad irregular de huelga (artículo 81 del TUO de la LRCT).

A diferencia de otras modalidades irregulares de huelga sin suspensión de labores¹⁴⁸ o sin abandono del centro de trabajo¹⁴⁹, que enfatizan en la forma en que se lleva a cabo la paralización, es la inexistencia o no presentación a la Autoridad Administrativa de Trabajo y al empleador de la comunicación de huelga la que caracteriza a la paralización intempestiva.

Todas estas manifestaciones no son amparadas por el ordenamiento jurídico peruano, pues no se ajustan a la caracterización que el Estado le ha reconocido a la huelga como derecho: voluntaria, pacífica y, con abandono del centro de trabajo (artículos 72 y 79 del TUO de la LRCT). En ese sentido, la única manera de velar que la paralización colectiva armonice con esta caracterización es a través de la comunicación de huelga.

La ausencia de comunicación evita que la posible paralización transite por el primer control que efectúa el Estado sobre el ejercicio del derecho de huelga y solo sea posible que el Estado intervenga para declarar la ilegalidad de esta medida de presión cuando se corrobore su paralización.

En esencia, si la organización sindical opta por no comunicar el ejercicio del derecho de huelga, es manifiesta la intención de no querer observar las reglas previstas en el artículo 73 del TUO de la LRCT y el artículo 65 del

146 En el mismo sentido TOYAMA indica que “sobre la reiterada e intempestiva paralización de labores se puede decir que se configura cuando las interrupciones no son notificadas al empleador ya sea cuando estas sean de un solo trabajador o más de uno.” (Toyama Miyagusuku, 2015, pág. 518).

147 Ello, porque el texto de la norma se pone en el supuesto de que la paralización se efectuará por más de un trabajador. De otra manera, no tendría sentido que para acreditar la falta se exija a la autoridad competente “individualizar” a los trabajadores en el acta de verificación.

148 Tales como la paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa; el trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento; o la reducción deliberada del rendimiento.

149 Supuesto de paralización en la que los trabajadores permanecen en el centro de trabajo.

Reglamento de la LRCT. Y, si en dicho escenario, los trabajadores afiliados deciden acatar esta medida de fuerza entonces incurrirán en paralización intempestiva.

Por tales motivos, acudir a la falta de paralización intempestiva, prevista en el inciso a) del artículo 25 del TUO de la LPCL, resulta técnicamente incorrecto si el empleador decide disciplinar a aquellos trabajadores que paralizaron pese a que la Autoridad Administrativa de Trabajo declaró improcedente la comunicación de huelga, ya que el tipo legal exige que no exista tal comunicación.

Según lo advertido en el apartado 2.2.1., el Tribunal Constitucional validó la postura del empleador de sancionar a los trabajadores por incurrir en la falta de paralización intempestiva en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 2987-2017-PA/TC, y N° 3692-2017-PA/TC, y el Poder Judicial en las Casaciones Laborales N° 21896-2018 Arequipa¹⁵⁰, N° 18783-2018 Arequipa, N° 18622-2018 Arequipa, N° 18194-2018 Arequipa, N° 15085-2018 Arequipa, N° 21871-2018 Arequipa, N° 25527-2018 Arequipa, N° 27635-2018 Arequipa, N° 25792-2018 Arequipa, N° 25751-2018 Arequipa, N° 20734-2018 Arequipa, N° 25646-2017 Arequipa, N° 26421-2017 Arequipa, y N° 18989-2019 Arequipa.

En relación a la falta prevista en el literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL, es necesario expresar algunas consideraciones para sumar al mejor entendimiento de las reglas aplicables al supuesto de hecho que se analiza.

Siguiendo lo establecido por la jurisprudencia constitucional (Caso Ley Marco del Empleo Público, 2005, fundamento 40), el derecho de huelga se encuentra amparado por la ley dentro de determinadas condiciones. Pero ¿en qué consiste la protección que brinda el ordenamiento jurídico al derecho de huelga y dentro de qué condiciones?

De acuerdo a lo previsto en el literal h) del artículo 12 de la LPCL, el ejercicio del derecho de huelga constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo, así mismo, el artículo 77 del TUO de la LRCT refiere que la huelga declarada conforme al artículo 73 “suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral”.

Como se puede advertir de las normas precitadas, cuando la huelga se ejerce contando con un pronunciamiento favorable de la Autoridad

150 A su vez, con este pronunciamiento, el magistrado Arévalo Vela cambió la posición expuesta en la Casación Laboral N° 15537-2015 Lima.

Administrativa de Trabajo sobre la comunicación de huelga, esta protección se traduce en que convierte el incumplimiento al deber de trabajar en un supuesto de suspensión perfecta de labores. De ahí que las ausencias al trabajo no son reportadas como injustificadas porque el vínculo laboral ingresa a una fase donde la obligación de trabajar se encuentra inactivo y, en consecuencia, se disipa la facultad del empleador de sancionarlas.

Ahora bien, el carácter no injustificado de las inasistencias al trabajo no es permanente, ya que la normatividad peruana prevé el momento en que dichas inasistencias empiezan a considerarse injustificadas. Este momento está conformado por la ocurrencia de acciones sucesivas ejecutadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo y por el empleador: la declaración de ilegalidad de la huelga que debe adquirir la condición de consentida o ejecutoriada y, de manera posterior, el requerimiento colectivo de retorno al trabajo, respectivamente.

Así, la protección que el ordenamiento jurídico brinda al ejercicio del derecho de huelga (en el supuesto que la comunicación haya sido declarada procedente) desaparece cuando sucedan las acciones establecidas en los artículos 73 del Reglamento de la LRCT y 39 del Reglamento de la LFE, activándose, a partir de ese momento, el poder sancionador del empleador para reaccionar –si así lo considera– por los días de ausencia ocurridas en adelante, toda vez que dichas ausencias sí son consideradas como inasistencias injustificadas.

Solo en ese escenario, el proceder del trabajador puede ser calificado abandono de trabajo y, en consecuencia, sancionar con el despido si las ausencias encajan en el cómputo de días que establece el literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

A partir de una lectura adecuada de las disposiciones normativas precisadas, el profesor BLANCAS BUSTAMANTE ha señalado lo siguiente:

“(..) la no reincorporación de los trabajadores a sus labores después de tres días de haber sido requeridos, por haberse declarado la ilegalidad de la huelga, justifica su despido, pero este no puede sustentarse en los días de inasistencia de los trabajadores previos al referido requerimiento. Por ello, no constituye abandono de trabajo la inasistencia al trabajo debido al estado de huelga, cuando los trabajadores acatan inmediatamente el mandato de la autoridad de trabajo que la suspendió, y se reincorporan a sus labores, o el trabajador que al declararse ilegal la huelga general que venía ejecutándose no se reincorpora por no haber sido requerido para ello por la empresa”. (El despido en el derecho laboral peruano, 2013, págs. 270-271)

Por otro lado, cabe preguntarse ¿qué significa que el derecho de huelga sea ejercido conforme a ley? Para la actual posición del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial significa que la organización sindical comunica el ejercicio del derecho de huelga cumpliendo con los requisitos y las condiciones establecidas en el artículo 73 del TUO de la LRCT, pues solo en este supuesto la normatividad le reconoce efectos jurídicos (artículo 77 del TUO de la LRCT).

Si fuese así, ¿sería correcto señalar que el derecho de huelga no se ejerce conforme a ley, si la organización sindical no observa las reglas previstas en el artículo 73 del TUO de la LRCT?

Recuérdese que el Estado peruano prevé un doble control para el ejercicio del derecho de huelga. Dentro de este esquema, ¿puede sostenerse que basta no superar el primer control para entender automáticamente que el derecho de huelga no se ejerce conforme a ley? Más bien, ¿no tendría que verificarse que la organización sindical no superó los dos controles para afirmar que el ejercicio del derecho de huelga fue contrario a ley, máxime si la realización del segundo control permite dar por finalizada la huelga?

De asumir que el derecho de huelga ejercido en contra de la ley sucede cuando la organización sindical no supera el control a la comunicación de huelga ni el control a la materialización de la huelga, tiene sentido que las ausencias sean calificadas como injustificadas recién a partir de la declaración de ilegalidad de la huelga y del requerimiento colectivo del empleador de retorno al trabajo.

En efecto, si bien el derecho de huelga que se ejerce contando con un pronunciamiento favorable de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la comunicación de huelga viene cubierto con un manto protector frente a la potestad sancionadora del empleador, esta protección no se reduce a dicho supuesto, sino que se extiende, además, al supuesto en que la Autoridad Administrativa de Trabajo declara improcedente dicha comunicación.

En definitiva, la protección que el ordenamiento jurídico brinda al ejercicio del derecho de huelga no se agota en el escenario de la comunicación de huelga, sino que opera hasta su materialización, específicamente, hasta el momento en que concurran las acciones previstas en los artículos 73 del Reglamento de la LRCT y 39 del Reglamento de la LFE.

Es decir, que el derecho de huelga se ejerza contando con una comunicación que fue declarada improcedente no implica que el empleador se encuentre habilitado para sancionar a los trabajadores por incurrir en ausencias injustificadas, toda vez que los días que transcurran desde el inicio de la

materialización de la huelga hasta la calificación definitiva de ilegalidad están cubiertos por una suerte de “presunción de legalidad”¹⁵¹.

Pese a lo expuesto, sí debe reconocerse que la redacción del artículo 77 del TUO de la LRCT requiere de una precisión, pues –en estricto– los efectos de la huelga no se presentan cuando se declara conforme a lo establecido en el artículo 73, sino cuando, habiéndose actuado de conformidad con dicho artículo, la huelga se materializa. O, en todo caso, debería interpretarse que, al no existir paralización concreta con la mera comunicación de huelga, los literales del artículo 77 del TUO de la LRCT solo prevén habilitaciones para cuando se materialice el ejercicio efectivo del derecho de huelga.

Ciertamente, no tiene sentido que la comunicación de huelga declarada procedente determine “la abstención total de actividades” (literal a) o “suspenda todos los efectos de los contratos individuales de trabajo” (literal b), si la organización sindical nunca materializa la huelga.

Incluso, cabe mencionar que los efectos que establece el ordenamiento jurídico únicamente se presentan cuando la Autoridad Administrativa de Trabajo declara procedente la comunicación del ejercicio del derecho de huelga (con la precisión antes indicada) mas no cuando esta deviene en improcedente.

¿Cuáles serían los efectos de una comunicación de huelga declarada improcedente si es que no se tiene certeza de si se materializará la huelga? Si la comunicación es declarada improcedente y la organización sindical no materializa la huelga, no sucede nada con la situación jurídica de los trabajadores huelguistas pues no se habrá inobservado el deber de trabajar. Por el contrario, si se llegase a materializar la huelga, lo correcto es referirse a los efectos de la declaración de ilegalidad de la huelga y no de su improcedencia, pues no se estaría en el ámbito en que se efectúa el control a la comunicación de huelga, sino que pasa al ámbito en que se realiza el control a la ejecución de huelga donde la Autoridad Administrativa de Trabajo declarará su ilegalidad.

151 Comentando la normatividad anterior a la LRCT, DE LA JARA BASOMBRIO diferenciaba entre “legalidad sustantiva” y “legalidad temporal o procesal”. La segunda –indica– “se refiere, en cambio, a la presunción de legalidad que se ha mencionado; es decir, al tiempo que transcurre desde la comunicación de la huelga hasta la calificación definitiva de la huelga. Y a este nivel sí habría, aparentemente, un espacio de legalidad, puesto que la huelga no pierde la protección jurídica hasta que sea declarada ilegal” (La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?, 1989, pág. 305). Desde otro punto de vista, este espacio de tiempo donde el empleador no puede sancionar a los trabajadores por no asistir al trabajo pese a que la huelga se ejerció con una comunicación improcedente fue calificado como “defecto normativo” (Sarzo Tamayo, La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría), 2018, pág. 25).

Por lo expuesto, la única forma de canalizar la potestad sancionadora del empleador en el marco de una comunicación de huelga declarada improcedente es por medio de la infracción referida a la ausencia injustificada, la cual debe ocurrir a partir de un determinado momento. Si de manera posterior a dicho momento los trabajadores persisten en las ausencias, el empleador puede aplicar las sanciones según la intensidad de la falta, la cual se define por la cantidad de días de inasistencia.

Así, por ejemplo, para el empleador puede representar falta leve la inasistencia al trabajo de uno, dos o tres días, mereciendo la imposición de un sanción determinada (amonestación verbal, amonestación escrita o suspensión sin goce de remuneraciones). Sin embargo, basta que el trabajador huelguista supere i) tres días de inasistencias consecutivas, ii) cinco días en un periodo de treinta días calendario, o iii) quince días en un periodo de ciento ochenta días calendarios para que dicha falta revista gravedad, configurándose el supuesto de abandono previsto en el literal h) del artículo 25 del TUO de la LPCL.

De manera contraria, asumir que el empleador tiene habilitada la potestad sancionadora para reaccionar ante las ausencias ocurridas con anterioridad al momento que establece el artículo 39 del Reglamento de la LFE, lo único que genera es abrir un espacio para la imposición de amonestaciones o suspensiones bajo ningún criterio que mida la objetividad de la sanción.

Muestra de ello es la diversidad de sanciones que fueron aplicadas para disciplinar a trabajadores por incurrir en inasistencias al trabajo, según se reportó en los fundamentos de hecho de las sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, según se detalla a continuación:

Órgano Jurisdiccional	Sentencia	Empresa	Días de inasistencias al trabajo	Sanción
Tribunal Constitucional	Recaída en el Expediente N° 2987-2017-PA/TC	Fábrica de Chocolates La Ibérica	1	Amonestación escrita
Corte Suprema	Cas. Lab. N° 23631-2017 Lima Norte	Forsac	1	Amonestación escrita
Tribunal Constitucional	Recaída en el Expediente N° 3692-2017-PA/TC	Sociedad Minera Cerro Verde	2	1 día de suspensión

Corte Suprema	Cas. Lab. N° 25646-2017 Arequipa	Sociedad Minera Cerro Verde	2	1 día de suspensión
Corte Suprema	Casación Laboral N° 22596-2018 Lambayeque	Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston	2	2 días de suspensión
Tribunal Constitucional	Recaída en el Expediente N° 3689-2012-PA/TC	Southern Perú Copper Corporation – Sucursal Perú	4	Despido
Tribunal Constitucional	Recaída en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC	Compañía Minera Barrick Misquichilca	6	Despido
Corte Suprema	Cas. Lab. N° 21896-2016 Arequipa	Sociedad Minera Cerro Verde	15	2 días de suspensión
Corte Suprema	Cas. Lab. N° 15085-2018 Arequipa	Sociedad Minera Cerro Verde	15	7 días de suspensión
Corte Suprema	Cas. Lab. N° 25527-2018 Arequipa	Sociedad Minera Cerro Verde	15	Llamada de atención

Como se aprecia, basta el hecho de encontrarse en el supuesto para que la sanción específica impuesta por el empleador resulte válida, sin importar el cómputo de los días de inasistencias. Este esquema respaldado actualmente por los órganos jurisdiccionales no guarda compatibilidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad para la determinación de la sanción¹⁵².

152 La Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través del Informe N° 230-2015-MTPE/4/8, de fecha 16 de febrero de 2015, y la –entonces– Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo, a través del Informe N° 150-2018-MTPE/2/14.1, de fecha 26 de octubre de 2018, asumieron el criterio que dichos días no deben ser considerados como inasistencias injustificadas y, en consecuencia, los empleadores no pueden imponer sanciones ni iniciar procesos sancionatorios contra los trabajadores que hayan ejercido el derecho de huelga. Asimismo, mediante las Resoluciones Directorales Generales N° 1161-2021-MTPE/2/14 y N° 023-2022-MTPE/2/14, la Dirección General de Trabajo adoptó esta posición en sus pronunciamientos,

No es prudente finalizar este apartado sin antes expresar un breve comentario respecto a este periodo de tiempo (entre el inicio de la materialización de la huelga y la calificación definitiva de ilegalidad) en el que la paralización de los trabajadores se encuentra cubierto por un manto protector frente a la potestad sancionadora del empleador, al operar una suerte de “presunción de legalidad”. Esto con el propósito de que el empleador no perciba como carga el alcance de la protección que despliega el ejercicio del derecho de huelga¹⁵³.

Para atender la “preocupación” postulada por el Tribunal Constitucional, sobre las inasistencias al trabajo ocasionadas por la paralización de actividades en el marco del ejercicio del derecho de huelga, es necesario plantearse la interrogante adecuada.

Por ejemplo, si se enfoca inadecuadamente dicha preocupación, podría alegarse que el problema con aquellas inasistencias ocurridas a pesar que la comunicación de huelga fue declarada improcedente es que el empleador no puede sancionar a los trabajadores; es decir, se cuestionaría la “presunción de legalidad” que admite el ordenamiento jurídico. Luego, en respuesta, se buscaría opciones argumentativas, como reconocer una excepción a la regla establecida en el artículo 39 del D.S. 001-96-TR, para justificar la imposición de sanciones a los trabajadores.

La pregunta que debe formularse, a consideración del autor de la presente obra, sería: ¿cuál es el problema detrás de una ejecución de huelga cuya comunicación fue declarada improcedente? Es que, al momento de inicio de la paralización de labores, los trabajadores huelguistas no cuenten con una decisión firme sobre el control a la comunicación de huelga.

La posibilidad de que confluyan en el tiempo el trámite del procedimiento de declaratoria de huelga con el inicio de la materialización de la huelga es lo que genera el espacio para que se presente el supuesto de ausencias al trabajo derivadas del ejercicio del derecho de huelga cuya comunicación fue declarada improcedente.

Desde este enfoque, la posible alternativa de mejora consistiría en garantizar que la Autoridad Administrativa de Trabajo emita un pronunciamiento

a propósito de recursos de reconsideración interpuestos contra pronunciamientos que declararon improcedente la comunicación de huelga y, pese a ello, los trabajadores materializaron su medida de fuerza.

153 Siguiendo la reflexión expresada por el Tribunal Constitucional en el fundamento 21 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014.

oportuno (antes del inicio de la huelga) sobre la comunicación de huelga y, de este modo, reducir el espacio para que suceda el supuesto antes indicado.

Entre otras medidas, se conseguiría un pronunciamiento oportuno si, por un lado, se extiende de manera razonable el plazo de antelación para que la organización sindical presente a la Autoridad Administrativa de Trabajo la comunicación de huelga y, por otro lado, el trámite procedimental para su calificación se vuelve sumario.

En cuanto al primero, a través de la recopilación de sus decisiones sobre la libertad sindical (2018), el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha indicado que el establecimiento de un preaviso de 20 días no atenta contra los principios de la libertad sindical en los servicios de interés social o público (párrafo 801), ni tampoco la exigencia de un periodo de reflexión de 40 días antes de la declaración de una huelga en un servicio esencial (párrafo 808). No se sugiere una regla similar para el caso peruano; sin embargo, es importante conocer el margen máximo de anticipación que dicho comité considera como razonable¹⁵⁴.

En cuanto al segundo, coadyuvaría a este propósito la eliminación de la instancia de revisión establecido en el Decreto Supremo N° 017-2012-TR (teniendo en cuenta que el control sobre el ejercicio del derecho de huelga consiste en efectuar actos de corroboración), así como de la aplicación del plazo máximo de notificación previsto en el numeral 24.1 del artículo 24 del TUO de la LPAG.

Lo importante es que los trabajadores y los empleadores lleguen al momento de inicio de la paralización de labores con una decisión firme de la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto a si la comunicación de huelga observó o no la normatividad. Conociendo dicha decisión, los trabajadores tendrán la libertad de decidir si optan por materializar la medida de fuerza, pese a no contar con un pronunciamiento favorable. De ocurrir ello, será previsible para los trabajadores y los empleadores que dicha medida de fuerza finalizará con una declaración de ilegalidad por configurarse el literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT, con las consecuencias legales que traerá consigo para aquellos trabajadores que persistan en la paralización.

Eventualmente, la alternativa que se propone para contrarrestar el problema identificado puede tener como resultado evitar que las organizaciones sindicales encuentren en la “presunción de legalidad” un mecanismo del que

154 No obstante, el Comité de Libertad Sindical de la OIT también consideró razonable un preaviso de 48 horas (párrafo 800).

se pueda extralimitar debido a la dificultad que tiene la Autoridad Administrativa de Trabajo para emitir una decisión firme y oportuna sobre la comunicación de huelga, más aún en aquellos casos donde la organización sindical presenta su comunicación sin observar el reducido plazo de antelación¹⁵⁵.

Finalmente, debe recordarse que, si bien el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial tienen el derecho de iniciativa en la formación de las leyes (iniciativa legislativa), el artículo 107 de la Constitución Política del Estado limita dicha iniciativa legislativa a las materia que le son propias. Considerando ello, en su momento, la “preocupación” detectada por el Tribunal Constitucional pudo ser canalizada a través de la emisión de una sentencia exhortativa¹⁵⁶ dirigida al Congreso de la República para que apruebe reglas que atienda el problema de las inasistencias al trabajo ocasionadas por la paralización de actividades en el marco del ejercicio del derecho de huelga. A su vez, el Poder Judicial pudo observar su obligación de dar cuenta al Congreso de la República de los “vacíos” o “defectos” de la legislación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo X del Título Preliminar del Código Civil.

Esta hubiese sido la manera correcta de atender la “preocupación” antes mencionada, pero no emitir pronunciamientos donde, por un lado, se apliquen normas que no se ajustan al supuesto habilitante para sancionar las inasistencias ocurridas con anterioridad a la declaratoria de ilegalidad de la huelga y, por otro lado, se inaplique la disposición normativa que sí prevé el momento en que surge la potestad sancionadora del empleador para reaccionar ante las ausencias injustificadas en el marco del ejercicio del derecho de huelga.

6. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL EMPLEADOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Otro impacto en la esfera individual de los trabajadores, que genera la aplicación de la normatividad sobre los servicios mínimos, es el incumplimiento

155 Véase, por ejemplo, la huelga promovida por la organización sindical de la empresa Fábrica de Chocolates La Ibérica S.A., cuya comunicación se realizó con menos de veinticuatro horas al inicio de la medida de fuerza (Expediente N° 2987-2017-PA/TC).

156 Generalmente, las sentencias exhortativas se emiten en procesos de inconstitucionalidad; sin embargo, el Tribunal Constitucional emitió este tipo de sentencia en un proceso de amparo donde se analizó la desafiliación al Sistema Privado de Pensiones y el retorno al Sistema Nacional de Pensiones, exhortando a las entidades correspondientes para que emitan, en el más breve plazo, las normas que viabilicen los criterios y el procedimiento para la libre desafiliación informada. Con posterioridad a la emisión de la sentencia, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínimas y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada. Véase la sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, de fecha 26 de enero de 2007.

en la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga. En relación a ello, los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, por el Poder Judicial y por la Autoridad Inspectiva de Trabajo fueron desarrollados en el apartado 2.2.2., observando que solo el Tribunal Constitucional efectuó el análisis respecto a quién le corresponde designar los trabajadores para servicios mínimos.

Sin embargo, no existe pronunciamiento que haya indagado sobre en qué momento surge la potestad sancionadora del empleador por el incumplimiento de los trabajadores designados como servicios mínimos.

Para analizar la relación entre la potestad sancionadora del empleador y el incumplimiento de los servicios mínimos, merece considerarse dos elementos: i) quién efectúa la designación, y ii) cuándo se configura el incumplimiento de los servicios mínimos.

Respecto a quién efectúa la designación, se estima correcto el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02302-2015-PA/TC.

Es evidente que, cuando el segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT establece que “la (...) comunicación [de servicios mínimos] tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los representa cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga”, se desprende que la organización sindical que comunica el ejercicio del derecho de huelga tiene la titularidad para designar a los trabajadores para mantener los servicios mínimos. Se trata de una competencia exclusiva y excluyente. De ahí que resulta cuestionable la posición sostenida por el Poder Judicial en las Casaciones Laborales N° 24816-2018 Arequipa y N° 24457-2019 Lima Este.

Respecto a cuándo se configura el incumplimiento de los servicios mínimos, cabe mencionar que ello sucede al presentarse conjuntamente dos componentes: primero, que la Autoridad Administrativa de Trabajo declare procedente la comunicación de huelga, el cual contiene una calificación positiva sobre el modo en que la organización sindical presentó la nómina para servicios mínimos y, segundo, que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en la materialización de la huelga, verifique que el trabajador considerado en la nómina para servicios mínimos no acudió a trabajar.

De este modo, se configura el incumplimiento cuando el trabajador designado por la organización sindical en la nómina para servicios mínimos no acude a laborar en los días en que se materializa la huelga. En puridad, si la comunicación de huelga es declarada improcedente no se estará en el supuesto

de incumplimiento a los servicios mínimos debido a que nunca surtió efectos la designación efectuada por la organización sindical. Incluso, podría suceder que la improcedencia fue ocasionada porque la designación nunca ocurrió (la organización sindical no presentó nómina para servicios mínimos).

Ahora bien, el sustento normativo de la obligación de trabajar del personal designado para los servicios mínimos en caso de huelga se deriva del artículo 70 del Reglamento de la LRCT cuando refiere que:

“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 (...)” (resaltado agregado).

Incluso, esta norma refuerza la posición de que la obligación de trabajar del personal designado para los servicios mínimos en caso de huelga opera a partir del momento en que se declara procedente la comunicación de huelga.

Si bien los servicios mínimos deben ser cubiertos en caso de huelga, sin perjuicio de la que la comunicación de huelga haya sido calificada como improcedente, lo cierto es que la normatividad se queda corta respecto a la posibilidad de sancionar a los trabajadores responsables de mantener los servicios mínimos en este supuesto.

Ante ello, el ordenamiento jurídico debería suprimir la aplicación de la “presunción de legalidad” indicada en el apartado anterior si no la posible afectación al interés colectivo podría ser utilizado como un instrumento de presión adicional a la paralización de actividades ejecutada por los trabajadores. Arribar a acuerdos colectivos que tuvieron como desencadenante la presión generada por la posible afectación al interés colectivo no debe ser permitido en el sistema de relaciones colectivas de trabajo.

Los servicios mínimos no deben constituir una herramienta a ser utilizada con miras al ejercicio del derecho de huelga; por lo tanto, ni los empleados deben acudir a ella para restar su eficacia ni las organizaciones sindicales deben aprovecharse de su especial interés colectivo o público para intensificar la medida de presión. Si una adecuada legislación no evita lo anterior, el legislador seguirá desconociendo el mandato constitucional que le impone la

Constitución Política del Estado y el propósito de que intervenga con la regulación del derecho de huelga: que se ejerza en armonía con el interés social (numeral 3 del artículo 28).

Finalmente, queda pendiente plantear una postura sobre cuál sería la base legal que el empleador debe utilizar para ejercer la potestad sancionadora cuando se configure el incumplimiento de los servicios mínimos.

El segundo párrafo del artículo 82 del TUO de la LRCT refiere que “los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, **serán sancionados de acuerdo a ley**” (resaltado agregado). Si bien la potestad sancionadora del empleador por el incumplimiento de los servicios mínimos encuentra sustento normativo en este artículo, para considerarla falta grave no parece suficiente remitirse a ella¹⁵⁷, más aún si la redacción invoca a la remisión de una ley (distinta al TUO de la LRCT).

El ordenamiento jurídico tipifica en el artículo 25 del TUO de la LPCL las infracciones que constituyen faltas en las relaciones individuales de trabajo. En esta lista no solo se enumera los supuestos de violación a las obligaciones específicas vinculadas a las funciones propias que ejecuta el trabajador, sino también a las obligaciones que adquiere el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Debido a la trascendencia de la actividad que procura garantizar los servicios mínimos, la infracción del artículo 25 del TUO de la LPCL que más se ajusta para sancionar a aquel trabajador que no acude a trabajar pese a encontrarse designado en la nómina presentada por la organización sindical es el contemplado en el literal a): incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral.

Así, la violación del deber de buena fe laboral se encontraría el tipo legal que habilitaría la potestad sancionadora del empleador cuando se configure el incumplimiento de los servicios mínimos¹⁵⁸.

157 En sentido contrario, se ha sostenido que “el supuesto de hecho que configura la falta grave consiste en la ausencia injustificada del trabajador, que integra la mencionada nómina, a cumplir dicho servicio. Adviértase que esta infracción (...) no requiere para su configuración que el trabajador acumule un número determinado de inasistencias consecutivas o no consecutivas, bastando que no se presente a cumplir con el servicio mínimo una sola vez para que incurra en la falta grave prevista por el art. 82 del TUO-LRCT”. (Blancas Bustamante, 2013, pág. 274)

158 Al respecto, se ha indicado que “[L]os trabajadores atentarían contra el principio si es que, habiendo sido designados para realizar las labores correspondientes de los servicios mínimos, no lo hicieran o lo hicieran inadecuadamente. Si bien la norma se preocupa únicamente por los servicios no

Como señala CORTÉS, citando las afirmaciones de PLÁ RODRÍGUEZ:

“[L]a buena fe que debe regir como principio del Derecho del Trabajo es la buena fe-lealtad, esta es la que se refiere a la conducta de la persona (comportamiento) que considera cumplir realmente con su deber” (El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga, 2009, págs. 674-675).

Sin embargo, si la inasistencia del trabajador responde a una causa justificada, no deberá invocarse este incumplimiento. Por ejemplo, la justificación podría consistir en que el trabajador designado se encontraba de vacaciones o de licencia en el momento de la materialización de la huelga o los servicios mínimos fueron cubiertos por trabajadores no afiliados a la organización sindical que comunicó el ejercicio del derecho de huelga, el cual tiene el carácter de minoritario.

realizados, estableciendo que pueden ser sancionados, consideramos que el cumplimiento de la obligación alcanza a realizar adecuadamente los servicios” (Cortés Carcelén, 2009, pág. 688).

Anotaciones finales

Anotaciones finales

De lo desarrollado en el primer y segundo capítulo de la presente obra, se advierte que mantener los obstáculos normativos que no permiten –en la práctica– el ejercicio efectivo del derecho de huelga genera un escenario de afectación múltiple a derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Así, pese a los puntuales esfuerzos realizados en los últimos años¹⁵⁹ con el fin de superar estos obstáculos, la actual regulación sobre el derecho de huelga no solo dificulta su ejercicio efectivo, sino que, de materializarse pese a no superar el control de la comunicación de huelga, impacta en la esfera individual del trabajador, debido a que el poder sancionador del empleador se encuentra avalado por los últimos criterios asumidos por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial.

Luego, por su carácter instrumental, los obstáculos normativos presentes para el ejercicio efectivo del derecho de huelga también repercuten en el derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores.

Como ha indicado VILLAVICENCIO:

“(..) la huelga es la que mide la fortaleza del brazo sindical a la hora de la negociación colectiva. Un sindicato cuya huelga está reducida a mínimos, verdaderamente mínimos, evidentemente, a la hora del pulso en la negociación colectiva tiene un brazo bastante debilitado” (Perspectivas y posibilidades de la tutela colectiva sindical en el siglo XXI, 2010, pág. 41).

Si el derecho de huelga constituye el principal mecanismo de presión con el que cuenta la organización sindical para sostener sus pretensiones, que la normatividad no establezca reglas viables para su ejercicio efectivo revela que el Estado sitúa a la organización sindical en una situación desventajosa frente al empleador en la dinámica de la negociación colectiva.

En estas condiciones, la existencia de un convenio colectivo no siempre refleja el éxito de la negociación colectiva, ni las buenas prácticas de los actores que intervinieron en dicha negociación. Dicho de otro modo, que culmine la negociación colectiva con la celebración de un convenio colectivo no

159 Tanto a nivel de emisión de disposiciones normativas como a nivel de pronunciamientos administrativos.

implica la superación de la controversia que dio origen a dicha negociación. Al momento de decidir respecto a la celebración de un convenio colectivo, el transcurso del tiempo, la presión de los afiliados, el desgaste emocional de los representantes, entre otros factores, pueden ser más determinantes para la organización sindical que la satisfacción en los acuerdos arribados con el empleador. De igual manera, no son inusuales los casos en que la negociación colectiva no finaliza debido a la desaparición funcional (cuando los representantes de los trabajadores pierden el respaldo de sus bases) u orgánica (cuando producto de las desafiliaciones o la voluntad de los miembros se pierde de la personería gremial) de la organización sindical.

Dada la realidad descrita, el ordenamiento jurídico peruano requiere una intervención del Estado, no desde la lógica intervencionista descrita en el primer apartado de las anotaciones preliminares, sino para cumplir la función de ordenar las estructuras de poder actualmente presentes en el sistema de relaciones colectivas de trabajo.

Por lo demás, la necesidad de ordenar el sistema de relaciones colectivas de trabajo tiene respaldo constitucional en el deber que tiene el Estado de “promover” formas de solución pacífica de los conflictos laborales (numeral 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Estado).

Al respecto, es pertinente traer a colación la reflexión a la que arriba CARRILLO cuando, al comparar los niveles de intervención previstas en la Constitución Política del Estado de 1979 y 1993, indicó que:

“(…) Consideramos conveniente la eliminación de la intervención del Estado con capacidad decisoria en los conflictos colectivos de trabajo, pero creemos indispensable que el espacio que antes correspondía a la presencia estatal sea convenientemente ocupado por los actores sociales, quienes deben de tener unas fuerzas próximas al equilibrio estratégico, lo que exige el desarrollo de políticas públicas de promoción a favor del sujeto sindical. Si el retiro del Estado en esta materia no es acompañado de políticas de esa naturaleza, lo más seguro es que la fijación de las condiciones de trabajo deje de ser convencional, para pasar a ser establecida de manera unilateral por los empleadores, configurándose así un desequilibrado sistema de relaciones laborales” (La flexibilización del contenido laboral de la Constitución, 2001, pág. 85).

El autor de la presente obra coincide con lo expuesto por CARRILLO. La capacidad decisoria sobre el conflicto colectivo de trabajo debe recaer en los propios sujetos involucrados en dicho conflicto. Y, para que esta capacidad tenga un real impacto, el empleador y la organización sindical deben contar

con instrumentos a las que puedan acudir estratégicamente, encontrándose en una situación de cierto equilibrio de fuerzas frente a la dinámica del conflicto.

No existirá equilibrio, por ejemplo, si la organización sindical no encuentra en el derecho de huelga un instrumento viable frente al conflicto debido a que su ejercicio efectivo depende de una decisión administrativa con alto nivel de discrecionalidad, que se deriva de las reglas existentes en la normatividad. Tampoco existirá equilibrio, si en el marco de la negociación colectiva, la organización sindical no cuenta con instrumentos para tener conocimiento real y oportuno de la situación económica del empleador y su capacidad de atender las exigencias planteadas en el pliego de reclamos, entre otros aspectos.

La identificación de las distorsiones que operan en la dinámica del conflicto colectivo laboral es el primer paso para que el Estado intervenga con políticas públicas para ajustar dichas distorsiones y evitar, en la medida de lo posible, que el empleador o la organización sindical se encuentren en una posición preferente en relación al otro, desequilibrando el sistema de relaciones colectivas de trabajo peruano.

La presente obra se orienta a contribuir en esa identificación.

Conclusiones

1. Durante el periodo 2014-2019, alrededor del 14 % de las comunicaciones de huelga de alcance nacional o suprarregional, presentadas en el Sector Privado en el Perú, fueron declaradas procedentes. Es decir, solo este porcentaje pudo ejercer el derecho de huelga de manera efectiva.
2. Del análisis realizado a las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, las organizaciones sindicales inobservaron, principalmente, el requisito de la nómina para servicios mínimos.
3. La Autoridad Administrativa de Trabajo no ha tenido una posición uniforme al calificar la observancia o no del requisito de la nómina para servicios mínimos, situación que condicionó el ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú; ello, entre otros aspectos, por el margen de discrecionalidad que admite la normatividad sobre los servicios mínimos.
4. Luego de transitar por distintos criterios, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema coinciden en la posición de validar las sanciones impuestas a los trabajadores que paralizan sus actividades pese a que la comunicación de huelga fue declarada improcedente.
5. La aplicación de la normatividad sobre los servicios mínimos sugiere que existe un espacio reducido para que el ejercicio del derecho de huelga se desarrolle de modo efectivo en el Perú, lo cual incide, de manera indirecta, en la esfera individual del trabajador, conforme al criterio coincidente del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, señalado en el punto anterior. Por ello, se verifica que es considerable el impacto de la normatividad sobre los servicios mínimos respecto al ejercicio efectivo del derecho de huelga.
6. Resulta adecuado que la titularidad para ejercer el control sobre el ejercicio del derecho de huelga se mantenga en la Autoridad Administrativa de Trabajo, en comparación con otro ente o institución. El cuestionamiento, sobre una supuesta ausencia de imparcialidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo, no se supera cambiando de órgano calificador, sino reduciendo los márgenes de discrecionalidad que admite actualmente la normatividad. Este objetivo se cumple con

la emisión de reglas claras que considere un componente participativo de los actores sociales involucrados.

7. Debido a que la regulación sobre los servicios mínimos es excesiva, resulta necesario que se reestructure el doble control de los que son objeto.
8. Con relación al ámbito objetivo de los servicios mínimos, existen cuestiones pendientes de regulación en las tres técnicas para su determinación: voluntad unilateral del empleador, acuerdo de partes y decisión heterónoma (divergencia).
9. Respecto al ámbito subjetivo de los servicios mínimos, es necesario que se ajuste la regulación actual, en tanto contiene un defecto que altera su finalidad y afecta su funcionalidad en el ejercicio efectivo del derecho de huelga. Asimismo, es necesario que se incorporen criterios para que las organizaciones sindicales puedan confeccionar la nómina de trabajadores para los servicios mínimos, considerando el ámbito en el que se adopta la decisión de acudir a la huelga.

Bibliografía

- Ackerman, M. E. (1996). *La huelga en Argentina*. En M. PASCO COSMÓPOLIS (Ed.), *La huelga en Iberoamérica* (págs. 7-25). Lima: Aele.
- Alonso Olea, M. (1967). *Derecho del Trabajo. Un ensayo bibliográfico*. Revista de Política Social (76), 31-59.
- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.
- Arce Ortiz, E. (2009). *Límites internos y externos al derecho de huelga*. En AA.VV. (Ed.), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica* (págs. 383-396). Lima: Grijley.
- Asociación Derecho & Sociedad, Círculo de Estudios (1992). *Caracterización del tratamiento de las instituciones de huelga y arbitraje en la ley de relaciones colectivas de trabajo*. Derecho & Sociedad (6), 46-52.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI (2020). *Manual sobre relaciones laborales colectivas: 2. Huelga*. Medellín: Centro de Estudios Sociales y Laborales.
- Azócar Simonet, R., & Cruz Gonzáles, Á. (2015). *Limitaciones al derecho de huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la Reforma Laboral*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 6 (12), 140-161.
- Barreto Ghione, H. (2016). *Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y Derecho*. Revista de Derecho Social Latinoamérica (2), 125-139.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral peruano* (Tercera ed.). Lima: Jurista editores.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000). *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Carballeda, A. J. (setiembre de 2009). *La cuestión como cuestión nacional, una mirada genealógica*. Palobra (11), 12-23. Recuperado el 20 de agosto de 2018, de file:///C:/Users/gcanchaya/Downloads/Dialnet-LaCuestionSocialComoCuestionNacionalUnaMiradaGenea-3804367.pdf
- Carrillo Calle, M. (2001). *La flexibilización del contenido laboral de la Constitución*. En V. Ferro Delgado (Ed.), *Balance de la reforma laboral peruana* (págs. 45-87). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Cassagne, J. C. (1993). *La huelga en los servicios esenciales*. Madrid: Civitas.

- Castro Barriga, A. (2014). *Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el Sector Público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno*. En A. Castro Barriga (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú* (págs. 243-269). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cortés Carcelén, J. C. (1993). *La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley 25593*. *Thémis - Revista de Derecho* (26), 117-122.
- Cortés Carcelén, J. C. (2009). *El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga*. En SPDTSS, *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 673-689). Lima: Grijley.
- Cruz Villalón, J. (2012). *Compendio de Derecho del Trabajo* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- De La Jara Basombrio, E. (1989). *La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional?* En J. Neves Mujica (Ed.), *Trabajo y Constitución* (págs. 263-317). Lima: Cuzco.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel S.A.
- Ermida Uriarte, O. (1988). *La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 53-68.
- Ermida Uriarte, O. (noviembre- diciembre de 1993). *La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas*. (128), 29-37. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de http://nuso.org/media/articles/downloads/2287_1.pdf
- Ermida Uriarte, O. (1995). *Intervención y autonomía en la negociación colectiva de la actividad privada*. *Laborem* (2), 127-136.
- García, H. O. (2006). *La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del Derecho*. *Revista de Derecho Laboral* (2), 459-521.
- García, H. O. (2020). *Las actividades y servicios caracterizados como esenciales por la normatividad de emergencia sanitaria: ¿Son servicios esenciales a fines de limitar el derecho de huelga?* *Revista de Derecho Laboral. Actualidad, Suplemento digital: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Dossier N° 4*, 14-30.
- García, H. O. (s.f.). Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. *El Derecho de Huelga*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-04-5-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-2.pdf>

- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (1998). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Jeammaud, A. (1984). *En torno al problema de la efectividad del Derecho*. Crítica Jurídica, 5-15.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM.
- Lovatón Palacios, D. (1990). *La huelga en el Perú*. Derecho & Sociedad (2), 49-51.
- Luna Cervantes, E. (2014). *Sobre la legitimización constitucional del ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la Administración Pública y un ejemplo paradigmático de su praxis*. En A. Castro Barriga (Ed.), Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú (págs. 199-208). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mantero Álvarez, R. (1992). *Límites al derecho de huelga*. Montevideo: Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2001). *Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*. IV Coloquio Iuso-español de Derecho Administrativo (págs. 249-278). Coimbra: Coimbra.
- Mendoza Legoas, L. (2016). *Las medidas cautelares laborales*. Lima: Jurista editores.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Guía de técnica legislativa para la elaboración de proyectos normativos de las entidades del Poder Ejecutivo*. Cuarta. Lima, Perú.
- Miranda Hurtado, G. (junio de 2016). *La huelga y sus límites*. Diálogo y concertación laboral. Revista del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (2), 55-74.
- Montoya Melgar, A. (1996). *La huelga en España*. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), La huelga en Iberoamérica (págs. 97-115). Lima: Aele.
- Montoya Vivanco, Y. (2014). *Buen gobierno, gobernabilidad, corrupción e impunidad: relaciones y superación del círculo vicioso*. En A. Castro Barriga (Ed.), Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú (págs. 209-218). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Morgado Valenzuela, E. (1996). *La huelga en Chile*. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), La huelga en Iberoamérica. (págs. 49-95). Lima: Aele.
- Morón Urbina, J. C. (julio de 2013). *La visión jusadministrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales*. Ius Et Veritas (46), 270-283.

- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Décimo segunda ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mugnolo, J. (s.f.). *Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración*. 1-429. Editorial de la Universidad de Granada. Recuperado el 15 de setiembre de 2018, de <https://hera.ugr.es/tesisugr/21849602.pdf>
- Neves Mujica, J. (2010). *Los derechos de sindicación y al trabajo en una sentencia del Tribunal Constitucional sobre los trabajadores de Telefónica*. En J. Neves Mujica, Derecho del Trabajo. Cuestiones controversiales. (págs. 51-65). Lima: Ara editores.
- Nugent, R. (2006). *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Oficina Internacional del Trabajo (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Ojeda Quiroz, C. D. (marzo de 2020). *La actividad de inspección del trabajo en tiempos del COVID-19 ¿Debe considerarse como servicio público esencial en el estado de emergencia nacional?* Análisis Laboral (513), 14-16.
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Palomeque López, M. C. (1989). *La función histórica del Derecho del Trabajo*. En J. Neves Mujica (Ed.). Lima: Cultural Cuzco.
- Palomeque López, M. C. & Álvarez de la Rosa, M. (2010). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ramón Areces.
- Pasco Cosmópolis, M. (1995). *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*. Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2), 161-172.
- Pasco Cosmópolis, M. (1996). *La huelga en el Perú*. En M. Pasco Cosmópolis (Ed.), La huelga en Iberoamérica (págs. 197-228). Lima: Aele.
- Pease García, H. (2014). *Reforma del Estado para el buen gobierno*. En A. Castro Barriga (Ed.), Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú (págs. 219-222). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ponce Solé, J. (2014). *El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas*. En A. Castro Barriga (Ed.), Buen Gobierno y Derechos Humanos: Nuevas perspectivas en el Derecho público para fortalecer la

- legitimidad democrática de la Administración Pública en el Perú (págs. 85-119). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Puntriano Rosas, C. A. (19 de julio de 2018). *Ministerio de Trabajo propone cambios a reglamentos. Relaciones colectivas en debate*. (Diario oficial El Peruano, entrevistador).
 - Raso Delgue, J. (2016). *Intervención y autonomía en la negociación colectiva: una reflexión desde el modelo pluralista uruguayo de relaciones laborales*. En C. J. Hernández, El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés (págs. 419-426). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
 - Sanguinetti Raymond, W. (2006). *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Sarthou, H. (2004). *Trabajo, Derecho y sociedad. Estudios de Derecho colectivo del Trabajo. Tomo I (Vol. I)*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
 - Sarzo Tamayo, V. R. (enero de 2017). *Visión crítica del procedimiento administrativo de divergencia. A propósito del ejercicio del derecho de huelga en el Perú*. Soluciones Laborales (109), 115-125.
 - Sarzo Tamayo, V. R. (2018). *La lógica de control sobre la huelga: propuesta de un modelo flexible (tesis de maestría)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - Spaventa, J. (2016). *Análisis alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta*. Buenos Aires. Obtenido de <http://relats.org/documentos/DERECHO.Spaventa.pdf>
 - Toyama Miyagusuku, J. (2001). *Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993*. En V. Ferro Delgado (Ed.), Balance de la reforma laboral peruana (págs. 9-44). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
 - Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
 - Tribuzio, J. E. (s.f.). Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. *La huelga en los servicios esenciales*. Argentina. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>
 - Vidal Salazar, M. (2004). *Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano*. Foro jurídico (3), 51-63.
 - Villavicencio Ríos, A. (2008). *Huelga y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (la educación básica regular)*. En

SPDTSS (Ed.), Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez (págs. 443-473). Lima: Grijley.

- Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Plades.
- Villavicencio Ríos, A. (2010). *Perspectivas y posibilidades de la tutela colectiva sindical en el siglo XXI*. En Congreso de la República del Perú. Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI (págs. 31-41). Lima: Congreso de la República del Perú.
- Vivero Serrano, J. B. (2002). *La huelga en los servicios esenciales*. Valladolid: Lex Nova.
- Zavala Costa, J., & Vilchez Garcés, L. (2016). *El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo*. Lima: AeL.
- Zorrilla Ruiz, M. M. (enero de 2015). *Eficacia y efectividad del Derecho*. Estudios de Deusto, 45(1), 173-196. Obtenido de <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/608/770>

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Sentencia de 17 de noviembre de 2021 - caso “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala”.

Tribunal Constitucional de España

- Sentencia 11/1981, de fecha 8 de abril de 1981.
- Sentencia 75/2010, de fecha 19 de octubre de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú

- Sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002.
- Resolución recaída en el Expediente N° 0076-2003-AA/TC, de fecha 19 de marzo de 2003.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 261-2003-AA/TC, de fecha 26 de marzo de 2003.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 1469-2002-AA/TC, de fecha 23 de julio de 2004.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC, de fecha 27 de setiembre de 2005.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 3311-2005-PA/TC, de fecha 05 de enero de 2006.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, de fecha 26 de enero de 2007.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2007-PI/TC, de fecha 19 de setiembre de 2008.
- Resolución recaída en el Expediente N° 04684-2008-PA/TC, de fecha 13 de octubre de 2009.

- Sentencia recaída en el Expediente N° 02211-2009-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2010.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2011.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 3689-2012-PA/TC, de fecha 19 de noviembre de 2014.
- Sentencia recaída en los Expedientes N° 01088-2013-PA/TC, de fecha 18 de noviembre de 2015.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 03618-2014-PA/TC, de fecha 25 de abril de 2018.
- Auto recaído en el Expediente N° 01943-2018-PA/TC, de fecha 16 de marzo de 2019.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 02302-2015-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2019.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 2987-2017-PA/TC, de fecha 27 de octubre de 2020.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 3692-2017-PA/TC, de fecha 08 de junio de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

- Casación Laboral N° 3480-2014 LIMA, de fecha 24 de octubre de 2016.
- Casación Laboral N° 2698-2016 La Libertad, de fecha 12 de junio de 2017.
- Casación Laboral N° 15537-2015 Lima, de fecha 19 de julio de 2017.
- Casación Laboral N° 21896-2018 Arequipa, de fecha 22 de mayo de 2019.
- Casación Laboral N° 18783-2018 Arequipa, de fecha 31 de julio de 2019.
- Casación Laboral N° 18622-2018 Arequipa, de fecha 31 de julio de 2019.

- Casación Laboral N° 25646-2017 Arequipa, de fecha 08 de agosto de 2019.
- Casación Laboral N° 26421-2017 Arequipa, de fecha 20 de agosto de 2019.
- Casación Laboral N° 23631-2017 Lima Norte, de fecha 19 de setiembre de 2019.
- Casación Laboral N° 18194-2018 Arequipa, de fecha 15 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 15085-2018 Arequipa, de fecha 15 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 21871-2018 Arequipa, de fecha 16 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 25751-2018 Arequipa, de fecha 16 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 20734-2018 Arequipa, de fecha 16 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 25527-2018 Arequipa, de fecha 17 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 27635-2018 Arequipa, de fecha 17 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 25792-2018 Arequipa, de fecha 17 de octubre de 2019.
- Casación Laboral N° 27752-2018 Arequipa, de fecha 28 de abril de 2021.
- Casación Laboral N° 24816-2018 Arequipa, de fecha 04 de mayo de 2021.
- Casación Laboral N° 22596-2018 Lambayeque, de fecha 09 de setiembre de 2021.
- Casación Laboral N° 24457-2019 Lima Esta, de fecha 08 de marzo de 2022
- Casación Laboral N° 18989-2019 Arequipa, de fecha 16 de junio de 2022.

Corte Superior de Justicia de Justicia de Lambayeque

- Sentencia de primera instancia, de fecha 18 de enero de 2019, recaída en el Expediente N° 0092-2018-0-1708-JM-LA-01.
- Sentencia de primera instancia, de fecha 22 de enero de 2019, recaída en el Expediente N° 0093-2018-0-1708-JM-LA-01.
- Sentencia de primera instancia, de fecha 20 de febrero de 2019, recaída en el Expediente N° 0086-2018-0-1708-JM-LA-01.
- Sentencia de primera instancia, de fecha 20 de febrero de 2019, recaída en el Expediente N° 0089-2018-0-1708-JM-LA-01.
- Sentencia de primera instancia, de fecha 21 de febrero de 2019, recaída en el Expediente N° 0088-2018-0-1708-JM-LA-01.

Tribunal de Fiscalización Laboral

- Resolución N° 519-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, de fecha 09 de noviembre de 2021.

Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

- Resolución Directoral General N° 143-2013-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 003-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 009-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 054-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 063-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 095-2014-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 098-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 099-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 100-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 107-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 108-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 138-2014-MTPE/2.14.

- Resolución Directoral General N° 141-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 177-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 185-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 187-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 191-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 204-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 205-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 206-2014-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 021-2015-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 041-2015-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 098-2015-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 044-2016-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 082-2016-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 088-2016-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 119-2016-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 158-2016-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 011-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 013-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 053-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 132-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 137-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 245-2017-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 021-2018-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 061-2018-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 078-2018-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 120-2018-MTPE/2.14.

- Resolución Directoral General N° 001-2019-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 082-2019-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 103-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 136-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 137-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 139-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 140-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 154-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 169-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 176-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 192-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 197-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 205-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 208-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 209-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 226-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 252-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 253-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 268-2019-MTPE/2.14.
- Resolución Directoral General N° 1127-2021-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 1137-2021-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 1161-2021-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 1166-2021-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 012-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 018-2022-MTPE/2/14.

- Resolución Directoral General N° 023-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 030-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 032-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 046-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 054-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 055-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 056-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 057-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 065-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General N° 096-2022-MTPE/2/14.

Informes técnicos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC-6/86, de fecha 09 de mayo de 1986.
- Opinión Consultiva OC-27/21, de fecha 05 de mayo de 2021.

Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

- Informe N° 230-2015-MTPE/4/8, de fecha 16 de febrero de 2015.
- Informe N° 2934-2018-MTPE/4/8, de fecha 08 de diciembre de 2018.
- Informe N° 1576-2019-MTPE/4/8, de fecha 28 de junio de 2019.
- Informe N° 537-2019-MTPE/4/8, de fecha 27 de febrero de 2019.
- Informe N° 2154-2020-MTPE/4/8, de fecha 23 de noviembre de 2020.

Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

- Informe Jurídico N° 020-2019-JUS/DGDNCR, de fecha 10 de junio de 2019.

Dirección de Normatividad de Trabajo

- Informe N° 81-2016-MTPE/2/14.1., de fecha 01 de julio de 2016.
- Informe N° 63-2017-MTPE/2/14.1., de fecha 22 de agosto de 2017.
- Informe N° 150-2018-MTPE/2/14.1, de fecha 26 de octubre de 2018.

Anexos



Anexo 1
“Formato obligatorio
de comunicación
de servicios mínimos”

ANEXO N° 1 "FORMATO OBLIGATORIO DE COMUNICACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS"

Nombre o razón social de la empleadora:									
Dirección legal: (Si se trata de dirección comercial: Av./Calle/No. y/o, D.C. o/a, País, teléfono, correo electrónico)								RUC:	
No. de documento:								DNI:	
Correo electrónico: (Para comunicaciones dirigidas a la comisión de negociación)								Número de teléfono (fijo o celular): (Para comunicaciones dirigidas a la Autoridad de las Industrias de Trabajo)	
Muestre si la comisión negociadora se encuentra compuesta de:									
[] Servicios públicos esenciales					[] Actividades industriales				
De carácter de servicios públicos esenciales, marque lo aplicable: <input type="checkbox"/> Seguridad y salud <input type="checkbox"/> Limpieza y mantenimiento <input type="checkbox"/> Electricidad, agua y drenaje, gas y combustible <input type="checkbox"/> Seguridad de la información y comunicaciones <input type="checkbox"/> Datos de interés personal <input type="checkbox"/> Comercio electrónico <input type="checkbox"/> Transporte <input type="checkbox"/> Materias relacionadas a la defensa y seguridad nacional <input type="checkbox"/> Administración de justicia y producción de la Corte Suprema de Justicia de la República <input type="checkbox"/> Otras determinadas por ley. Indicar ley: _____									
Centro de trabajo:									
Dirección del centro de trabajo: (Si se trata de dirección comercial: Av./Calle/No. y/o, D.C. o/a, País, teléfono, correo electrónico)								Régimen:	
N°	Área o nivel de desempeño o servicio mínimo	Ocupación	Cantidad total de trabajadores por cada ocupación en el área	Inmediato sistema de trabajo Porcentaje (%)	Turno/horario Indicar los turnos (por ejemplo día o nocturno, turno mixto) y horarios de prestación de servicios (por ejemplo mañana 08:00 a 12:00 horas).	Cantidad total de trabajadores por cada turno/horario	Cantidad de trabajadores por el turno/horario mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Período laboral
1									
2									
Centro de trabajo:									
Dirección del centro de trabajo:								Régimen:	
N°	Área o nivel de desempeño o servicio mínimo	Ocupación	Cantidad total de trabajadores por cada ocupación en el área	Inmediato sistema de trabajo Porcentaje (%)	Turno/horario Indicar los turnos (por ejemplo día o nocturno, turno mixto) y horarios de prestación de servicios (por ejemplo mañana 08:00 a 12:00 horas).	Cantidad total de trabajadores por cada turno/horario	Cantidad de trabajadores por el turno/horario mínimo por turno/horario	Oportunidad en que debe iniciarse el servicio mínimo	Período laboral
1									
2									
Centro de trabajo:									
Dirección del centro de trabajo:								Régimen:	
1-3									
_____ de _____ de 20__									
FIRMA									

Anexo 2
**“Formato obligatorio
de divergencia”**

Anexo 3
**“Formato obligatorio
de resumen para determinación
de servicios mínimos”**

ANEXO N° 3 "FORMATO OBLIGATORIO DE RESUMEN PARA DETERMINACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS"

Nº de Expedientes: (En caso de determinación por órgano independiente) Órgano independiente: (En caso de determinación por órgano dependiente)										
Empleador:					Organización(es) sindical(es) o trabajadores:					
Partes laborales										
Centro de trabajo:										
Nº	Área donde se descripan ser los mínimos	Ocupación	Turno/horario	CALIFICACIÓN DE SERVICIO MÍNIMO (si es servicio público esencial o actividades pensable, o ninguno)		CANTIDAD DE TRABAJADORES PARA EL SERVICIO MÍNIMO POR TURNO/HORARIO		Posición de empleador	Posición de organización sindical	DETERMINACIÓN (por órgano independiente o por acuerdo)
				Posición de empleador	Posición de organización sindical	Posición de empleador	Posición de organización sindical			
1										
2										
...										
Centro de trabajo:										
Nº	Área donde se descripan ser los mínimos	Ocupación	Turno/horario	CALIFICACIÓN DE SERVICIO MÍNIMO (si es servicio público esencial o actividades pensable, o ninguno)		CANTIDAD DE TRABAJADORES PARA EL SERVICIO MÍNIMO POR TURNO/HORARIO		Posición de empleador	Posición de organización sindical	DETERMINACIÓN (por órgano independiente o por acuerdo)
				Posición de empleador	Posición de organización sindical	Posición de empleador	Posición de organización sindical			

Índice general

ÍNDICE GENERAL

Introducción	7
--------------------	---

Anotaciones preliminares

La intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo y en la regulación del derecho de huelga	11
Precisión terminológica: ¿qué se entiende por efectividad y eficacia del derecho de huelga?	16
Radiografía del ejercicio efectivo del derecho de huelga en el Perú	23

Capítulo I

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

1. Servicios esenciales: una cuestión de concepto en la disciplina del Derecho.....	43
2. Servicios mínimos: la posición de la Organización Internacional del Trabajo.....	48
3. La configuración normativa de los servicios mínimos.....	51
3.1. Contenido de los servicios mínimos.....	53
3.2. Determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos.....	62

3.3. La regulación para la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos.....	80
4. El doble control estatal sobre el ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos	81
4.1. La doble calificación al ejercicio del derecho de huelga	84
4.2. La doble calificación al cumplimiento de la normatividad sobre los servicios mínimos.....	90

Capítulo II

La operatividad normativa de los servicios mínimos y el ejercicio efectivo del derecho de huelga

1. Los pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la calificación del requisito de la nómina para servicios mínimos	95
1.1. Primer supuesto: no se encuentra determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos	96
1.2. Segundo supuesto: se encuentra determinado el ámbito objetivo de los servicios mínimos	98
2. Los pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos referidos al ejercicio del derecho de huelga y los servicios mínimos.	102
2.1. La potestad sancionadora del empleador frente a las inasistencias al trabajo derivadas del ejercicio del derecho de huelga, cuya comunicación fue declarada improcedente	103
2.2. La potestad sancionadora del empleador frente al incumplimiento en la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos en caso de huelga	120

Capítulo III

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

1.	La titularidad para realizar el control sobre el ejercicio del derecho de huelga en el Perú: análisis y perspectivas.....	138
1.1.	Imparcialidad y discrecionalidad del órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga	138
1.2.	Análisis sobre la Autoridad Administrativa de Trabajo como órgano calificador del ejercicio del derecho de huelga en el Perú.....	141
2.	El doble control de los servicios mínimos: necesaria reestructuración.....	144
2.1.	Propuestas sobre la pertinencia del control a la nómina de trabajadores y la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos	145
2.2.	Precisiones sobre el control de ilegalidad en relación a la garantía concreta del mantenimiento de los servicios mínimos.....	150
3.	Sobre las reglas para la determinación del ámbito objetivo de los servicios mínimos: cuestiones pendientes.....	152
3.1.	Precisiones en torno a la determinación por voluntad unilateral del empleador	152
3.2.	Precisiones en torno al alcance del acuerdo entre el empleador y los trabajadores u organización sindical sobre los servicios mínimos.....	156
3.3.	Precisiones en torno a la determinación sobre los servicios mínimos por decisión heterónoma (divergencia)	158

4.	Reglas sobre la determinación del ámbito subjetivo de los servicios mínimos: necesaria precisión.....	163
4.1	Reglas para evitar una interpretación desacertada del artículo 82 del TUO de la LRCT	163
4.2.	Criterios para confeccionar la nómina de trabajadores que cubran los servicios mínimos	166
5.	La potestad sancionadora del empleador ante las ausencias al trabajo por el ejercicio del derecho de huelga.....	176
6.	La potestad sancionadora del empleador ante el incumplimiento de los servicios mínimos	186
	Anotaciones finales	193
	Conclusiones	197
	Bibliografía	199
	Jurisprudencia	205
	Informes técnicos	213

Anexos

Anexo 1: “Formato obligatorio de comunicación de servicios mínimos”	219
Anexo 2: “Formato obligatorio de divergencia”	223
Anexo 3: “Formato obligatorio de resumen para determinación de servicios mínimos”	227

Lista de tablas

Tabla 1: Criterios para determinar el alcance de la controversia	26
Tabla 2: Autoridad Administrativa de Trabajo competente según alcance de la controversia.....	26
Tabla 3: Normatividad para la comunicación del ejercicio del derecho de huelga.....	29
Tabla 4: Condiciones y requisitos para la comunicación del ejercicio de derecho de huelga	31
Tabla 5: Ámbito objetivo de los servicios mínimos.....	63
Tabla 6: Posturas del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora del empleador	104
Tabla 7: Posturas del Poder Judicial sobre la potestad sancionadora del empleador	111
Tabla 8: Posturas del Tribunal Constitucional sobre la determinación subjetiva de los servicios mínimos en caso de huelga....	121
Tabla 9: Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato mayoritario.....	173
Tabla 10: Ejemplo de preparación de la nómina para los servicios mínimos: sindicato minoritario	175

Lista de figuras

Figura 1: Escenarios respecto a la efectividad y eficacia del derecho de petición.....	20
Figura 2: Número de huelgas comunicadas a la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019, según su calificación.....	28

Figura 3: Porcentaje de huelgas declaradas procedentes por la Dirección General de Trabajo durante el periodo 2014-2019	28
Figura 4: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2014.....	32
Figura 5: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2015.....	32
Figura 6: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2016.....	33
Figura 7: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2017.....	33
Figura 8: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2018.....	34
Figura 9: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, año 2019.....	34
Figura 10: Número de incumplimientos de condiciones y/o requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019	35
Figura 11: Número de incumplimientos de condiciones presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019.....	35
Figura 12: Número de incumplimientos de requisitos presentados en las comunicaciones de huelga declaradas improcedentes, periodo 2014-2019	37

Figura 13: Evolución del nivel de incumplimiento del requisito de la “nómina para servicios mínimos”, según resoluciones que declararon improcedencia de huelgas comunicadas, periodo 2014-2019.....	38
Figura 14: Línea de tiempo en el Expediente N° 2865-2010-PA/TC.....	106
Figura 15: Supuestos de ilegalidad vinculados a los servicios mínimos.....	151
Figura 16: Decisión de huelga: sindicato mayoritario.....	168
Figura 17: Decisión de huelga: sindicato minoritario.....	174

Este libro se terminó de imprimir
en setiembre de 2022 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Teléfono: (01) 242-2281
Lima, Perú

