

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



“ANÁLISIS DEL DERECHO DE HUELGA EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL”

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

AUTORA:

KATHERINE LOURDES LÓPEZ NÚÑEZ

ASESOR

Dr. MIGUEL FRANCISCO CANESSA MONTEJO

LIMA – PERÚ

2017

Resumen ejecutivo

En el presente trabajo se busca abordar el derecho de huelga a partir, en primer lugar, de su tratamiento como derecho fundamental y señalando su contenido esencial y, posteriormente, desarrollando brevemente los antecedentes históricos de la huelga en el Perú y el modelo normativo que nos rige. Asimismo, como parte de un marco teórico previo, señalaremos los principales aportes jurisprudenciales al derecho de huelga, así como sus principales limitaciones.

En una segunda parte, identificaremos ciertas diferencias del derecho de huelga en el Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en la Ley del Servicio Civil. Por otra parte, ubicaremos las principales limitaciones del ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos. Finalmente, en esta parte analizaremos el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil, foco de atención de nuestro trabajo.

Finalmente, este desarrollo, nos permitirá esbozar las principales propuestas del marco normativo del derecho de huelga en el sector público, precisando los supuestos que no están acorde con el contenido esencial del derecho de huelga. Asimismo, como complemento de esta normativa, nos permitiremos esbozar las respuestas a los requerimientos de la OIT.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. La huelga como derecho fundamental
2. Contenido esencial del derecho de huelga
3. Antecedentes históricos de la huelga en el Perú
4. Modelo normativo de huelga
5. Aportes jurisprudenciales al derecho de huelga
6. Limitaciones al derecho de huelga
 - 6.1. Límites internos
 - 6.2. Límites externos

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO

1. Regulación legal del derecho de huelga: LRCT y LSC
2. Limitaciones del ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos
3. El derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil: Análisis de la LSC y su reglamento
 - 3.1. Definición de huelga
 - 3.2. Comisión de apoyo del servicio civil
 - 3.3. Huelga atípica o irregular
 - 3.4. Requisitos para la declaratoria de huelga
 - 3.5. Servicios esenciales y servicios indispensables

CAPÍTULO III: PROPUESTAS DEL MARCO NORMATIVO DE LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO PERUANO

CONCLUSIONES

AGRADECIMIENTOS

A Dios y la Virgen María por la fe que me dieron para creer que podía terminar este proyecto cuando sentía que las fuerzas se me terminaban.

A mi esposo Andrés por su apoyo, compañía y comprensión en el tiempo dedicado a este proyecto.

Al profesor Miguel Canessa Montejo, por sus conocimientos, su confianza, su paciencia y su motivación, los cuales han sido fundamentales para la culminación de este trabajo.



DEDICATORIA

A mi mamá Sonia por sus palabras de aliento, por su fuerza, ánimos y apoyo incondicional, que sin ellos no podría haber logrado lo que en un inicio me parecía imposible.

A mi abuelita María, por sumarse siempre con su inmensurable amor, y por sus oraciones encomendadas a Dios y la Virgen, haciéndome sentir la fortaleza que necesitaba.



INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30057 del Servicio Civil y la expedición de su reglamento, Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, traen consigo significativas particularidades que las diferencian del régimen privado en relación a los derechos colectivos, en especial al derecho de huelga.

Dicha situación, nos permite advertir que las disposiciones legales que contempla dicha normativa, plantean ciertas características que nos hace pensar que podrían vulnerar el derecho de huelga al punto de convertirlo en inoperante. Más aún si dicha regulación ha merecido que los órganos de control de la Organización de Trabajo emitan observaciones al respecto.

A lo que debemos añadir que el derecho de huelga en la referida Ley del Servicio Civil ha sido regulado escasamente (en un artículo), dejando su completo desarrollo al reglamento, situación que no debemos pasar por desapercibida.

Ante esta situación, si bien este derecho debe conciliarse con el respeto de otros derechos fundamentales, la particularidad del mismo en el sector público es que su ejercicio necesariamente involucra un daño, tanto al empleador, a los mismos huelguistas, a la sociedad y al Estado en su conjunto.

Ante la constatación de dicha problemática, consideramos preciso abordar un tema de suma relevancia que permitiría a su vez evitar o remediar en gran forma los efectos del derecho de huelga. Nos referimos a la delimitación de su contenido esencial, cuyo tratamiento escaso e inadecuado inclusive por parte de la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, atrae aún más nuestro interés académico.

De esta manera, empezaremos este trabajo con el tratamiento de un marco teórico que nos permita encuadrar las principales nociones que rodean el derecho de huelga. Cumpliendo esta premisa tenemos que abordar el derecho de huelga como derecho fundamental, seguidamente del contenido esencial del derecho de huelga, siendo éste uno de los focos de atención de esta esta

primera parte, para luego intentar dar una definición del derecho de huelga que se ajuste a su contenido, seguidamente nos ocuparemos en señalar los principales antecedentes históricos de la huelga en el Perú, el modelo normativo que nos caracteriza, los principales aportes jurisprudenciales y finalmente señalar cuáles son sus principales limitaciones.

A continuación, en una segunda parte, nos detendremos a analizar su regulación legal en el Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en la referida Ley del Servicio Civil. A partir de este examen señalaremos las principales limitaciones del ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos. De este modo, entraremos al análisis del derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil y su reglamento, deteniéndonos en precisar la definición de huelga, seguidamente señalaremos las funciones del nuevo órgano creado por el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Continuando esta segunda sección, en este marco normativo, señalaremos cuáles son las huelgas consideradas atípicas, precisaremos los requisitos para la declaratoria de huelga y finalmente qué se entiende por servicios esenciales e indispensables. Con estos insumos, buscaremos responder si el derecho de huelga en el sector público se ha visto limitado al punto de volverlo inoperante, o si por el contrario dichas limitaciones se encuentran justificadas.

En la tercera parte de nuestro trabajo, estaremos listos para proponer un marco normativo del derecho de huelga en el sector público peruano, que esté acorde con el contenido esencial del derecho de huelga, atendiendo a las particularidades de los servicios que se prestan en el sector público.

De esta forma podremos atender los requerimientos de los órganos de control de la OIT.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Previamente al análisis del derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil, consideramos preciso introducir este trabajo con un desarrollo de ciertos aspectos que servirán para enmarcar la situación jurídica en la que el derecho de huelga se desarrolla, con la finalidad de establecer las directrices por las que debe regularse en la vigente Ley del Servicio Civil.

Para empezar, habría que referirnos al tratamiento del derecho de huelga como derecho fundamental. Seguidamente, se tendría que delimitar su contenido esencial, el cual será nuestro principal sustento para analizar en una segunda parte su tratamiento en la Ley del Servicio Civil.

De la misma forma, resulta necesario referirnos brevemente a los antecedentes históricos del derecho de huelga, su regulación en nuestra Constitución, el modelo normativo que nos rige, los aportes jurisprudenciales del mismo, y finalmente las limitaciones a las que se encuentra sometido.

Tratados estos puntos, estaremos en condiciones de analizar si el derecho de huelga en el sector público se encuentra válidamente regulado.

1. La huelga como Derecho Fundamental

Cierta y necesariamente todo intento de desarrollo del derecho de huelga debe empezar por conocer ante qué clase de derecho nos enfrentamos.

De esta manera, la doctrina latinoamericana habla de la interdependencia de las tres modalidades de acción colectiva y se fundamenta en el carácter «triangular» del Derecho Colectivo del Trabajo en el hecho de que «sindicato, negociación colectiva y huelga son los tres pilares básicos de esta disciplina, al extremo de que la falta o falla de cualquiera de ellos resiente y aún impide el funcionamiento de aquel. Por consiguiente, estos tres institutos deben existir necesariamente y además funcionar coordinadamente para que el Derecho Colectivo Laboral

cumpla adecuadamente su función de autotutela y actúe realmente como condición de vigencia real y efectiva del Derecho Individual del Trabajo. Se trata de tres manifestaciones inescindibles de la autonomía colectiva cuya expresión jurídica es la libertad sindical¹. (El Tribunal Constitucional comparte esta posición, de conformidad con lo señalado en la parte resolutive de la STC 008-2005-PI/TC)

De lo señalado, como vemos uno de los tres pilares del derecho colectivo, es el derecho de huelga, del cual nos ocuparemos en el presente trabajo.

En primer lugar, debemos señalar que el derecho de huelga cuenta con reconocimiento expreso como derecho humano por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el inciso d) del numeral del artículo 8°, sin embargo, los demás instrumentos de derecho humanos omiten mencionarlo directamente, aunque puede considerársele incluido en la libertad sindical proclamada por todos ellos².

En relación a los Convenios Colectivos, está comprendido tácitamente en la libertad sindical (artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo).

En cuanto a su reconocimiento constitucional, fue reconocida por primera vez en el artículo 55° de la Constitución de 1979, donde también se señala a las categorías de trabajadores excluidos (funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza y miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional).

Como podrá apreciarse, en nuestra Constitución vigente de 1993, reafirma su reconocimiento, toda vez que el artículo 28° señala que el Estado “reconoce”, el derecho de huelga – en forma conjunta con los derechos de sindicación y negociación colectiva- y cautela su ejercicio democrático, y ordena al Estado

¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Lima, 2010, p. 141.

² NEVES MUJICA, Javier. Derecho Colectivo del Trabajo, un panorama general. Primera Edición, setiembre del 2016, p. 53.

regular el derecho para que se ejerza en armonía con el interés social y señalar sus excepciones y limitaciones.

Añadiendo en su artículo 42°, en comparación a la Constitución de 1979, a la categoría de trabajadores excluidos a los jueces y fiscales. Sobre dichas limitaciones nos referiremos en líneas posteriores.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental, como señala Blancas Bustamante, este ha sido el resultado de un largo proceso histórico-social que se remonta a la revolución industrial y a las primeras luchas de los trabajadores para lograr el mejoramiento de sus, entonces, inicuas condiciones de trabajo (sic)³.

En virtud de lo señalado, la conceptualización del derecho de huelga ha ido cambiando conforme la evolución jurídica de la misma, la cual ha transitado por las fases de huelga-delito, huelga-libertad y huelga-derecho; es decir, por su consideración como un hecho socialmente dañoso, socialmente indiferente o socialmente útil⁴. Es así, que como señala el profesor Villavicencio⁵ en la actualidad nos encontramos frente a la constitucionalización generalizada de la huelga, lo que equivale a su consagración como derecho constitucional fundamental de máximo rango.

Dicho reconocimiento, refiere Blancas Bustamante, encuentra fundamento en el Estado Social de Derecho, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional español al señalar “Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado Social y Democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población, socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La Cláusula de estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales. Primera Edición. PUCP, Lima, 2011, p. 470.

⁴ Así lo clasifica Calamandrei, Piero citado por: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Huelga y servicios esenciales: Alcances, estándares internacionales y nueva afectación”. En: Trabajo y Seguridad Social: estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez, Lima: SPDTSS, Griley, 2008, p. 444.

⁵ Ibídem.

demostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado Social no puede excluir, pero a lo que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales (...)⁶

En este sentido, para el citado autor el Estado Social busca promover nuevos instrumentos jurídicos aptos para remover la desigualdad social efectiva, siendo uno de ellos, la huelga.

Pues bien, la huelga como derecho fundamental, se conjuga con otros derechos, como el derecho a la igualdad. Es decir, nace como un mecanismo de defensa en situaciones en las cuales el derecho a la igualdad puede verse afectado, como es el caso de las relaciones entre trabajador y empleador, donde el derecho de huelga aparece para equilibrar la fuerza económica existente entre dichas partes.

Coincidentemente, en países como España, el derecho de huelga es considerado un derecho fundamental, no sólo por su ubicación en el texto constitucional (en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, rubricada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), sino también, y, sobre todo, por los valores en que se asienta. Básicamente, los elementos inspiradores de los derechos humanos o fundamentales son, en esencia, la libertad y la igualdad, en cuyo desarrollo participan⁷.

Como podrá apreciarse, se considera que la igualdad material actúa como fundamento de los derechos humanos al tener aquéllos como finalidad “contribuir a un mejor uso de la libertad”. Tal igualdad material, conlleva a adoptar las medidas necesarias para alcanzar la igualdad efectiva, esta última es la igualdad por diferenciación, que introduce un trato normativo diferente para superar

⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos., ob. cit. p. 473.

⁷ EQUIPO DE INVESTIGACIÓN HI13 DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO. INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 22. La configuración constitucional del derecho de huelga: marco para una eventual regulación legal. España. Consulta: http://www.tiempodelosderechos.es/docs/nov11/numero_22.pdf

aquellas necesidades que representan un impedimento en el goce de los derechos fundamentales⁸.

En efecto, el derecho de huelga, aparece para lograr la igualdad material que se pretende en un Estado Social de Derecho, toda vez que como un instrumento de equilibrio, entre posiciones (empleador y trabajador), permite superar la desigualdad económica existente entre ambos colectivos y compensar de algún modo las debilidades del colectivo de asalariados en el ámbito del contrato de trabajo y, de modo más amplio, en el de las relaciones profesionales y sociales, por lo que se señala que “la huelga es un «contrapeso», que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual”⁹.

En ese orden de ideas, Ojeda Avilés señala que en el reparto de poderes dentro de una sociedad moderna volvemos a una trilogía en cuya cúspide encontramos al poder político, pero asistido del poder económico de los empresarios y del poder social de los trabajadores, ejercido este último sobre todo a través de un instrumento episódico y “recíproco”, la huelga. Y, es por ese carácter relativo de compensación – o de equilibrio de poderes – que señala que el constituyente español ha estimado necesario fortalecerla con una ubicación que no necesita el derecho de propiedad y de libre empresa¹⁰.

Ahora bien, para países como España, la huelga también debería considerarse como un derecho social, en el entendido que la huelga, se configura como un “poder”, como un “arma de lucha” para la consecución de la igualdad material y la participación de los trabajadores en el ámbito político y social, por lo que su proyección jurídico-política en un Estado social y democrático de Derecho, va más allá de ser un mero instrumento de presión a la contraparte en las relaciones entre particulares”. Lo que supone trasladar o extender la huelga del acotado ámbito privado al ámbito público y, por ende, dar cabida a huelgas cuyo

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Tercera edición, España: Tecnos, 2014, p. 238.

desencadenante se halla fuera del contrato laboral en sentido estricto (huelga política).¹¹

Sin embargo, respecto a las huelgas políticas, éstas son una modalidad considerada atípica por nuestro ordenamiento actual, pero que su admisión calza perfectamente con la naturaleza del derecho fundamental a la huelga, y con la definición establecida por la OIT. Dicha controversia, la veremos en el siguiente capítulo, al tratar las modalidades de huelga.

Como podrá advertirse en el caso de nuestra Constitución, ésta se limita a reconocer el derecho de huelga como un derecho fundamental, de modo que es el legislador a quien corresponde regular las condiciones de ejercicio, precisando que a la fecha no solo lo han hecho de una manera restrictiva, sino que, en el sector público, la han vuelto prácticamente inoperante.

Ahora bien, los órganos de control de la OIT, han señalado que el derecho de huelga es considerado como un derecho fundamental, no absoluto, por lo que, debe armonizarse con los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los empleadores¹². Sin embargo, países como el nuestro, en busca de dicha armonía, ha dictado leyes que restringen al máximo el derecho de huelga, más aún en el sector público, como lo iremos desarrollando en el presente trabajo.

En este sentido, los legisladores, han hecho caso omiso a los principios de dichos órganos de control, que sólo amparan las huelgas legítimas, es decir, las huelgas que se realicen de conformidad con la legislación nacional cuando ésta no menoscabe las garantías básicas del derecho de huelga. Sin embargo, dichas garantías no han sido respetadas, toda vez que nuestra normativa adolece de serias deficiencias que han sido observadas de manera reiterativa

¹¹ EQUIPO DE INVESTIGACIÓN HI13 DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO. INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 22. La configuración constitucional del derecho de huelga: marco para una eventual regulación legal. España. Consulta: http://www.tiempodelosderechos.es/docs/nov11/numero_22.pdf

¹² GERNIGON, Bernard y otros. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Revista Internacional del Trabajo, año 2000, p. 44. Puede verse también en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087989.pdf

por los órganos de control de la OIT (Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones).

En efecto, lo que se busca encontrar en el presente trabajo, es si dicha regulación en el caso del sector público está –o no- justificada. Para lo cual, se debe tener en cuenta que el Comité de Libertad Sindical, ha referido que “las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales”¹³.

De lo señalado, para evitar que el derecho de huelga se vea restringido, debemos tener en cuenta las razones por las cuales ha sido considerado como un derecho fundamental, y es justamente la igualdad material¹⁴ la que sirve de fundamento del derecho de huelga, toda vez aparece como un mecanismo que permite lograr la igualdad efectiva entre las partes, que una de las finalidades de un Estado Social de Derecho¹⁵, como el nuestro.

Ahora bien, este derecho fundamental ha sido definido de diferentes formas, por ejemplo, autores como Bilbao¹⁶, ha señalado que este es básicamente un medio de presión que los trabajadores pueden utilizar frente al empresario, público o privado, en defensa de sus intereses. Por eso De la Jara¹⁷ señala que se trata de un derecho “de” y “para” los trabajadores. Básicamente, los conceptos citados son los más recurrentes en nuestra doctrina.

¹³ GERNIGON, Bernard y otros, ob. cit., p. 44.

¹⁴ Una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio.

¹⁵ El Estado peruano, definido por la Constitución de 1993 (arts. 43° y 3°), asume las características básicas del Estado Social y democrático de Derecho.

¹⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a los particulares: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid, 1997, p. 659.

¹⁷ DE LA JARA, Ernesto. El Derecho de Huelga en el Perú: dos modelos normativos el debate. Primera Edición, 1986, p. 21.

De otro lado, autores como Hueck y Nipperdey¹⁸, señalan que “Huelga es la suspensión conjunta y sistemática del trabajo de un gran número de trabajadores dentro de una profesión o Empresa para un fin conflictivo, con la voluntad de continuar el trabajo tras la obtención de dicho fin o tras la extinción de la disputa”.

En cambio, para autores como Ojeda Avilés, el sentido de la huelga es “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, señalando además que con la huelga participan los trabajadores en las decisiones, obligan al poder político y al económico a contar con ellos¹⁹.

En virtud de estos dos últimos conceptos, vemos que difieren de nuestro modelo normativo, debido a que estaría aceptando modalidades atípicas de la huelga, en el concepto de Hueck y Nipperdey, la huelga de solidaridad, y en el de Ojeda Avilés, la huelga política.

En relación a la efectividad de la huelga, para Giugni, permite que la libertad de organización cuente con un instrumento de efectividad bastante potente, dado que el derecho de huelga permite la existencia y actuación de la organización sindical²⁰. Asimismo, para Ugaz, la huelga aparece como un instrumento de tutela tendiente a proteger los derechos e intereses de los trabajadores, además de ser una medida pública, que exterioriza el conflicto y que lo traslada a ámbitos distintos del centro de trabajo²¹.

En esta línea, De la Cueva sostiene que la huelga se presentó como el complemento de la democratización de la empresa, pues mediante ella y la

¹⁸ Hueck, Alfred & Nipperdey, H.C. Compendio de derecho del Trabajo. Traducción, presentación y notas de Derecho español por Rodríguez Piñero, Miguel y Luis Enrique de la Villa. Madrid: Revista de Derecho Privado. España, 1963, p, 408.

¹⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Tercera Edición, Tecnos, Madrid, 2014, p.

²⁰ Así lo entiende Giugni, Gino, citado por Gamonal Contreras, en: El Derecho de Huelga en La Constitución Chilena. Recuperado en abril de 2016, en <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n1/art05.pdf>.

²¹ UGAZ OLIVARES, Mauro. La Huelga en el Ordenamiento Laboral Peruano. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Primera Edición, Lima, 2013, p. 407

suspensión de labores, quedaron iguales las fuerzas para fijar las condiciones generales de trabajo²².

Por su parte, Ermida Uriarte refiere que la huelga tiene un carácter trivalente, ya que “es un medio de acción sindical o gremial, el principal de los conflictos colectivos de trabajo y, al mismo tiempo, uno de los medios de solución del conflicto colectivo”²³.

A partir de dichas definiciones, podemos sostener en términos generales que la huelga es considerada como una medida de presión, de carácter temporal, utilizada por los trabajadores con la finalidad de poder ejercer presión ante una solicitud denegada, que busca el mejoramiento de las condiciones de trabajo o la reivindicación de un derecho ganado y luego desconocido por el empleador.

En buena cuenta, las definiciones señaladas sobre el derecho de huelga son similares. Sin embargo, existen autores que tienen una posición contraria, por ejemplo, autores como Castello²⁴, señala que el derecho de huelga no se ejerce abusivamente cuando con él se procura realizar un daño, porque esa es casualmente la esencia del ejercicio de este derecho. La huelga, que, sin incurrir en hechos ilícitos, causa un daño mayor al empleador, no es una huelga abusiva sino una huelga eficiente. En cambio, Ojeda Avilés²⁵ refiere que este no es el objetivo principal, sino el sentarse a negociar un convenio o evitar una previa decisión del empresario que les inflinge un daño económico familiar.

Pues bien, a pesar que las finalidades de la huelga son opuestas, el resultado suele ser el mismo, toda vez que, para lograr negociar con el empleador, si se recurre a la huelga, en la mayoría de veces se termina causando un daño al empleador, el cual, de ser proporcionado, es permitido.

En nuestro medio, el profesor Boza señala que el derecho de huelga “es la medida de conflicto más utilizada por sindicatos”, y es “la que suele tener reconocimiento legal como derecho de los trabajadores, aunque con distinto

²² DE LA CUEVA, Mario. Derecho mexicano del trabajo. México, 1970, Editorial Porrúa, p.763.

²³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Apuntes sobre la huelga. Ed. FCU, Montevideo, 1983, p. 13.

²⁴ Castello Illione. Ob. Cit. p. 29.

²⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. Tecnos, Madrid, p. 238.

alcance, según el modelo adoptado, que en su versión tradicional y más generalizada se entiende como *la abstención o suspensión colectiva y concertada de labores*²⁶.

Vistos los diferentes conceptos del derecho de huelga, podemos extraer los siguientes elementos: a) la abstención del trabajo normal, b) la existencia de un grupo que se abstiene conjunta o simultáneamente, c) que se ha concertado previamente, d) para la defensa de un interés profesional colectivo²⁷.

Ahora bien, la definición de huelga y límites del derecho de huelga está en relación al tipo de modelo adoptado por cada país, sea dinámico o estático, como desarrollaremos en líneas posteriores. Sin embargo, debemos precisar que, en todas las definiciones, se debería respetar su contenido esencial²⁸.

Por su parte la definición de huelga realizada por los órganos de control de la OIT, han señalado que “el derecho de huelga es un corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”, el cual deriva del derecho de las organizaciones de trabajadores a aplicar sus propios programas de actividades para defender los intereses económicos y sociales de sus miembros. Sin embargo, el derecho de huelga no es un derecho absoluto y se considera que su ejercicio puede estar sujeto a ciertas condiciones o restricciones legales e incluso se puede prohibir en circunstancias excepcionales. (Convenio núm. 87, artículo 3, Estudio General, párrafo 151)²⁹

De esta manera, los órganos de la OIT han señalado que “el derecho de huelga es uno de los medios esenciales a disposición de los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales,

²⁶ Boza Pró, G. (Mayo de 2016). Posibilidades y límites del ejercicio del derecho de huelga en el Perú [diapositivas]. Lima, Perú: PUCP

²⁷ PEREZ DEL CASTILLO, S. El Derecho de Huelga, citado por Hugo Barreto Ghione. “Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y derecho”, p. 132.

²⁸ El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el Expediente Nº 1417-2005-AA/TC, establece las limitaciones a los derechos fundamentales que no se pueden vulnerar el contenido esencial de los mismos, al señalar “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.” (f. 21).

²⁹ Su contenido puede revisarse en el siguiente vínculo electrónico: <http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch5.htm>

es decir, no sólo los relativos al logro de mejores condiciones de trabajo y satisfacción de las reivindicaciones colectivas de origen profesional, sino también los relacionados con la búsqueda de soluciones para los problemas de política económica y social o de índole laboral que atañen directamente a los trabajadores” [OIT, *La libertad sindical*, OIT, Ginebra, 1988, p. 68].

En virtud de la definición señalada, ésta se ajusta a un modelo dinámico, toda vez que admite diversas modalidades de huelga. Sin embargo, en países como el nuestro las prohíbe, por lo que podemos afirmar que no se ajusta a la definición de huelga propuesta por los órganos de control de la OIT.

Vistos a grandes rasgos algunas cuestiones que justificarían porqué es considerado como un derecho fundamental, y algunas definiciones del derecho de huelga, iniciaremos el tratamiento de unos de los aspectos más relevantes del derecho de huelga, nos referimos a su contenido esencial, lo que nos permitirá justificar - o no - las limitaciones que tiene este derecho en el sector público, foco de atención del presente trabajo.

2. Contenido esencial del derecho de huelga

Reconocido el derecho de huelga como un derecho fundamental, el siguiente paso es trazar las fronteras de su contenido esencial de modo que establecemos el camino para señalar en el siguiente capítulo si la aplicación de la Ley del Servicio Civil afecta - o no- dicho contenido.

Cuando nos referimos al contenido esencial, estamos hablando de la barrera constitucional que el legislador debe respetar al momento de establecer las posibles limitaciones de los derechos, es decir, constituye un límite al poder de limitar los derechos, constituyendo la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar³⁰. En la doctrina se considera como el “límite de los límites de los derechos fundamentales”³¹.

³⁰Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. En: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

³¹NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares: La Buena Fe. Madrid, 2000, p. 130.

En este sentido, como señala Naranjo de la Cruz la existencia de un contenido esencial del derecho sólo tiene sentido si se presenta como límite a la actuación del legislador. Es por ello que puede utilizarse el contenido esencial por parte de la doctrina y jurisprudencia como una importante arma para la protección de algunos nuevos aspectos que, con la evolución dogmática, se consideren también parte del ámbito de protección del derecho. El contenido esencial no es, pues una magnitud imperturbable frente al paso del tiempo, pudiendo servir, así, para afrontar los nuevos problemas que, como consecuencia del mismo, puede surgir³².

Como podrá apreciarse, la importancia del contenido esencial radica en que a partir del mismo el legislador debe actuar. Por otro lado, compartimos la idea de Naranjo de la Cruz cuando señala que, el contenido esencial no es imperturbable con el paso del tiempo, toda vez que consideramos que puede ser alterado si más adelante, frente a él, surge nuevas situaciones que afrontar.

Pues bien, además de la importancia del contenido esencial, también debemos considerar lo señalado en la doctrina respecto a las teorías que han surgido frente a dicho contenido. Para algunos, como Nogueira Alcalá, existen tres teorías: la relativa, la absoluta, y la mixta; para otros como Naranjo de la Cruz, existen solo dos: la relativa y la absoluta.

Respecto a la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad³³. La ponderación y el principio de proporcionalidad sirven fundamentalmente de base a esta teoría³⁴.

Naranjo de la Cruz añade que, a favor de la teoría relativa, a diferencia de la teoría absoluta, no protege sólo lo que se encuentra dentro del núcleo duro, sino al derecho en toda su extensión frente a limitaciones injustificadas. Por lo que

³² *Ibidem*, pp. 130-131.

³³ Nogueira Alcalá, Humberto. *Ob. Cit.*

³⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Ob. cit.* p. 140.

señala que esta teoría conduce a un mejor equilibrio entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la generalidad³⁵.

De otro lado, Naranjo Cruz también refiere, que la teoría relativa llevaría en sí misma el peligro de permitir que se quede en nada el contenido esencial del derecho ante la urgencia más elevada del fin que se le opone. Añade, que la teoría relativa que, en vez de conducir, respecto a cada derecho fundamental, a la determinación de su contenido esencial, como ordena el precepto que lo recoge, se habla más bien, con el recurso en todo caso al principio de proporcionalidad para su fijación, del contenido esencial de los derechos fundamentales. Se descuida así lo que de específico de cada derecho tiene aquel contenido esencial³⁶.

Básicamente, para ambos autores la teoría relativa señala que el contenido esencial es el resultado que se obtiene luego de la ponderación con otros derechos fundamentales. Una de sus ventajas es el equilibrio al que se llega en relación a otros derechos, sin embargo, su desventaja es que, en la búsqueda de dicho equilibrio, se deja de lado la esencia del cada derecho fundamental.

En relación a la teoría absoluta, Nogueira Alcalá citando a Lucas Verdú, señala que el contenido y núcleo esencial del derecho circunscriben el intervencionismo legislativo de los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado³⁷. Para Naranjo de la Cruz, bajo esta teoría, el contenido esencial no resulta así de la interrelación entre diversos bienes constitucionalmente protegidos, sino únicamente de una minuciosa búsqueda de lo que es la esencia del derecho limitado³⁸.

Naranjo de la Cruz añade que, bajo esta teoría, el contenido esencial de un derecho fundamental no tendría nada que ver, por lo tanto, con el principio de proporcionalidad; sin embargo, el contenido esencial no dejaría de desarrollar una importante función en la resolución de los casos de colisión de bienes y

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ídem*, pp. 141-142.

³⁷ LUCAS Verdú, Pablo, citado por Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. En: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

³⁸ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Ob. cit.* p. 142.

derechos constitucionales, señalando que éstos habrían de ser resueltos de forma que aquél permaneciera garantizado en cada derecho fundamental³⁹. Asimismo, precisa que la simple admisión del contenido esencial, entendido en forma absoluta como barrera frente a la actividad estatal, no garantiza a los derechos fundamentales la defensa en los términos que la Constitución establece al reconocer la vinculación a ellos de los poderes públicos en toda su extensión; más bien, sería admitida toda intervención estatal en el derecho, con tal que no afecte al contenido esencial⁴⁰.

En virtud de lo señalado, la teoría absoluta refiere que el contenido esencial no es el resultado de la ponderación con otros derechos fundamentales, sino por el contrario es el que se defiende cuando entra en colisión con esos derechos, toda vez que para esta teoría el contenido esencial es el límite que debe ser respetado por el legislador, es la esencia del derecho fundamental.

Ahora bien, respecto a la teoría mixta, es reconocida por Nogueira Alcalá, quien señala que ésta considera dos aspectos, los *aspectos relativos* referidos a la propia delimitación del contenido esencial del derecho que tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados, y los *aspectos absolutos*, que señalan que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional⁴¹.

Pues bien, según el citado autor la teoría mixta es la que describe cómo debe regularse un derecho fundamental, es decir, respetando su núcleo duro (teoría absoluta), sin dejar de respetar otros derechos fundamentales (teoría relativa). Sin embargo, esta teoría como su nombre lo dice, se limita a mezclar las teorías absoluta y relativa, más no define lo que en esencia debemos entender por el contenido esencial.

En este sentido, compartimos lo señalado por un tercer autor, Joaquín Rodríguez-Toubes⁴², quien señala que es la teoría absoluta la que orienta hacia

³⁹ Ídem, p. 143.

⁴⁰ Ídem, p. 146.

⁴¹ Ibídem.

⁴² RODRÍGUEZ-TOUBES Muñiz, Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2000, p. 176.

una formulación reglada de los derechos fundamentales, y es la que más se adapta a la expresión lingüística “contenido esencial” escogida por el legislador, que equivale en el lenguaje ordinario a contenido básico o elemental, y alude por tanto a ese corazón o núcleo al que se refiere la teoría absoluta.

Pues bien, para respetar el contenido esencial, y su relación con otros derechos fundamentales, es necesario trazar fronteras entre ellos, para lo cual adoptamos la clasificación formulada por Rodríguez Toubes que distingue tres niveles en el contenido de un derecho fundamental: el contenido constitucional posible, el contenido constitucional vigente y el contenido esencial:

“El contenido constitucional posible viene a ser el “contenido total” del derecho tal como aparece configurado en la Constitución. Es el ámbito protegido por el derecho dado sus límites intraconstitucionales (...). El contenido constitucional vigente es el contenido prima facie válido (esto es, jurídicamente vinculante) del derecho tal como resulta de su configuración autorizada basada en la Constitución. Es el ámbito protegido por el derecho dado sus límites extraconstitucionales, (...). Es el contenido “final” o “acabado” del derecho (prima facie) (...). Primero: aunque para establecer el contraste con los límites “intraconstitucionales” característicos del contenido posible, denomino límites “extraconstitucionales” a los que delimitan el contenido vigente, en realidad no son ajenos a la Constitución, sino que, muy al contrario, se basan en ella o al menos deben hacerlo. Son normalmente, aunque no siempre, límites “postconstitucionales”, posteriores a la Constitución. Segundo: que el contenido constitucional vigente es válido sólo prima facie significa que no debe confundirse con el contenido definitivo o concluyente del derecho (no es “final” en este sentido). Su validez es provisional en tanto que no tenga lugar una delimitación autorizada ulterior que dé nueva forma a ese contenido final. Cabe hablar de contenido vigente de un derecho fundamental en tanto que última configuración válida y por esa razón plenamente vinculante y excluyente mientras no haya una modificación lícita (o lícitamente convalidada, (...)), Tercero: ninguna de las dos versiones distinguidas en el contenido constitucional es equiparable al “contenido esencial” del derecho. Éste es todavía una tercera versión del contenido constitucional, la cual está en relación con las otras dos, pero ni se identifica con ellas ni se trata de una fase intermedia en la sucesión temporal que las conecta. El contenido esencial es una parte del contenido

constitucional posible y suele ser más reducido que el contenido constitucional vigente, por lo que gráficamente ocuparía un lugar incluido en ambos; pero puede ser visto y representado también como una parte desgajada del contenido posible que incide en la interpretación constitucional y en la delimitación del contenido vigente” (subrayado es nuestro)⁴³.

Lo señalado por Rodríguez-Toubes describe con precisión las diferentes capas del contenido constitucional de un derecho fundamental. Por ejemplo, en caso del derecho de huelga, se podría describir de la siguiente manera.

El contenido constitucionalmente posible del derecho de huelga es el concepto que se le formula. Por ejemplo, en nuestra Constitución, el derecho de huelga está reconocido como derecho fundamental en el inciso 3) del artículo 28° (Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social), sin embargo, no está definido, por lo que, en ese sentido, podemos definir el derecho de huelga como “uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”⁴⁴. Este concepto traza los límites “intraconstitucionales” del contenido del derecho, quedando excluidos aquellos que no forman parte de aquel. Lo señalado podemos graficarlo como una circunferencia dibujada por el concepto del derecho, lo externo queda fuera del contenido y lo interno es el contenido constitucional posible del derecho fundamental.

El contenido constitucionalmente vigente es la forma jurídica como se encuentra recogido el derecho de huelga por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la huelga se encuentra definida en el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, artículo 79°, señalando que “La huelga es la interrupción continua y colectiva del trabajo, adoptada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria de manera pacífica por los servidores civiles, con abandono del centro de trabajo (...)”. Esa forma jurídica no tiene que ser coincidente con el contenido constitucionalmente posible porque puede limitarlo o restringirlo, pero no prohibirlo.

⁴³ RODRÍGUEZ-TOUBES Muñiz, Joaquín. Ob. Cit. p.154-155.

⁴⁴ Gernigon, B., Otero, A., & Guido, H. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 11.

Pues bien, en relación a este contenido vigente, dado que su validez es provisional, lo señalado por Hugo Barreto⁴⁵ se ajusta a dicho contenido, cuando señala que las definiciones del derecho de huelga, son contingentes, históricas y variables, señalando que la investigación sobre la huelga requiere de la formulación de un problema y de discernir con claridad que vamos trabajar sobre un concepto empírico (conductas de resistencia al poder) y no un concepto teórico; toda vez que la huelga es un “derecho vivo”, de ejercicio espontáneo y múltiple, esencialmente variable por las circunstancias temporales y tecnológicas⁴⁶. Lo que significa que es la parte del contenido del derecho fundamental que se puede modificar.

Ciertamente, el legislador al regular el derecho de huelga puede condicionar algún elemento del concepto sin que esto afecte su constitucionalidad. En el caso de la Ley del Servir, entre otros requisitos, exige que los representantes de los servidores civiles notifiquen a la entidad pública sobre el derecho huelga con una anticipación no menor a quince (15) días calendario. Esta limitación válida ha reducido el perímetro de la circunferencia trazada por el concepto del derecho. En este sentido, el rol del juez constitucional es fundamental porque define si la limitación o restricción resulta válida, para ello recurre a *la definición del contenido esencial del derecho fundamental*. Si la restricción o limitación afecta el contenido esencial se le considera inválida.

De otro lado, como lo señala el profesor Canessa Montejo, aunque nuestra Constitución no recoge expresamente el término contenido esencial como si lo hace la Ley Fundamental alemán o la Constitución española, el juez constitucional peruano lo ha incorporado como doctrina jurisprudencial para establecer la inconstitucionalidad de una norma de rango legal. Así lo define el Tribunal Constitucional⁴⁷:

[...]este Tribunal ha de señalar que cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido de que el Juez de los derechos

⁴⁵ Hugo Barreto Ghione. “Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y derecho”, p. 133. En: Revista [electrónica] de Derecho Social Latinoamérica. N° 2-2016, Editorial Bomarzo S.L.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ CANESSA MONTEJO, Miguel. La Constitucionalidad de la ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT), febrero 2017, p. 5.

fundamentales no pueda o se encuentra imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia. (Expediente N° 1100-2000-AA/TC, fundamento 2)

En nuestro ejemplo el *contenido esencial del derecho de huelga* es lo indisponible, su limitación lo desvirtúa. Para nuestro gráfico es el núcleo al interior de las dos circunferencias.

Sin perjuicio de lo anotado, en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 11/1981, de fecha ocho de abril de 1981, señala dos caminos para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial⁴⁸.

El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, o al modo de ser concebido según las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces; y en general los especialistas en derecho, se determina que: “Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”⁴⁹.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (...). De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (...).

En suma, existen dos vías para identificar el llamado contenido esencial, las cuales se complementan, desde una perspectiva genérica, se debe entender que el contenido esencial se considera formado por todas aquellas facultades

⁴⁸ Naranjo de la Cruz, Rafael. Ob.cit., p. 148

⁴⁹ Sentencia 11/1981. España. En: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/11>

que lo hacen reconocible, esto es, por todas aquellas cualidades intrínsecas o esenciales sin las cuales el derecho deja de ser –queda desnaturalizado- y se convierte en otro distinto.

Ciertamente, como señala Naranjo de la Cruz, ambos métodos de determinación del contenido esencial prescinden de la relación que toda restricción del derecho establece entre éste y el bien o derecho que la justifica. Es así que claramente, el TC español se acerca en principio a la teoría absoluta⁵⁰.

Pues bien, en relación al contenido esencial del derecho de huelga el TC señala en la sentencia 11/1981 que “Siendo el contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad, y es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga, es que en base a dos puntos de vista, “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir (...)”.

Luego señala que “Dicha afirmación no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo puedan resultar abusivas, como es posible que remita este juicio en determinados casos a los tribunales de justicia, sin perjuicio de que, como es obvio, el ejercicio de la potestad legislativa quede en tales casos sujetos al control de este Tribunal a través de la vía de inconstitucionalidad y las decisiones de los tribunales de justicia quedan sujetas al recurso de amparo por tratarse de un derecho fundamental”⁵¹.

Como puede apreciarse, el TC español refiere que el derecho de huelga ha quedado definido como la “cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir”. Sin embargo, luego precisa que no excluye, a juicio del Tribunal español, que el legislador pueda considerar algunas de estas modalidades ilícitas o abusivas⁵².

⁵⁰ Naranjo de la Cruz, Rafael. Ob.cit., pp. 149-150

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BILBAO UBILLOS, Juan María. Ob. Cit., p. 663.

En esta línea, Naranjo de la Cruz, señala que el TC español, al tratar de definir el contenido esencial del derecho de huelga, confundió éste con una definición abstracta del derecho, que, como tal, comprendería muchas más manifestaciones de las que propiamente pueden considerarse ilimitables. Asimismo, señala que la rigidez de una definición del contenido esencial en estos términos no hace, pues, sino otorgar argumentos de los defensores de su comprensión relativa, ante la necesidad perceptible de flexibilizar lo que por aquél se ha entendido⁵³.

En este orden de ideas, la dificultad de delimitar el contenido esencial de un derecho, en este caso el de la huelga dio como resultado la contradicción del TC español. Es por ello que hasta el momento la tesis que más cercana para delimitar el contenido de un derecho fundamental, es la señalada por Rodríguez-Toubes, al desarrollar el contenido constitucional posible, el contenido constitucional vigente y el contenido esencial.

En tal orden de ideas, compartimos lo que concluye Naranjo de la Cruz, cuando señala que “no existe una definición genérica del contenido esencial válida para todos los derechos” y que “el contenido esencial de un derecho no puede ser definido de una vez por todas, sino que está sujeto a evolución”⁵⁴.

Ahora bien, en el caso de la legislación peruana, la Constitución no aclara el sentido del contenido esencial del derecho de huelga, sin embargo, este se encontraría presente en lo señalado por los órganos de control de la OIT; toda vez que el contenido esencial de los derechos, expreso o tácito, está constituido por el tratamiento que la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados y vigentes efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino por el contrario, operan como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, es decir se aplica el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos, complementado con el principio “favor homine”⁵⁵, según el cual las normas que

⁵³ Naranjo de la Cruz, Rafael. Ob.cit., pp. 155-156.

⁵⁴ Ídem, pp. 156-157.

⁵⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. En: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos.

Además, Boza⁵⁶ precisa que dado que ninguno de los órganos de control del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo ejerce jurisdicción ni sus decisiones tienen carácter vinculante, la aplicación del “principio pro persona” o “principio favor homine” antes referido, cobra importancia, en tanto según dicho principio las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos.

En efecto, el núcleo esencial de los derechos es determinado por el poder constituyente originario y los enriquecimientos y potencializaciones realizados por el poder constituyente derivado y los tratados internacionales que contengan normativas sobre derechos, los cuales se encuentren ratificados por cada país⁵⁷.

Pues bien, el Tribunal Constitucional al señalar cuáles son las garantías del contenido esencial del derecho de huelga, éstas se remiten a la Constitución y la ley. Es aquí donde cobra importancia lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que señala “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En esa misma línea tenemos el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el que añade que los derechos constitucionales se interpretan también de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En este sentido, recurrimos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁵⁸, al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos,

⁵⁶ BOZA PRÓ, Guillermo. Ob. Cit. p. 343.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ En su Artículo 8°.1.: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) c) “el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos” y; d) “El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Sociales y Culturales⁵⁹ y a la Carta de Organización de los Estados Americanos⁶⁰, que regulan el derecho de huelga de manera genérica.

Ciertamente, como el profesor Boza Pró señala que a pesar que no existen tratados específicos, convenios internacionales de trabajo, sin embargo, la huelga al ser una manifestación esencial de la libertad sindical, su reconocimiento está implícito en la normativa internacional de trabajo⁶¹.

De otro lado, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también asume y declara la vinculación entre el derecho de asociación y el derecho de huelga tomando como referentes los Convenios de la OIT y la interpretación llevada a cabo por el Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁶².

En este orden de ideas, recurrimos a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en este caso a los Convenios 87 (Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación), Convenio 98 (Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), y Convenio 151 (Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En el caso del derecho de huelga, el contenido esencial encontraría sustento no solo en el artículo 28.3° de la Constitución Política del Perú y en la jurisprudencia sino también en lo señalado por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, respecto de los Convenios que el Perú ha ratificado, y a pesar que sus decisiones no

⁵⁹ Artículo 8°1.b: Los Estados Partes garantizarán: (...) b) El derecho a la huelga.

⁶⁰ Artículo 45°c.: Los Estados miembros “conviene en dedicar sus máximos esfuerzos, a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: (...) c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (...).

⁶¹ BOZA PRÓ, Guillermo. La protección Constitucional de la Libertad Sindical. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006. En: Trabajo y seguridad social: estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Griley, Lima, 2008, p. 342.

⁶² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. La Huelga en el Derecho Internacional y la Protección Multinivel. Madrid, p. 31. En: <https://issuu.com/tirantloblanch/docs/11e625825de838da84691fcb4a79ec0d>.

tienen carácter vinculante, resulta de aplicación el principio “favor homine” señalado líneas anteriores.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial del derecho de huelga, se encuentra consagrado en el artículo 28º, inciso 3), de la Constitución: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”. (Fundamento 14 de la STC N°00026-2007-PI/TC).

Asimismo, el Tribunal Constitucional conceptualiza la huelga como “la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo (...)”. (fundamento 40 de la STC N°008-2005-PI/TC)

De una lectura conjunta de la Constitución (Art. 28.3) y de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT que forman parte del bloque de constitucionalidad, debería llevar al Tribunal Constitucional a identificar el *principio básico* que rige el derecho de huelga en el país, que ya lo habíamos mencionado al definir el derecho de huelga cuando nos referimos al contenido constitucionalmente posible, es decir, considerarlo como “uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 1996, párrafos 473-475)”. Este principio identificado por el CLS da forma al contenido esencial del derecho de huelga, por lo que ninguna disposición normativa puede afectarlo.

Y sobre la base de este principio, reconocer que la huelga es un derecho y no simplemente un hecho social. Siendo cuatro los elementos que derivan de este principio básico⁶³.

⁶³ Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 11.

El primer elemento, deja claro de que se trata de un derecho del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones). El segundo, que se ha adoptado un criterio restrictivo al delimitar las categorías de trabajadores que pueden ser privadas de este derecho y respecto de las limitaciones legales a su ejercicio, que no deben ser excesivas. El tercero, se ha vinculado el ejercicio de derecho de huelga a la finalidad de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (excluye las huelgas puramente políticas, y sobre la huelga de solidaridad no puede ser objeto de una prohibición absoluta). Y finalmente, el cuarto, se ha considerado que el correcto ejercicio del derecho de huelga no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo, que implicarían actos de discriminación antisindical.⁶⁴

En efecto, los elementos señalados deberían ser adecuados o incorporados a lo que el Tribunal Constitucional ha señalado como las garantías o facultades del contenido esencial del derecho de huelga, las cuales se encuentran establecidas en el fundamento 15 de la antes citada STC N.º 00026-2007-PI/TC y en el fundamento 197 de la Sentencia del 26 de abril de 2016 (Caso Ley del Servicio Civil), las cuales son: “i) Ejercitar o no ejercer el derecho de huelga; ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercer el atributo de su posterior desconvocatoria; iii) Establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga. iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley. v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado” (sic).

En resumen, el principio básico y los elementos que se desprenden del mismo, establecidos por el Comité de Libertad Sindical de la OIT dan forma al contenido esencial del derecho de huelga que deben ser tomados en cuenta en nuestro ordenamiento nacional, por lo que ninguna disposición normativa podría afectarlo. A su vez se convierten en los parámetros jurídicos con los que debemos confrontarlos con lo regulado en la Ley del Servicio Civil sobre el derecho de huelga.

⁶⁴ Ibidem.

De la misma manera a dicho contenido esencial, deben añadirse ciertos requisitos y condiciones de ejercicio del derecho de huelga que el Comité de Libertad Sindical ha considerado aceptables, en base a las quejas relativas al derecho de huelga que representan un quince por ciento de los casos⁶⁵.

El primer requisito, está referido a la obligación de dar un preaviso. El segundo, es la obligación de recurrir a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje (voluntario) en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de la huelga, en la medida en que sean adecuados, imparciales y rápidos, y que las partes puedan participar en cada etapa. El tercero, es la obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una mayoría. El cuarto, la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga. El quinto, la adopción de medidas para respetar los reglamentos de seguridad y para la prevención de accidentes. El sexto, el mantenimiento de un servicio mínimo en determinados casos. El sétimo, la garantía de la libertad de trabajo de los no huelguistas.

A estos requisitos, se unen los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical (CLS), que se deberán tomar en cuenta al momento de contrastarlos con nuestra normativa, en este caso con la Ley del Servicio Civil, con la finalidad de saber si dicha normativa encaja dentro del contenido esencial del derecho de huelga, para lo cual señalaremos los que consideramos los más resaltantes⁶⁶:

En cuanto a su definición, ha señalado que “El derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos, sociales o profesionales” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafos 520 – 522).

En suma, el CLS ha señalado que “Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas

⁶⁵ GERNIGON, Bernard y otros. Ob.cit., p. 26.

⁶⁶ Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf.

de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 526).

En definitiva, el CLS refiere que no todas las modalidades de huelga están prohibidas, salvo las huelgas puramente políticas o ciertas huelgas de solidaridad, las cuales desarrollaremos en líneas posteriores.

Respecto a los obstáculos que pueden poner en peligro el ejercicio del derecho de huelga, el CLS ha señalado que “Los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal”(Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 548).

Sin embargo, dada la regulación de la huelga, ello no se está respetando, toda vez que, de una lectura de los requisitos para la declaratoria de huelga contemplados en la Ley del Servir, de los cuales no ocuparemos en el siguiente capítulo, vemos que son igual o más restrictivos que los que establece la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual ha merecido numerosas observaciones de dicho Comité.

De otro lado, el CLS señala que “El arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 564).

Asimismo, señala que “En la medida en que el arbitraje obligatorio impide el ejercicio de la huelga, dicho arbitraje atenta contra el derecho de las

organizaciones sindicales a organizar libremente sus actividades, y sólo podría justificarse en el marco de la función pública o de los servicios esenciales en el sentido estricto del término” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 565).

Siendo así, el carácter excepcional del arbitraje obligatorio en el marco de la OIT se produce bajo cinco supuestos: 1) en los servicios esenciales; 2) en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; 3) en negociaciones prologadas e infructuosas, sin que pueda superarse por las propias partes; 4) en la primera negociación colectiva; 5) en una crisis aguda nacional o local. Restando un pronunciamiento expreso sobre el supuesto de la mala fe de una de las partes en la negociación colectiva⁶⁷.

En caso del arbitraje potestativo, el CLS señala que ésta es una modalidad del arbitraje obligatorio. En la Ley del Servicio Civil, el arbitraje potestativo, se encuentra regulado en su artículo 74°, en la que señala que *“de no llegarse a un acuerdo en la etapa de conciliación, cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un procedimiento arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo los trabajadores decidan irse a la huelga una vez agotadas la etapa de conciliación”*. Lo cual originaría que los empleadores impidan que se ejercite la huelga, toda vez que difícilmente dejen de hacer uso de dicho arbitraje y optar por la huelga, obligando a la otra parte a someterse a él, dejando de ser excepcional. Por lo que dicha facultad debería quedar reservada sólo a los trabajadores, siendo los únicos que tengan la opción de escoger entre el arbitraje potestativo o hacer uso de su derecho a la huelga.

De lo señalado, el arbitraje potestativo en la Ley del Servicio Civil, no estaría respetando lo señalado por el CLS apoya los procedimientos de arbitrajes voluntarios, y no los obligatorios, más aun, cuando ponga en peligro el ejercicio del derecho de huelga. (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 549).

Y si bien en el sector público, el CLS ha señalado lo siguiente “El Comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de

⁶⁷ CANESSA MONTEJO, Miguel. El Arbitraje Laboral en La Negociación Colectiva Peruana: Luces y Sombras; p. 5.

prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias. (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 573). Sin embargo, no significa que dichas restricciones hagan que en la práctica la huelga sea casi imposible de ejercerla.

Asimismo, el CLS señaló que “En cuanto a la índole de las «garantías apropiadas» en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 596). Pero como hemos señalado, la Ley del Servicio Civil, no está respetando esas garantías apropiadas, como el referido arbitraje potestativo, y otras limitaciones que seguiremos precisando en líneas posteriores.

A manera de conclusión sobre los pronunciamientos del CLS que se deben respetar, como señala Nogueira son básicamente los siguientes: “a) la huelga es un derecho y no un simple acto social, b) la huelga es un derecho limitado, en tanto su concepto está vinculado al objetivo de defensa pacífica de los intereses de los trabajadores y de los Sindicatos, de ahí que aunque incluye supuestos de expresión por el Sindicato de su opinión sobre cuestiones generales conectadas con los intereses de los afiliados o trabajadores, no protege la huelga estrictamente política no conectada con dichos intereses, y que la huelga de solidaridad se haga depender de esa misma conexión con intereses propios, c) una prohibición general del derecho de huelga resulta contraria al Convenio 87 salvo situaciones de emergencia, de carácter temporal y siempre que la limitación sea proporcional, d) existe una variedad de formas de huelga y no se pueden restringir si el cese es pacífico, por lo que no cubre piquetes u ocupaciones de local no pacíficas, o supuestos en que el resultado sea similar a la huelga, paralizando la actividad empresarial, pero en los que no hay cese, e) necesidad de servicios mínimos, cuyo objetivo es proteger de modo

proporcionado los intereses generales y los derechos de terceros, en los servicios esenciales determinados por los intereses protegidos, f) la sustitución de trabajadores huelguistas de crisis nacional aguda, g) el ejercicio legítimo de este derecho no puede generar sanciones de ninguna clase, siendo necesario garantizar una protección adecuada contra el despido de los dirigentes sindicales y huelguistas en las huelgas legales para evitar discriminaciones sindicales, aunque las extralimitaciones de este ejercicio sí pueden ocasionarlas, pero deben ser proporcionales a la gravedad de las violaciones, h) se han aceptado como compatibles con este derecho determinados condicionantes a su ejercicio tales como el preaviso, sistemas previos de solución de conflictos, exigencias de mayorías en su convocatorias, etc.”⁶⁸.

En virtud de lo señalado, habiendo delimitado el contenido esencial del derecho de huelga, y teniendo en cuenta lo señalado por los órganos de control de la OIT, ello deberá ser tomado en cuenta al momento de analizar las normas infracosntitucionales, en este caso la Ley del Servicio Civil⁶⁹ (en adelante LSC), el Reglamento de la Ley del Servicio Civil (RLSC) y en forma supletoria la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), para luego determinar si existen justificaciones válidas a las restricciones de nuestro actual ordenamiento jurídico, más aun tratándose de servicios públicos.

Hasta aquí hemos tratado de dirigir nuestro estudio hacia una formulación del contenido esencial del derecho de huelga. Seguidamente, para ubicar este derecho en el tiempo y conocer su desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico, las siguientes líneas apuntarán a señalar sus antecedentes históricos.

3. Antecedentes históricos de la huelga en el Perú

Como antecedentes históricos, el derecho de huelga se manifiesta en la época de la reivindicación obrera por la jornada de ocho horas, son los obreros portuarios quienes tras una huelga que paralizó al Callao, consiguen dicha limitación en el año 1913, año en el que el presidente Billinghurst dicta la primera

⁶⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op.cit. p. 19

⁶⁹ Ley N° 30057 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

norma reguladora de la huelga con el Decreto Supremo de 24 de enero de 1913⁷⁰.

Posteriormente, durante el Oncenio de Leguía se dictó el Decreto Supremo de 12 de mayo de 1920, complementado por la Ley N° 4774 que prohibió la huelga en el transporte y los servicios públicos.

Pues bien, como señala el profesor Canessa ambas normas consideraban a las huelgas y a las suspensiones de trabajo que se producían y mantenían en forma estrictamente pacífica, ajenas a todo acto de imposición o ataques violentos⁷¹.

Años después, la Constitución de 1979 reconoció expresamente el derecho a la huelga y lo elevó al máximo nivel de la pirámide normativa, toda vez que lo reconoció como derecho constitucional, posteriormente en julio de 1992, se dictó Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo-Decreto Ley 25593 y se reglamentó el mismo año, a través del Decreto Supremo 011-92-TR, sin embargo, autores como Villavicencio⁷² señalan que dicha norma “fue considerada como una de las expresiones más acabadas del modelo tradicional latinoamericano de regulación de las relaciones colectivas de trabajo, ratificando sus rasgos autoritario, reglamentarista, controlista y restrictivo”.

A favor de esta apreciación, el artículo 68 del referido Decreto Ley, señalaba que “Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de, cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, *el Poder Ejecutivo podrá intervenir ordenando mediante Resolución Suprema fundamentada la inmediata reanudación de las labores*, sin perjuicio de promover el arreglo directo u otras formas de solución pacífica. De fracasar éstas el Ministerio de Trabajo resolverá en forma definitiva” (cursiva y subrayado es nuestro). Otro ejemplo era el artículo 73° literal b) que señalaba: “Para la declaración de huelga se requiere (...) b) *Que la decisión sea adoptada por más de la mitad de los trabajadores a los que comprende, reunidos en*

⁷⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. La Huelga en Iberoamérica. Lima: AELE, 1996, p. 199.

⁷¹ CANESSA MONTEJO, Miguel. Maestría Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Material de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, PUCP, Virtual.

⁷² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. En: <http://posgrado.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/09/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PER%C3%A9-2010-FINAL.pdf>

asamblea y mediante votación universal, individual, directa y secreta” (cursiva es nuestra).

Finalmente, la vigente Constitución de 1993, reitera y reafirma el reconocimiento del derecho de huelga como un derecho constitucional. Por lo que consideramos dedicar las siguientes líneas a señalar algunas precisiones.

Pues bien, el derecho de huelga se encuentra previsto en el inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, que dispone que: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático. (...) 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

Ahora bien, el artículo 42° de la Constitución regula el derecho de huelga de los trabajadores del sector público al señalar: “Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. Asimismo, el artículo 153° refiere también que: “Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga”.

Siendo así, los artículos de la Constitución, al regular de manera separada el derecho de huelga, en lugar de hacerlo en sólo artículo, marca la diferencia entre el sector público y privado.

Básicamente, en términos genéricos, el reconocimiento de derecho de huelga como derecho constitucional significa otorgarle una protección especial, principalmente a través de las garantías constitucionales, para que dicho derecho se ejerza en armonía con el Estado y pueda ejercerse sin trabas y eficazmente⁷³.

En virtud de lo señalado, el principal problema que presenta el concepto de derecho de huelga, regulado en el artículo 28° de la Constitución, es su amplitud,

⁷³ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. La huelga en la Constitución de 1993. En Revista *Asesoría Laboral*. Enero 1994, p. 31

la que podría justificar una intervención abusiva del Estado, que perjudique el ejercicio del derecho de huelga⁷⁴.

Ahora bien, como veremos más adelante, el concepto de huelga establecido en la Constitución ha ocasionado que este derecho se regule de manera muy restrictiva. En este sentido, como refiere Ugaz, “hubiera sido deseable que la Constitución realice los esfuerzos necesarios para delinear los aspectos más resaltantes del derecho y, con ello, evitar una regulación que lo desnaturalice”⁷⁵.

Ciertamente, como señala Ugaz, la desnaturalización a la que se refiere es porque las normas infraconstitucionales, no están reguladas conforme lo han establecido los órganos de control de la OIT, esto significa que no ha respetado el contenido esencial del derecho de huelga, es decir el principio básico que lo rige y los elementos que de él se derivan, como lo hemos establecido en líneas anteriores. Esto quiere decir, que el artículo 28° de la Constitución al no establecer los aspectos más importantes de este derecho, regulándola de manera muy genérica, ha dado cabida al legislador a emitir leyes que no lo respetan.

En ese orden de ideas, en el marco de nuestra Constitución, a pesar de su reconocimiento como derecho, y la dación del Decreto Ley N° 25593, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) presentó sus objeciones sobre lo regulado en el tema de la huelga, entre ellas señaló que la lista de servicios esenciales incluye servicios que no lo son en sentido estricto, permitiendo que su interpretación limite el derecho de huelga.

Es así que, en el marco de los pronunciamientos de la OIT, el Congreso aprobó en el 2003 la Ley N° 27912, que modificó el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, subsanando algunas observaciones realizadas por la OIT, referidas principalmente a la sindicalización y negociación colectiva, en cambio en relación a la huelga no se realizó grandes cambios.

En este sentido, se refirió a la intervención directa del Gobierno ante el caso de una huelga que se prolongue excesivamente en el tiempo, reemplazándolo por

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Ob.cit.* p. 415.

la promoción directa desde la autoridad de trabajo, refiriendo que sólo ante su fracaso el Gobierno resuelve el conflicto definitivamente. Por lo que el referido artículo 68° del Decreto Ley N° 25593 quedó redactado de la siguiente forma: “Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o, de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, *la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto*. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva.” (La cursiva es nuestra).

Otro de los pocos cambios, fue en relación a uno de los requisitos para la declaratoria de huelga, referido a la exigencia de que la decisión sea adoptada por más de la mitad de los trabajadores comprendidos, reemplazándolo por señalar que la decisión sea adoptada en la forma que determinen sus estatutos o que representen la mayoría de los trabajadores comprendido en su ámbito, que no necesariamente tenían que ser más de la mitad de trabajadores. Por lo que el referido artículo 73.b quedó redactado de la siguiente forma: “Para la declaración de huelga se requiere (...) b) Que *la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito*”. (La cursiva es nuestra).

Hasta aquí, como hemos visto, nuestro ordenamiento en el ámbito privado no ha respetado el contenido esencial del derecho de huelga, únicamente ha subsanado algunas de las observaciones de la OIT.

De otro lado, en el ámbito público, la regulación de este derecho presenta características propias en relación al ámbito privado, especialmente con el nuevo escenario normativo como veremos en el desarrollo del presente trabajo, al referimos a la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057 y su reglamento.

Asimismo, a partir de la regulación del derecho de huelga en la Constitución, resulta necesario señalar cuál ha sido el modelo normativo del derecho de huelga que hemos adoptado.

4. Modelo Normativo de huelga

En esta parte de nuestro trabajo presentaremos los modelos normativos del derecho de huelga, asimismo, señalaremos cuál de ellos respeta su contenido esencial, y luego cuál es el modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, y cómo ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia.

Como señala De la Jara, la doctrina ha definido básicamente dos modelos normativos de huelga: el modelo “laboral”, también denominado modelo “contractual” o “estático”, y el modelo “polivalente” o “dinámico”, el autor señala que en el modelo laboral, se establecen fundamentalmente “límites internos” “o intrínsecos”, lo cuales restringen el derecho de huelga a su mínima expresión, por derivarse ellos de una concepción restrictiva, estática y cerrada, por lo que se llega a decir que responden a la intención de desconocer y anular en la práctica el derecho de huelga. En cambio, en el modelo polivalente o dinámico, se busca restringir y limitar lo menos posible el derecho de huelga, para ello desconoce todo tipo de límites internos y solo se oponen al derecho de huelga límites externos, entendidos como los derivados de enfrentamiento entre el interés tutelado y garantizado por otro derecho⁷⁶.

Al respecto, de acuerdo al contenido esencial del derecho de huelga, el cual está referido al principio básico y a los elementos que se desprende del mismo, señalados por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, expuestos en el líneas anteriores, el modelo estático al cual De La Jara hace referencia violaría dicho contenido esencial, toda vez que prohíbe las diferentes modalidades de huelga sin mayor justificación, a diferencia del modelo polivalente o dinámico, que de acuerdo a su definición sí las permite, razón por la cual mientras cumplan su finalidad si se ajustaría a uno de los elementos del contenido esencial.

Por su parte Boza Pró⁷⁷, señala que es posible encontrar diferentes regulaciones o modelos normativos, es así que se refiere que según su finalidad tenemos tres modelos, i) el modelo contractual, que concibe a la huelga como instrumento de presión en la negociación colectiva (modelo anglo-germano); ii) el modelo

⁷⁶ DE LA JARA, Ernesto. Ob.cit. p. 202

⁷⁷ BOZA PRÓ, Guillermo. Posibilidades y límites del ejercicio del derecho de huelga en el Perú. Ponencia presentada en el IV Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social [diapositivas]. Lima, Perú: PUCP, 2016.

laboral, donde la huelga constituye un mecanismo de autodefensa colectiva de las relaciones de trabajo, y no sólo de presión para la regulación de las condiciones de trabajo (permitiría las huelgas de solidaridad) y iii) el modelo polivalente, concibe a la huelga como un instrumento de autotutela de la clase trabajadora en todos los ámbitos de la vida social y no sólo en el ámbito de las relaciones de trabajo⁷⁸.

Para Blancas Bustamante un modelo de huelga polivalente o erga omnes, terminaría por aceptar que el fenómeno huelguístico trasciende las fronteras de la empresa e, incluso, de los sectores económicos, para proyectarse sobre la totalidad de las relaciones sociales, económicas e incluso políticas de la sociedad⁷⁹.

Sin embargo, del concepto de derecho de huelga en nuestro país, el cual es utilizado por la jurisprudencia peruana, señala que “consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica-sin violencia sobre las personas o bienes-y con abandono del centro de trabajo” (STC Exp. N 06053-2009-PA/TC), en consecuencia, es una clara definición de un modelo normativo estático.

Sin embargo, para Boza Pró, en nuestro país no existe un modelo normativo del derecho de huelga claramente definido, señalando que “desde una perspectiva infraconstitucional, hay una apuesta clara, desde su finalidad, por un modelo laboral, y desde la modalidad de huelga que puede adoptarse, por un modelo tradicional o estático, no obstante, en sede constitucional, existen ciertas claves (aunque algo confusas todavía), que apuntan en cierta medida a un modelo polivalente”⁸⁰.

⁷⁸ Dicha clasificación, la podemos equiparar a lo señalado por Ojeda Avilés, quien refiere que la huelga se puede condensar en tres modelos normativos. 1. Modelo contractual (se reconoce el derecho de huelga sólo para la negociación del convenio colectivo), 2. Modelo profesional (amplía el ámbito del derecho a las cuestiones profesionales de los trabajadores, aunque no tengan que ver con el convenio). 3. Modelo polivalente (permite utilizar la huelga para las reivindicaciones y defensas frente a otros poderes distintos del económico empresarial, señaladamente el político y el administrativo) En: Compendio de Derecho Sindical, ob.cit.,p. 236.

⁷⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit. p. 474

⁸⁰ Cfr. BOZA PRÓ. La protección Constitucional de la Libertad Sindical. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006. En:

De lo expuesto, en el caso peruano se advierte claramente que de las normas actuales se desprende un modelo restrictivo o estático, y como señala Boza Pró, se considera ilegales los supuestos de huelga polivalente, ello lo advertimos de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento, sin embargo, para el autor, desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, parecería que adopta otro modelo, por lo que concluye que en el Perú no hay modelo normativo de huelga definido⁸¹.

Según Cortés Carcelén el artículo 28° de la Constitución del Perú no adopta un modelo normativo de huelga, por lo que el legislador podría adoptar un modelo laboral o un modelo polivalente o multidimensional. Asimismo, agrega que se excluye el modelo contractual, refiriendo que el modelo peruano más se acerca a un modelo tipo laboral⁸².

Al respecto, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, a través de sus sentencias puede brindar los alcances sobre el tipo de modelo normativo de huelga que adopta el Perú, el cual sería válido hasta que no emita otra sentencia que difiera de la anterior. Sin embargo, como señala Boza, el TC al emitir una sentencia que incluye doctrina española, citando a Álvarez Conde, se estableció indicios que nos haría pensar que estamos ante un modelo polivalente al señalar que se debe entender por derecho de huelga a la “ (...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores” (párrafo cuarto del fundamento 40 de la STC 008-2005-PI/TC). O que “(...) los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus

Trabajo y seguridad social: estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Griley, Lima, 2008, pp. 344-347.

⁸¹ Para Boza Pró la sentencia recaída en el expediente N°008-2005-PI/TC (párrafos cuarto y quinto del fundamento N° 40) da indicios que el TC está a favor de una concepción moderna o polivalente de la huelga, asimismo, refiere que siguiendo la lógica del TC, debería permitirse la adopción de las modalidades hoy prohibidas, o de presumirlas ilícitas, permitir a los trabajadores demostrar la proporcionalidad de la medida.

⁸² CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. Ob. Cit. p. 32.

empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales” (párrafo quinto del fundamento 40 de la STC 008-2005-PI/TC). Es decir, son conceptos que se ajustan al contenido esencial del derecho de huelga.

No obstante, de una lectura en conjunto de la referida sentencia, el TC define la huelga como la “(...) suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo” (párrafo primero de STC 008-2005-PI/TC). Con dicha definición de por medio, estaría restringiendo la apertura de un modelo dinámico, toda vez que dicho concepto prohíbe las diferentes modalidades de huelga al señalar “con abandono del centro de trabajo”.

Lo deseable sería que la definición que establece el TC esté acorde con la doctrina que cita, no como la sentencia referida, que representa a las dos modalidades al mismo tiempo, lo que no permite establecer con certeza que el TC establece un modelo polivalente.

Según los conceptos establecidos en las leyes infraconstitucionales (Ley del Servicio Civil y Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), como veremos más adelante, el modelo normativo de huelga adoptado por el Perú es claramente el estático o restrictivo.

No obstante, compartimos lo señalado por De la Jara, que señala que el modelo polivalente resulta más adecuado en un contexto en el que se pretenda dar a las partes la posibilidad de resolver por sí mismas sus conflictos, pues de esta forma se procurarán los elementos suficientes para lograr tal fin. De no ser así, la parte de los trabajadores no podrá contar a cabalidad y con efectividad con el instrumento de presión necesario, lo cual es fundamental cuando de discusión de intereses contrapuestos se trata.

Asimismo, como lo habíamos señalado, el modelo polivalente es el que se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga, es así que para complementar el

concepto de derecho de huelga y modelo normativo adoptado por nuestro país, resulta necesario hacer mención a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

5. Aportes jurisprudenciales al derecho de huelga

El Tribunal Constitucional (TC), mediante diversas sentencias, se ha pronunciado sobre aspectos referidos al derecho de huelga que debemos tener presente, empezando por su reconocimiento constitucional, su definición, su ejercicio, límites, entre otros aspectos.

Es así que, el derecho a la huelga constituye un derecho de segunda generación⁸³, a través del cual los trabajadores materializan su disconformidad ante las condiciones de trabajo, remuneraciones y las demás condiciones concernientes a las relaciones entre empleadores y trabajadores⁸⁴. Asimismo, su ejercicio presupone la suspensión colectiva del trabajo acordada de forma mayoritaria y realizada de forma voluntaria y pacífica por los trabajadores⁸⁵.

Como lo habíamos señalado en líneas anteriores, el derecho de huelga ha sido abordado y definido por el Tribunal Constitucional (TC) principalmente en el Expediente N° 008-2005-PI, donde señaló que “este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La Ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación

⁸³ Al respecto, debe recordarse que se ha señalado lo artificial de esta denominación, en razón que los derechos humanos lo son con independencia de su naturaleza política, civil o económica: los derechos humanos interdependientes, y no es posible concebir el derecho a la libre expresión, de naturaleza civil, sin la existencia del derecho a la actividad sindical; y no es posible tampoco concebir el derecho de asociación (que nadie negaría hoy) sin el derecho a constituir sindicatos. Lo antes expuesto fue señalado por Barretto, G. H., Ermida, U. O., En: Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Lima, 2006, OIT.

⁸⁴ Son derechos de contenido social para procurar las mejores condiciones de vida. Se encuentran incorporados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del cual es firmante nuestro país, ratificado por Decreto Ley N° 22129 el 28 de marzo de 1978. En el caso del derecho de huelga, éste se encuentra consagrado en el artículo 8°: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

⁸⁵ Tendencias de Jurisprudencia Laboral. Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, Tomo 87, marzo 2015, p. 332.

transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica-sin violencia sobre las personas o bienes-y con abandono del centro de trabajo.

Para el TC por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, al cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por ley”. (Expediente N° 008-2005-PI, fundamento 40)

Sin embargo, dichas definiciones pertenecen al modelo estático del derecho de huelga, toda vez que prohíbe ciertas modalidades de huelga, consideradas como huelgas atípicas, las cuales desarrollaremos en líneas posteriores. En consecuencia, no se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga, es decir al principio y sus elementos establecidos en la segunda parte del presente capítulo.

Reafirmando lo antes señalado, en la sentencia referida, citando al constitucionalista español Álvarez Conde, señala que la huelga supone una “(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores” (párrafo 4). Lo que faculta a los trabajadores a “desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar algún tipo de mejora de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio económicas o laborales” (párrafo 5).

Asimismo, esta sentencia, en el fundamento 40, señala que “La huelga es un derecho humano” (párrafo 9), “Su falta de regulación no puede esgrimirse como un impedimento para su ejercicio efectivo” (párrafo 10). De lo señalado, el derecho de huelga se consagraría como una norma autoaplicativa, es decir, que no sería necesario un desarrollo normativo para poder aplicarla.

Al respecto, Boza⁸⁶ refiere que se tendría que aplicar el principio pro persona (“las normas que protegen los derechos de los individuos deben recibir siempre la interpretación que más favorece a estos”), asimismo, acudir para su interpretación, a los tratados sobre la materia ratificados por nuestro país (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, Art. V del Título Preliminar del

⁸⁶ BOZA PRÓ, Guillermo. La protección Constitucional de la Libertad Sindical, Ob. Cit., p. 342.

Código Procesal Constitucional). Esto nos lleva al Convenio 87 de la OIT y a su interpretación realizada por los órganos de control de dicha organización (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR -, y el Comité de Libertad Sindical - CLS).

Asimismo, la sentencia referida (Expediente N° 008-2005-PI, fundamento 41), señala que la huelga debe considerar “la existencia de *proporcionalidad* y *carácter recíproco* de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto”.

Boza refiere que, en este caso, el Tribunal Constitucional (TC) recoge la teoría de la correlatividad de los sacrificios, es decir, debe existir un correlato o proporcionalidad entre el daño que se busca infligir al empleador y lo que se busca obtener con la medida de fuerza. Por lo que señala, que esta teoría da sustento a posiciones que entienden que, si la medida de fuerza es “proporcional” o “equilibrada”, entonces no interesa la modalidad de huelga utilizada por los trabajadores. En caso contrario sería abusiva, por desproporcionada.

Sin embargo, como señala Boza, esta no es tarea fácil, en tanto será una tarea difícil ponderar el equilibrio o proporcionalidad exigidos de la medida, por lo que podría quedar finalmente al arbitrio del intérprete⁸⁷.

De cualquier forma, Boza refiere que, siguiendo la lógica del razonamiento expresado por el TC, debería permitirse la adopción de las modalidades actualmente prohibidas por el artículo 81° de la LRCT, siempre que las mismas no resulten desproporcionadas en el caso concreto, o mínimo siguiendo a la jurisprudencia constitucional española, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida⁸⁸.

Sin embargo, de lo señalado por el TC, la mayor parte de modalidades estaría prohibida, toda vez que al señalar por ejemplo que sea con abandono del centro de trabajo, elimina modalidades como la paralización escalonada por horas de zonas o secciones neurálgicas de la entidad, trabajo desgano, a ritmo lento o a

⁸⁷ Ídem, p. 346

⁸⁸ Ídem, p. 347.

reglamento, reducción deliberada del rendimiento, toda ellas consideradas huelgas atípicas según el artículo 81° del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, como desarrollaremos en las siguientes líneas.

En consecuencia, lo señalado por Boza es lo deseable, es decir, que el TC nos hubiera dado indicios de que nos encontramos ante un modelo dinámico, pero de las sentencias referidas, empezando por la definición del derecho de huelga, ya nos está diciendo claramente que estamos ante un modelo estático, que prohíbe cualquier modalidad de huelga que no sea con abandono del centro de trabajo.

Por otro lado, la sentencia referida es que a la fecha nos ha dado mayores alcances sobre el derecho de huelga adicionales a los que establece nuestra Constitución, los cuales son una base para futuros cuestionamientos, aunque hubiera sido deseable que defina claramente el modelo normativo por el cual se inclina, para evitar diferentes interpretaciones, que como hemos visto para autores como Boza pareciera que lo interpreta en sentido contrario a la normatividad infraconstitucional, es decir, da matices de que pueda haberse referido a un modelo flexible o polivalente, y no a un modelo clásico o restrictivo, sin embargo como la misma sentencia lo señala, establece claras limitaciones.

Además de dicha sentencia, el TC ha tenido otros pronunciamientos relacionados al derecho de huelga, que debemos tomar en cuenta. Es así que, ha señalado que el derecho de huelga “comporta el respeto de los derechos de los terceros, en particular del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribire, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos”. Esta sentencia en particular, establece que se debe proceder a la identificación individual de los infractores para establecer las sanciones correspondientes. (Expediente N° 3311-2005-PA/TC).

Por ejemplo, es el caso de los piquetes de huelga, no están prohibidos si son pacíficos, pero es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas, actos que en muchos países son castigados por la ley penal.

(Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 651).

Así como los piquetes pacíficos, el ejercicio del derecho de huelga debe respetar el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma. (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 652).

En defensa del carácter pacífico de los piquetes de huelga y el derecho de la dirección de la empresa, en nuestro ordenamiento laboral, se considera falta grave contemplada en el literal f) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR: *“(...) haber incurrido en actos de extrema violencia, grave indisciplina y toma de instalaciones dentro del centro de trabajo”*.

Por otro lado, el TC ha señalado que la declaratoria de ilegalidad de la huelga no supone la reanudación automática de los trabajadores, sino que es necesario que los trabajadores sean notificados, siendo a partir de dicha fecha que correrá el cómputo del plazo para considerar esos días como faltas injustificadas. En consecuencia, no pueden considerarse como falta los días de paralización, aunque haya sido declarada ilegal la medida de fuerza, si los trabajadores comunicaron debidamente la huelga. Por lo que, ante esta situación, el despido de trabajadores sería nulo por antisindical (Expedientes Nos 02865-2010-PA/TC y 02714-2010-PA/TC). Lo señalado por el TC debe ser tomado en cuenta por la Comisión del Servicio Civil, en caso del sector público, y el Ministerio de Trabajo en caso del sector privado, al momento de calificar la huelga.

Asimismo, el TC consideró que al haberse considerado a la educación básica como servicio esencial ello no afecta el derecho de huelga de los profesores, al señalar que “el artículo 3° de la Ley N° 29062, se encuentra conforme a lo establecido por la Ley N° 28988, que declara expresamente a la educación básica regular como servicio público esencial. Sin embargo, de ello no se deriva una situación que comprometa ilegítimamente el derecho de huelga, pues esta calificación como servicio público esencial no afecta los derechos

constitucionales, ni los reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales a los trabajadores”. (Fundamento 29, Expediente N° 00025-2007-PI/TC)

Sin embargo, lo resuelto por el TC en dicha sentencia resulta contrario a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, quienes han señalado que el sector educación no constituye un servicio esencial (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 587), sino únicamente se ha limitado el ejercicio del derecho de huelga en el caso de los directores y subdirectores que pueden ser objeto de restricciones o incluso de prohibiciones (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 588). Asimismo, el CLS ha precisado que incluso las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza no justifican su prohibición (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 590).

En cuanto al reconocimiento internacional del derecho de huelga, el TC ha señalado que “debemos considerar que el Perú ha ratificado el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 (Convenio OIT N° 87) y el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 (Convenio OIT N.º 98), los cuales forman parte del derecho nacional (artículo 55º de la Constitución), y constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que la Constitución reconoce (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución)” (Fundamento 30, Expediente N° 00025-2007-PI/TC). A partir de dicha sentencia, el concepto de contenido esencial del derecho de huelga que hemos venido defendiendo, tendría sustento en lo que el propio TC ha reconocido.

En cuanto al derecho de huelga y los servicios públicos esenciales, el TC ha señalado que “el establecimiento de servicios mínimos en el caso de huelga sólo debería ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto del término 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, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales". (Fundamento 30, Expediente N° 00025-2007-PI/TC). Al respecto, lo precisado por el TC está acorde con lo señalado por el Comité de Libertad Sindical. (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 606).

Sin embargo, como veremos en el siguiente capítulo, los servicios públicos en la Ley del Servicio Civil, son regulados por igual, sin dar un tratamiento diferente para cada caso en particular, es decir, están regulados de tal forma que da a entender como si todos los servicios públicos fueran servicios esenciales, cuando no lo son, según lo señalado en la sentencia referida y los órganos de control de la OIT.

Habiéndose señalado los principales aportes de la jurisprudencia en materia de huelga, corresponde señalar las principales limitaciones que tiene este derecho.

6. Limitaciones al derecho de huelga

En primer lugar, es preciso señalar que los límites del derecho de huelga se aplican según el modelo normativo de huelga que se haya adoptado, sea el modelo estático o el modelo dinámico, éste último solo se refiere a límites externos del derecho de huelga, en cambio en el modelo estático, además de los límites externos, también se reconoce a los límites internos, los cuales derivan de la propia definición de huelga que se haya planteado en un determinado ordenamiento, aquello que no coincida con la definición no será considerado como huelga⁸⁹.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha optado por el reconocimiento del ejercicio de la huelga con carácter general, admitiendo solamente como posibles excepciones las que pudiera imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos y a los trabajadores de los servicios esenciales en el

⁸⁹ UGAZ OLIVARES, Mauro. La huelga en el ordenamiento laboral peruano. En: Revista de la SPDTSS. Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Lima, 2013, p. 421.

sentido estricto del término. Y evidentemente admite la prohibición de la huelga en situaciones de crisis nacional aguda⁹⁰.

Sin embargo, es preciso señalar que nuestro ordenamiento admite los dos tipos de límites, internos y externos. Para el profesor Neves cuando se refiere a los límites al derecho de huelga, entiende por límites externos aquellos surgidos de la confrontación con otros derechos de carácter también fundamental o constitucional, en cambio por límites internos, se admite a los límites derivados del propio concepto, es decir, aquello que no coincida con la definición no será considerado como huelga⁹¹.

6.1. Límites internos

Empezaremos con los límites internos, para Giugni éstos “han sido deducidos por la doctrina y jurisprudencia mediante una definición apriorística de aquella y una serie de añadidos, como son la referencia a la relación de trabajo subordinado, la exigencia de “totalidad” en la abstención del trabajo, la temporalidad, los sujetos titulares de su ejercicio, la identificación entre sujeto pasivo del derecho (empresario) con el sujeto destinatario de la acción de presión, la restricción de ciertas modalidades de huelga”⁹².

Asimismo, podemos decir que cuando se hable de límites internos podemos referirnos a una doble exclusión: la subjetiva y la objetiva. Para reconocer los límites subjetivos deberíamos preguntarnos si son todos los trabajadores, o solo algunos, los que tienen reconocido el derecho; y para el caso de los límites objetivos, cuáles son los requisitos constitucionales o legales a que está condicionado.⁹³

En relación a los límites subjetivos, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública sólo

⁹⁰ GERNIGON, Bernard y otros. Ob.cit., p. 20.

⁹¹ NEVES MUJICA, Javier. Derecho Colectivo del Trabajo. Un panorama general. Palestra Editores, Lima 2016, p. 59.

⁹² Citado por GONZÁLEZ NIEVES, Orlando. Aspectos jurídicos de la huelga. Un estudio Integrador de los conflictos colectivos en los sectores privado y público. Primera Edición, Editorial Libertad E.I.R.L., Trujillo, 1991, p. 375.

⁹³ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit., p. 384.

en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 574).

Asimismo, ha precisado que “una definición demasiado detallada del concepto de funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores. La prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 575).

Según lo señalado por el CLS, los límites subjetivos estarían en relación a la titularidad del derecho de huelga. Por ejemplo, en nuestra legislación, el artículo 42° de la Constitución peruana excluye a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, así como a los funcionarios de Estado con poder de decisión y a los que desempeñan cargos de confianza o de dirección.

Adicionalmente, el artículo 153° de la Constitución ordena que los jueces y fiscales están prohibidos de declararse en huelga. Para Arce, la prohibición última señalada, ha de aplicarse sólo a quienes ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, lo que significa por ejemplo que el personal administrativo del Poder Judicial tiene el derecho de declararse en huelga⁹⁴.

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical ha optado por el reconocimiento del ejercicio de la huelga con carácter general, admitiendo solamente como posibles excepciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos y a los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término⁹⁵.

Al respecto, recordemos que el Convenio 87 ha señalado que el derecho a la libertad sindical, y por ende el derecho de huelga, la consagra para todos los trabajadores sin ninguna distinción. Por lo que las únicas categorías excluidas

⁹⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. Cit., p. 385.

⁹⁵ Gernigon, B., Otero, A., & Guido, H. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 15.

deberían ser los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional, tal como lo permite los artículos 9° del Convenio 87 de la OIT y el 42° de la Constitución Política del Perú.

En cambio, no deberían estar excluidos los jueces y fiscales, en la medida que como señala Villavicencio⁹⁶, van más allá de la norma internacional, lo que genera que nuestras normas constitucionales tengan regulaciones contradictorias respecto esta categoría.

Como señala el citado autor, se debe tener presente que según los artículos 26° y 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, los Estados deben cumplir de buena fe los instrumentos internacionales que ratifican, sin poder recurrir a sus normas internas para justificar su inobservancia, y porque las reglas de interpretación de los derechos (principio pro persona) conducen a darles la máxima amplitud y la mínima restricción, y llevan a preferir la norma más favorable. Asimismo, se hace referencia a la Observación N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, de Naciones Unidas sobre la aplicación interna del Pacto que establece “cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante una alternativa de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento del mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última”⁹⁷.

En consecuencia, dado el marco internacional, si optamos por darle la interpretación más favorable a esta clase de funcionarios públicos, existen justificaciones para amparar el derecho de huelga de los jueces y fiscales, por lo que el artículo 153° de la Constitución debería estar regulado siguiendo los lineamientos de la OIT. Sin embargo, nuestra Constitución los excluye expresamente, por lo que tendría que modificarse el citado artículo de la Constitución.

Junto a dicha modificación, debería establecerse los límites de los servicios mínimos que tendrían que garantizar el equilibrio entre el derecho a la tutela

⁹⁶ VILLAVICENCIO RÍOS. Alfredo. Ob. Cit. p. 98

⁹⁷ *Ibidem*.

judicial de los ciudadanos, la independencia y objetividad exigida a Jueces y Fiscales y el derecho de huelga como medio de defensa de los intereses profesionales.

Por otro lado, los órganos de control de la OIT han considerado que, cuando no se concede a los funcionarios públicos el derecho de huelga, deberían disfrutar de garantías adecuadas para proteger sus intereses, como por ejemplo procedimientos de conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos en los que las partes puedan participar en todas las etapas, y en los que las decisiones arbitrales sean obligatorias para ambas partes y se apliquen plena y prontamente⁹⁸.

Asimismo, como refiere la OIT, al abordar el derecho de huelga de los funcionarios públicos, éste varía de país a país, en relación a lo que se entienda en sentido estricto por “funcionario público”. Sin embargo, según se desprende de los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, son funcionarios públicos, a fines de su posible exclusión del ejercicio de la huelga, aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado (OIT, 1996, párrafo 534).

En relación a lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la clasificación de los servidores civiles señalados en el artículo 2° de la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, se encuentra el “funcionario público”, el que ha sido definido como aquel “representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas”. De lo señalado, podemos decir que, de su definición, este servidor se encontraría dentro de las exclusiones del derecho de huelga, lo cual lo ampliaremos en el siguiente capítulo.

En cuanto a los límites objetivos, el CLS ha señalado que “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse (...) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”

⁹⁸ Gernigon, B., Otero, A., & Guido, H, ob. Cit, pp. 17-18.

(Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 576)

En nuestra normativa (artículo 72° y 81° de la LRCT) estarían dados por la definición de la huelga que señala entre algunas de sus características “suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente”, realizada “en forma voluntaria y pacífica”, “con abandono del centro de trabajo” y donde “no están amparadas las modalidades irregulares” o atípicas de la huelga.

Respecto a las modalidades de huelga, como señala Blancas, la resistencia de los ordenamientos jurídicos a las modalidades atípicas de la huelga se sustenta, en la aplicación a esta de algunos principios o criterios generales como la buena fe, el deber de subordinación y colaboración, el daño injusto o el abuso del derecho, para objetar la licitud de las modalidades atípicas de aquellas⁹⁹. Sin embargo, como hemos señalado, las modalidades consideradas atípicas, provienen de un modelo polivalente el cual está acorde con el contenido esencial del derecho de huelga que defendemos, únicamente sería defendible su ilicitud si dejaran de ser pacíficas.

Lo señalado está acorde con lo establecido por el Comité de Libertad Sindical: “En cuanto a modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro), se consideró que tales limitaciones solo se justifican en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” [Informe 260, caso 997, 999 y 1029, párrafo 39].

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico también se define a la huelga como una suspensión de labores de carácter perfecto, porque suspende la obligación del trabajador de prestar el servicio, así como la del empleador de remunerar la labor¹⁰⁰. Teniendo en cuenta que los días no trabajados por huelga legales serán

⁹⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit. p. 477.

¹⁰⁰ Siendo un límite objetivo el no pago de sus remuneraciones, es posible pactar con el empleador la recuperación de horas dejadas de trabajar a cambio de que se les pague por los días de huelga, como es el caso de algunas instituciones públicas como el Poder Judicial.

tomados en cuenta como de trabajo efectivo para el cómputo de la CTS y de vacaciones¹⁰¹.

Por otro lado, de acuerdo al literal a) del artículo 73° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, si la huelga no persigue la defensa de intereses profesionales o socioeconómicos estará prohibida, es decir, prohíbe las huelgas con fines puramente políticos.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, ha señalado que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que “engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social”.¹⁰²

En ese sentido, el Comité estimó que “la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical”¹⁰³

Por otro lado, otro de los requisitos formales que señala nuestra normativa en el artículo 65° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, está referido a la comunicación de huelga al empleador y a la Autoridad de Trabajo, señalando que debe notificarse a la Autoridad de Trabajo y al empleador con cinco días de anticipación como mínimo o diez en el caso de trabajadores que cumplirán el servicio mínimo en caso de huelgas en servicios esenciales; asimismo, se debe acompañar una copia del acta de votación, así como una declaración jurada de los organizadores de la huelga de que la decisión de la medida de fuerza fue acordada por la mitad más uno de los trabajadores, y también debe especificarse el ámbito de la huelga, el motivo su duración y el día y hora de inicio. En el caso de la ley del servicio civil, dichos requisitos los veremos en el siguiente capítulo.

¹⁰¹ ARCE ORTIZ, Elmer. Límites internos y externos al derecho de huelga. Ob.cit. p. 386.

¹⁰² GERNIGON, Bernard y otros. Ob.cit., p. 14.

¹⁰³ Ídem.

Sobre el preaviso mínimo, como refiere Cassagne, constituye una típica medida de prevención de la huelga tendiente a evitar los paros sorpresivos y permitir que funcione el procedimiento establecido para la determinación de los servicios mínimos, asimismo, otra de sus funciones es que los usuarios puedan ser debidamente informados del conflicto y el gobierno adopte aquellas decisiones tendientes a paliar los daños que provocará la controversia colectiva¹⁰⁴.

Respecto a las medidas que se tomen para disminuir los daños, en principio no debería incluir el esquirolaje, sin embargo el CLS, lo permite de manera limitada cuando se trate de servicios esenciales en el sentido estricto del término, y los servicios mínimos no se hayan garantizado.

Siendo que según el Comité de Libertad Sindical “el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el 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, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales”¹⁰⁵.

Sin embargo, esta permisión del Comité de Libertad Sindical, ha sido mal interpretada como se verá más adelante en caso de las entidades públicas, donde el requisito de comunicación de la huelga se amplía a quince días, y donde el esquirolaje es permitido.

6.2. Límites externos

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. La Huelga en los servicios esenciales. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1993, p. 83.

¹⁰⁵ Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf.

En relación a los límites externos, Giugni señala que “están referidos a eventuales conflictos entre el interés tutelado por el derecho de huelga con otros intereses constitucionalmente tutelados”¹⁰⁶.

Antes, de entrar al análisis de este tipo de límites, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, corresponde evaluar qué quiere decir el artículo 28.3 de la Constitución cuando señala que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

Al respecto, Cortés refiere que el contenido del inciso 3) del artículo 28° de la Constitución, referido al tema de los límites del derecho de huelga, la expresión “se ejerza en armonía con el interés social”, tiene varios efectos, en primer lugar, no supone la prohibición del derecho de huelga sino exclusivamente el establecimiento de límites al derecho. En segundo lugar, cuando menciona en armonía, hace alusión al equilibrio que debe existir entre el derecho de huelga y el interés social, el cual debe ser interpretado como sinónimo de interés público. Este es el interés social que por su importancia y por una determinada valoración se publica y se considera como un interés de toda la sociedad¹⁰⁷.

Por lo que el citado autor refiere que el legislador ha utilizado la expresión “de interés social” para establecer los principales límites al derecho de huelga, posición que es recusada por gran parte de la doctrina, señalando que hubiera sido preferible utilizar el concepto de límites a la huelga en los servicios esenciales. Con respecto a las limitaciones, el autor refiere que está referida no únicamente a aquellas que tiene relación con el interés social sino a otras limitaciones como los requisitos para ejercer el derecho de huelga.¹⁰⁸

Como lo ha señalado Cortés, nuestra Constitución ha regulado el derecho de huelga de manera muy genérica, sin embargo ha señalado el límite del derecho de huelga cuando señala “que debe ejercerse en armonía con el interés social”, para lo cual acudiremos a lo establecido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT para establecer los alcances de dicha limitación.

¹⁰⁶ Citado por GONZÁLEZ NIEVES, Orlando. Ob.cit., pp. 373-374.

¹⁰⁷ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. La huelga en la Constitución de 1993. En Revista *Asesoría Laboral*. Enero 1994, p. 32

¹⁰⁸ *Ibíd.*

Siendo así, el CLS, señala que el derecho de huelga solo podrá limitarse en caso de abuso del derecho de huelga, “crisis nacional aguda” o “cuando se ponga en riesgo otros derechos constitucionales”. Así, el interés social ha de interpretarse dentro de estos supuestos. Al respecto, Arce Ortiz¹⁰⁹ señala que se puede hablar de tres límites externos: el abuso del derecho de huelga, la declaratoria de estado de emergencia y la confrontación con otro derecho constitucional. Como vemos, según lo señalado por el citado autor, los servicios esenciales no son el único límite externo del derecho de huelga.

En cuanto al primer límite, referido al abuso de derecho en el ejercicio de la huelga, se da cuando las huelgas se prolongan excesivamente en el tiempo y comprometen gravemente a una empresa o sector productivo, o cuando las huelgas derivan en actos de violencia, lo cual está establecido en el artículo 68° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Respecto al segundo límite, referido a la declaratoria de Estado de emergencia, se da cuando a la huelga se suma características sociales, económicas o políticas graves, lo cual genera una circunstancia de crisis nacional aguda, por lo que en estos casos la suspensión o prohibición de la huelga es válida, lo cual está regulado por la propia Constitución en su artículo 137.1, que señala que en un Estado de emergencia se limita la libertad de reunión o de tránsito.

En cuanto al tercer límite, relacionado a la confrontación con otro derecho constitucional, se refiere a la huelga en los servicios esenciales. Al respecto, nuestra Constitución también reconoce dicho límite, al señalar “por razón de la naturaleza del servicio”, que son precisamente los denominados servicios esenciales.

Sin embargo, para Ermida Uriarte¹¹⁰, a diferencia de Arce Ortiz, señala que los únicos límites verdaderos de la huelga son el mantenimiento de los servicios esenciales y el carácter pacífico de las medidas de conflicto, afirmando que el

¹⁰⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob.cit., p. 389.

¹¹⁰ Citado por Castello Illione, A. El Derecho de Huelga en Uruguay. Derecho & Sociedad 37[revista electrónica], p. 29.

efecto de la huelga no es el de suspender el contrato, sino el de suspender o alterar todas o algunas obligaciones o prestaciones del contrato, aquellas que el huelguista decide suspender o alterar.

Para establecer los límites, regresamos a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, que como lo ha señalado Ermida Uriarte¹¹¹ se admiten restricciones al derecho de huelga en dos áreas: a) respecto a los “funcionarios públicos” stricto sensu, entendidos como “aquellos que actúan como órganos del poder público”, considerándose en cambio, que no sería apropiado restringir el derecho de huelga a todos los trabajadores del Estado, y b) “ en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, al seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población), no importando en este caso, que esos servicios sean prestados por instituciones públicas o privadas. (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 576).

En consecuencia, en relación a lo señalado por el CLS, los límites señalados por Arce Ortiz, tales como el abuso del derecho de huelga, la declaratoria de estado de emergencia y la confrontación con otro derecho constitucional, estarían justificados siempre y cuando se ajusten a lo establecido por el CLS, es decir, pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población¹¹².

Así también se debe tomar en cuenta que el Comité de Libertad Sindical, señaló que para entender los alcances de los servicios esenciales en el sentido estricto del término “depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”; asimismo, señaló que “un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance

¹¹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. La Huelga en los Servicios Esenciales. En: Material de enseñanza del Curso de Pragmática de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, PUCP, 2014, Lima.

¹¹² Además del Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Expertos de la OIT, también definió a los servicios esenciales como "aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población". En: GERNIGON, Bernard y otros. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Revista Internacional del Trabajo, año 2000, p. 44.

y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”.¹¹³

Así pues, el Comité ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto donde el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones importantes, o incluso de prohibición: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios y privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y limpieza de los establecimientos escolares y el control del tráfico aéreo¹¹⁴.

En el caso de nuestro ordenamiento las actividades consideradas como servicios esenciales está regulada en el artículo 83° del Texto Único Ordenado de la LRCT a través de un listado amplio y abierto, considerando dentro de ellos a los servicios sanitarios y de salubridad, de limpieza y saneamiento, de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible, de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias, de establecimientos penales, de comunicaciones y telecomunicaciones, de transporte, de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional, los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República y otros que sean determinados por Ley.

En relación a dicho listado, coincidimos con Arce Ortiz¹¹⁵, quien hace dos críticas, la primera que algunas de las actividades descritas que no deberían considerarse servicios esenciales y la segunda que se permite abrir por normas con rango de ley el listado de servicios esenciales.

Por otra parte, Morón Urbina¹¹⁶ refiere que el concepto de servicios esenciales, no señala *a priori* cuáles son esos servicios, por lo que su configuración

¹¹³ Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf

¹¹⁴ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 585

¹¹⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob.cit., p. 395.

¹¹⁶ Morón Urbina, J. C. [Revista electrónica]. La visión jus administrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales. *Ius et Veritas* N° 46, julio 2013, p.275.

dependerá de las particularidades de cada país, del nivel de satisfacción de la demanda que exista por ese servicio, e incluso de la duración y extensión territorial de la interrupción. Por ello, concluye que se puede decir válidamente que este concepto comporta un relativismo valorativo. De este modo, tal como lo señaló el Comité de Libertad de Sindical, para el autor la huelga en algunas actividades no calificables como servicios públicos *per se*, pueden llegar a serlo si su prolongación o dimensión pone en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas.

Asimismo, ha de precisarse que si el CLS¹¹⁷ no se ha referido a más servicios es porque sus pronunciamientos dependen de las situaciones particulares y contextos que debe examinar, y porque raramente se presentan quejas por la prohibición de la huelga en servicios esenciales. Sin embargo, ello no debe ser razón para establecer un listado tan amplio y abierto como el de nuestro ordenamiento, más aún sin estar justificado, es decir, que primero debe comprometer la vida, la seguridad y la salud de toda o parte de la población para poder ser incluido en dicho listado.

Es así que, en cuanto al carácter esencial de determinadas prestaciones públicas, Morón Urbina, señala que “está dado por el grado de perjuicio que la paralización de labores provoca en determinados valores de la sociedad o derechos de los usuarios, según lo cual, el grado de esencialidad estará en función proporcional al grado de perjuicio que la huelga les produce”.¹¹⁸

En todo caso, de lo señalado, el límite que establezca cada país ha de ser compatible con el propio derecho de huelga, por lo que debe haber proporcionalidad entre los sacrificios que experimentan los trabajadores que laboran en los servicios esenciales, y el sacrificio que sufran los usuarios como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores.

Por otro lado, es frecuente asimilar el carácter de servicio esencial con los servicios públicos o aquellas actividades de gran importancia para la economía

¹¹⁷ GERNIGON, Bernard y otros. Ob.cit., p. 20.

¹¹⁸ Morón Urbina, J. C. Ob.cit. p. 274.

nacional. Sin embargo, se debe tomar en cuenta lo señalado por Villavicencio¹¹⁹, al afirmar que un servicio será esencial no porque lo preste una entidad del Estado, una empresa pública o una empresa privada, sino porque su suspensión afecta a los derechos fundamentales a la vida, la salud o la seguridad, que tiene preeminencia sobre cualquier otro interés jurídicamente tutelado. Por tanto, debe quedar claro que no todo servicio público es esencial, y no todo servicio esencial es público, ya que hay servicios prestados por entidades privadas, que ingresan perfectamente en el concepto.

De igual forma, Pasco Cosmópolis¹²⁰ aclara la diferencia entre servicio público y servicio esencial, el primero es el género y el segundo es especie del mismo. De allí que no todo servicio público sea esencial, pero en cambio todo servicio esencial sea necesariamente público. Otro aspecto que resalta el citado autor, es que se debe diferenciar entre servicio estatal y no estatal o privado. Precisando que, los servicios públicos esenciales pueden ser brindados indistintamente por entes estatales o por entes privados. Interesa la naturaleza misma del servicio y no la calidad de quien lo brinda. Sin embargo, en nuestro ordenamiento (Ley del Servicio Civil), lejos de establecer dicha diferencia, regula a los servicios públicos como si todos fueran esenciales.

Por ejemplo, una de las restricciones que acompañan a los servicios esenciales, se encuentran un preaviso más extenso que en las actividades normales, imposición de conciliación o mediación previas y prestación de servicios mínimos¹²¹. En relación a este último, Blancas¹²², señala que un criterio claramente afirmado por la OIT es que la determinación del alcance y dimensión del servicio mínimo debe efectuarse con la participación de las organizaciones de trabajadores involucrados en la huelga, lo cual constituye una garantía para estos de que esa decisión no afecte el derecho de huelga.

Para Cassagne¹²³, respecto a la determinación de los servicios mínimos, señala que una de las premisas del Estado de Derecho consiste en la estructuración de

¹¹⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob.cit., p. 449.

¹²⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob.cit., p. 222.

¹²¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob.cit., p. 448.

¹²² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob.cit, p. 503.

¹²³ CASSAGNE, Juan Carlos. Ob.cit., p. 113.

un sistema que permite que las decisiones administrativas sea objeto de control de legitimidad, a través de órganos imparciales e independientes.

En consecuencia, de lo señalado por ambos autores, para la determinación de los servicios mínimos, deben participar los trabajadores involucrados a quienes les afecta la medida, y su determinación debe estar a cargo de órganos independientes.

Lo señalado por dichos autores, está en relación con lo establecido por los órganos de control de la OIT quienes han señalado que “para ser aceptable un servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población y debería posibilitar, por otra parte, en lo que refiere su determinación, la participación de organizaciones de los trabajadores así como de los empleadores y las autoridades públicas” ¹²⁴, agrega incluso que en caso de divergencia en cuanto al servicio mínimo, ésta debería ser resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o la empresa concernida.

En nuestro caso, el TC en la Sentencia del 26 de abril del 2016- Caso de la Ley del Servir, en el fundamento 204, también señaló que en todo lo relativo a la regulación de los servicios mínimos deben participar las organizaciones sindicales o grupos de trabajadores y la autoridad pública competente. Sin embargo, la Ley del Servicio Civil, solo ha tomado en cuenta lo segundo, es decir, que su determinación estará a cargo de un órgano independiente, como lo es la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, como veremos en el siguiente capítulo.

Finalmente, los servicios esenciales nacen de los principios de continuidad y regularidad del servicio público, los cuales encuentran su fundamento en tres exigencias relativas a la necesidad social, la economía social y la propia existencia del Estado, que imponen estas exigencias de prestación ininterrumpida. Siendo así, para Cassagne, “en materia de servicios esenciales, la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, siempre que sea temporal, ha de

¹²⁴ GERNIGON y otros. Ob.cit., p. 32

considerarse constitucionalmente legítima en cuanto al rango de los bienes y derechos constitucionalmente tutelados”¹²⁵.

Como vemos, los servicios esenciales deben ser determinados en base a lo señalado por los órganos de control de la OIT, y no deben confundirse con los servicios públicos en sentido estricto, además deben ir acompañados de ciertas restricciones, como son los servicios mínimos, los cuales garantizan la continuidad del servicio, teniendo cuidado de que los mismos no vuelvan inoperante el ejercicio del derecho de huelga.

Vistos estos aspectos, finalizamos este capítulo anotando que un derecho fundamental, está constituido por tres capas, la primera el contenido constitucionalmente posible, la segunda por el contenido constitucionalmente vigente y el tercero por el contenido esencial. Nuestro análisis se enfoca en este último. En el caso del derecho de huelga, el contenido esencial lo forma el principio básico establecido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, y los elementos que de él se derivan. A partir de dicho contenido debe regularse nuestro ordenamiento jurídico, empezando por el modelo normativo que debe regirnos, el cual debe ser el modelo polivalente o dinámico. No obstante, como hemos visto en el desarrollo del presente capítulo, la normativa actual, en el ámbito privado, así como en el ámbito público, ha sido desarrollada sin respetar dicho contenido esencial. Sin embargo, en el siguiente capítulo definiremos con mayor precisión cómo está regulado el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil y señalaremos si las limitaciones que hemos ido adelantando se encuentran justificadas o no, mas aun al referirnos a los servicios públicos esenciales.

¹²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Ob.cit., p. 73.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO

Apreciado a grandes rasgos el marco normativo en el cual se desenvuelve el derecho de huelga, resulta necesario proceder con un tratamiento de su regulación en el sector público, específicamente en la Ley del Servicio Civil, procurando hacer notar sus diferencias con la normativa del sector privado.

De esta manera, habiendo elaborado el contenido esencial del derecho de huelga corresponde confrontar el análisis referido con la regulación legal, con la finalidad de establecer si existe un respeto o una violación del mismo. De esta manera, estaremos listos para proponer cambios en la legislación, si fuera el caso.

1. Regulación legal del derecho de huelga: LRCT y LSC

En primer lugar, con la finalidad de precisar las principales diferencias entre la regulación del derecho de huelga en el sector público y el sector privado, para el primer caso nos remitiremos a la Ley del Servicio Civil y su reglamento, y para el segundo caso al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo y su reglamento.

Pues bien, nuestro ordenamiento, en un primer momento, consideró conveniente una regulación unitaria del derecho de huelga para los sectores público y privado, tal como lo dispone los artículos 1° y 86° de Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057 (en adelante LSC), régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas, hizo suponer que tendríamos una regulación específica sobre el derecho de huelga, sin embargo, su escasa regulación necesariamente nos remite nuevamente a la LRCT, tal como lo

señala expresamente el artículo 40° de la LSC¹²⁶, al establecer una relación de supletoriedad entre dichas normas.

Al respecto, el profesor Neves señala que existe una relación de supletoriedad entre normas cuando la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho, pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria. Comúnmente, ambas normas se conectan a través de una remisión. La supletoriedad puede darse como vínculo entre el ordenamiento laboral y otro, o entre normas del propio ordenamiento laboral¹²⁷.

Por ejemplo, la relación entre la norma laboral y la civil (Nueva Ley Procesal Laboral y el Código Procesal Civil), o entre dos normas laborales (Ley del Servicio Civil y el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

De otro lado, Martín Valverde y otros, señalan que el supuesto de supletoriedad no plantea en principio problema de elección del precepto aplicable; el mecanismo de relación entre normas previsto consiste precisamente en la exclusión de aplicación de la norma supletoria cuando llegue y en tanto perdure la norma a la que se cede el paso¹²⁸.

Lo que significa, que únicamente se aplicará el TUO de la LRCT en lo que la LSC no se oponga, es decir ante la falta de una previsión normativa. Por ejemplo, la LSC no define el derecho de huelga, en consecuencia, ante la falta de ello, aplicamos supletoriamente lo señalado en el artículo 72° del TUO de la LRCT.

De otro lado, posteriormente se aprobó el Reglamento de la LSC mediante Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, donde se recogieron aspectos esenciales del ejercicio del derecho de huelga, hasta ese momento regulados por la LRCT.

¹²⁶ “(...) Se aplica supletoriamente o establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de - Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N°010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley”.

¹²⁷ Javier Neves Mujica. Cfr. Ob.cit, pp. 158 y 159.

¹²⁸ Martín, V. A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, M. J. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos, 2013, p. 130.

Es así que, Crisanto Castañeda señala que el contenido esencial del derecho de huelga se encontraría en el Reglamento de la Ley del Servicio Civil (en adelante RLSC), lo cual crearía un modelo de “jerarquía normativa invertida”, donde la Ley estaría al servicio del reglamento y no al revés, como lo establece el artículo 118.8 de la Constitución¹²⁹.

Pues bien, en este caso corresponde referirnos a relación de complementariedad, el profesor Neves explica que ésta se da cuando la norma uno tiene como característica dejar incompleta la regulación del hecho, razón por la cual la función que cumple la norma dos es la de completarla. Ambas se vinculan a través de una remisión, es así que existe complementariedad entre dos leyes o entre una ley y su reglamento¹³⁰. Por ejemplo, la LSC y el RLSC, sin embargo, esta debería darse cuando la primera señala que la segunda se ocupará de ciertos aspectos más puntuales.

A lo que se añade que la complementariedad de normas, se da cuando la articulación se produce sin defecto o exceso por parte de la remitente o de la remitida, no da lugar en realidad a una situación de concurrencia que obligue a elegir entre varias la norma aplicable. Las disposiciones en presencia – la norma básica y la norma o normas complementarias se aplican conjuntamente¹³¹.

En virtud de lo señalado, entre la LSC y el RLSC debería existir una relación de complementariedad, en donde la norma uno, -en este caso la LSC-, tenga como característica dejar incompleta la regulación del hecho, razón por la cual la función que debe cumplir la norma dos - en este caso el RLSC -, es la de completarla, y las dos se deberían vincularse a través de una remisión.

Sin embargo, la LSC únicamente regula el derecho de huelga en un solo artículo (Artículo 45°), por lo que su reglamento la regula en exceso (Artículo 72° y siguientes), ocupándose de todo su desarrollo y no solo de aspectos puntuales como debería haberse regulado.

¹²⁹CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. Comentarios sobre el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil. En: Laborem N° 16, 2015, p. 20

¹³⁰ Javier Neves Mujica. Cfr. Ob.cit, pp. 181.

¹³¹ Martí, V. A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, M. J. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos, 2013, p. 131.

Pues bien, dicha situación, nos llevaría a pensar que estamos ante una relación de complementariedad, en la cual una norma se configura como mínima y la otra mejora, en donde la primera requiere poseer un rango mayor que la segunda¹³². Por ejemplo, el vínculo entre la ley y el convenio colectivo.

Sin embargo, el profesor Neves aclara que dicha relación de complementariedad “no cabe entre la ley y su reglamento”, toda vez que “aunque aquella se haya constituido como norma mínima, este no puede aumentar el beneficio, porque ese carácter de la Ley se dirige a las normas profesionales o sociales y no al reglamento. De hacerlo, este será ilegal y deberá eliminarse del ordenamiento”¹³³.

Como señala el profesor Neves existe relación de complementariedad entre normas profesionales, como un convenio colectivo de rama de actividad que establece un piso y uno de empresa que lo mejora; o entre estas y las sociales, como una costumbre que construya su beneficio sobre el mínimo previsto por el convenio colectivo.

En el caso de la LSC y su reglamento, la primera únicamente señala en qué casos se ejerce el derecho de huelga, es decir establece el piso mínimo, en cambio su reglamento lo mejora, es decir amplía su regulación, por ejemplo señala la definición de huelga, los requisitos legales para su ejercicio, en qué casos no está amparada, cuál es su ámbito y su vigencia, define las clases de servicios, asimismo precisa en qué casos se permite la contratación de personal, así como a quien corresponde la solución de controversias.

En este sentido, podemos concluir que existe un defecto en la relación entre la LSC y su Reglamento, toda vez que el diseño normativo de la LSC ha llevado a que su reglamento se exceda en su regulación para llenar los vacíos de la norma legal. Esto sin duda significaría que el reglamento es inconstitucional.

¹³² El concepto de complementariedad ha sido extraído del texto del profesor Neves Mujica, ob. Cit. p. 182.

¹³³ Javier Neves Mujica. Cfr. Ob.cit, pp. 182-183

En suma, una regulación adecuada sería la siguiente: entre la LSC y la LRCT debería existir una relación de supletoriedad, en donde la norma uno, - en este caso la LRCT-, se aplica sólo si la norma dos – LSC- no se le opone; toda vez que el mecanismo de relación entre normas previsto consiste precisamente en la exclusión de aplicación de la norma supletoria (LRCT) cuando llegue y en tanto perdure la norma a la que se cede el paso (LSC). En este caso, la falta de regulación de la LSC, da paso a que dicha relación no se configure.

En este orden de ideas, lo correcto sería para establecer los principales aspectos del derecho de huelga nos remitamos a la Ley del Servicio Civil (LSC), y su norma complementaria, el Reglamento de la LSC (RLSC) y supletoriamente el Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT).

En virtud de lo señalado, como lo habíamos señalado tenemos que la LSC regula en un solo artículo el derecho de huelga (Artículo 45°), referido al ejercicio del derecho de huelga. En cuanto a la definición legal del derecho de huelga en el sector público la encontramos en el artículo 79° del RLSC¹³⁴, con un texto similar al señalado en el LRCT, lo que confirmaría el carácter restrictivo del derecho de huelga, en tanto es una definición propia del modelo normativo estático.

En cuanto a los requisitos para el ejercicio del derecho de huelga, la LSC en su artículo 45° ha señalado únicamente dos: “el ejercicio de huelga se ejerce una vez agotados los mecanismos de negociación o mediación” y que “los representantes del personal deben notificar a la entidad sobre el ejercicio del citado derecho con una anticipación no menor a quince (15) días”. A dichos requisitos debe sumarse los establecidos en el artículo 80°¹³⁵ del RLSC.

¹³⁴ “La huelga es la interrupción continua y colectiva del trabajo, adoptada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria de manera pacífica por los servidores civiles, con abandono del dentro de trabajo (...)”

¹³⁵ Artículo 80.- Requisitos para la declaratoria de huelga La declaratoria de huelga debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos. b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. c) El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de este, por el Juez de Paz letrado de la localidad. d) Tratándose de organizaciones sindicales cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente. e) Que sea comunicada a la entidad pública por

Debemos precisar, que dichos requisitos son similares y a la vez supera los requisitos que establece el artículo 73° de la LRCT¹³⁶.

En efecto, uno de los requisitos del derecho de huelga establecido en la LSC está referido a agotar los mecanismos de negociación o mediación (artículo 45.1 de la LSC), lo que determina el carácter instrumental y de última ratio del derecho de huelga, al que se llega luego de agotar las vías pacíficas de solución, siendo la negociación y mediación las señaladas expresamente por la norma, aunque también debe incluirse la conciliación, ya que “es un medio de autocomposición de litigios de plena aplicación a los conflictos de trabajo como la huelga”.¹³⁷

Ahora bien, en relación al nuevo escenario del ejercicio del derecho de huelga tras la publicación de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha veintiséis de abril del dos mil dieciséis, relacionada a la Ley del Servicio Civil, uno de los temas discutidos fue la exclusión de las compensaciones económicas del ámbito de la negociación colectiva de la administración pública, sin embargo, dicho precepto fue declarado inconstitucional en mérito a una interpretación adecuada de la Constitución Política del Perú y de los Convenios 98 y 151 de la OIT¹³⁸.

lo menos con una anticipación de quince (15) días calendario, acompañando copia del acta de votación. La entidad deberá avisar a los usuarios de los servicios del inicio de la huelga. f) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje. g) Que la organización sindical entregue formalmente la lista de servidores civiles que se quedará a cargo para dar continuidad a los servicios indispensables a los que se hace referencia en el Artículo 83.

¹³⁶ Artículo 73.- Para la declaración de huelga se requiere: a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos. b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad. Tratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases. c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación. d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.

¹³⁷ ARÉVALO VELA, Javier. Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad, SPDTSS, 2013, p. 459.

¹³⁸ Se declaró inconstitucional el artículo 42 de la Ley 30057, en el extremo que dispone "Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas (...)", por lo que dicha disposición queda subsistente con el siguiente contenido: "Los servidores civiles tienen derecho a

En consecuencia, a partir de dicho fallo, si la convocatoria de huelga en el ordenamiento nacional se hace depender de la previa negociación colectiva referida a compensaciones económicas, la autoridad competente debe declarar lícita la huelga convocada, lo que no sucedía antes del fallo, según lo señala el artículo 42° y 44.b de la LSC.

En segundo lugar, como sabemos, tenemos el requisito referido a los plazos de preaviso de la huelga, siendo que el artículo 45° de la LSC (79° del RLSC), a diferencia de lo establecido en el literal c) del artículo 73° de la LRCT, referida a la comunicación de la huelga, señala que los representantes de los servidores civiles deben notificar a la entidad pública sobre el ejercicio del derecho de huelga con una anticipación no menor a quince (15) días calendario, a diferencia de los cinco (5) o diez (10) días que establece la LRCT.

Al respecto, como señala el profesor Neves, el preaviso de quince días, “le está dando a toda la administración pública el tratamiento propio de un servicio esencial, cuando ello no es correcto”, a lo que Cortés Carcelén precisa que “dicho plazo se hizo pensando en el compromiso del Estado de avisar a los usuarios de los servicios”¹³⁹.

En tal orden de ideas, como señala el profesor Neves, consideramos que efectivamente la norma no establece ninguna diferencia entre servicio público y servicio público esencial, empezando por el plazo, el cual debería ser menor para el primero, y mayor para el segundo. En este sentido, lo que señala Cortés Carcelén nos lleva a interpretar erróneamente que todos los servicios públicos tienen el mismo plazo de pre aviso porque todos los servicios públicos son servicios esenciales, cuando en sentido estricto no lo son.

A lo antes señalado, se añade las restricciones propias del artículo 45° de la LSC, el cual no establece los servicios esenciales o indispensables en los que se

solicitar la mejora de sus condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen”.

¹³⁹ NEVES MUJICA, Javier y otros. Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil. En: Revista IUS ET VERITAS, N° 46, Julio 2013, p. 435.

puede restringir el derecho de huelga, por lo que dicha omisión sería regulada por la LRCT¹⁴⁰.

Asimismo, se debe tener en cuenta que no todos los servicios que presta la Administración Pública son servicios esenciales, son servicios igualmente importantes para el normal desarrollo de la comunidad. Por ello, habiendo la misma lógica para pedir una notificación previa mayor, parece que el plazo sea el mismo (10 días)¹⁴¹.

En relación a los requisitos establecidos en el RLSC, el objeto de la huelga, en el artículo 80.a del RLSC señala "(...) en defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos", en cambio en el artículo 73.a de la LRCT señala "(...) en defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos".

En principio, de la lectura del RLSC podríamos deducir que el objeto de la huelga podría incluir otras modalidades de huelga que sean de defensa de los servidores civiles; sin embargo, dicha posibilidad se ve restringida por el artículo 81° del RLSC, que establece las modalidades atípicas de huelga que nuestro ordenamiento no ampara.

En cambio, el objeto de la huelga señalado en la LRCT busca la defensa de los intereses profesionales y económicos, por lo que en un inicio pareciera que es el que más se ajusta a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, únicamente restaría incluirse las cuestiones políticas económicas y sociales que interesan directamente a los trabajadores. Sin embargo, a pesar de lo señalado el objeto señalado se contradice con el artículo 81 de la citada norma que tampoco admite las distintas modalidades de huelga.

De dicha comparación, en el tercer capítulo propondremos como debería ser la redacción de dicho artículo en el RLSC.

¹⁴⁰ Argumento 205 de la STC de fecha 26 de abril de 2016 (Caso Ley del Servicio Civil)

¹⁴¹ CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. Ob.cit., p. 32.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)¹⁴² parecía admitir los supuestos de exclusión de las huelgas de solidaridad en tanto no solicitó modificar la normativa en este extremo¹⁴³. Sin embargo, la CEACR¹⁴⁴, en el documento de trabajo para la reunión tripartita sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del año 2015, en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional, ha señalado expresamente que: “Las huelgas de solidaridad, secundarias y de apoyo son formas de acciones colectivas que contribuyen a respaldar las huelgas emprendidas por trabajadores de una empresa distinta (...)”¹⁴⁵. Asimismo, el Comité de Libertad Sindical defiende esta modalidad de huelga, refiriendo que tanto las huelgas de solidaridad como las huelgas políticas (excluyendo las huelgas puramente políticas) deberían permitirse siempre y cuando estén acorde con los intereses propios de los trabajadores¹⁴⁶.

Ahora bien, la inclusión de dichas modalidades de huelga, forman parte del contenido esencial del derecho de huelga, tal como lo habíamos adelantado en el punto anterior, en consecuencia, deberían estar incluidas en nuestro ordenamiento, respetando los parámetros dados por los órganos de control de la OIT.

¹⁴² La CEACR evalúa la conformidad de la legislación de los países con respecto a las normas de la OIT, basándose en las memorias presentadas periódicamente por los Estados Miembros, y prepara comentarios específicos sobre la situación de cada país.

¹⁴³ La CEACR no modificó este extremo, aunque tuvo la oportunidad de hacerlo al referirse al artículo 73 de la LRCT. Observación individual sobre el Convenio 87, 1948, Perú (2005), publicado en:

http://www.lim.ilo.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:ceacr-observacionindividual-sobre-el-convenio-87-1948-peratif-1960-publicado-2005&catid=288:peru&Itemid=1337

¹⁴⁴ En 2012, el Estudio General de la CEACR sobre el derecho de huelga, fracasó, toda vez que las negociaciones sobre las propuestas de los grupos de trabajadores y empleadores se estancaron, por lo que la Comisión de Aplicación de Normas no pudo dar cumplimiento a su cometido en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_344251.pdf

¹⁴⁵ Documento de trabajo para la Reunión tripartita sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional (revisado) (Ginebra, 23-25 de febrero de 2015). En: http://www.acdtss.org/wp-content/uploads/2015/01/wcms_344251.pdf.

¹⁴⁶ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 2006, párrafos 526, 527, 528, 529 y 534.

En relación al objeto de la huelga, Crisanto Castañeda señala que “la huelga significaría nada menos que suspender el deber de lealtad del servidor público al interés general en la prestación del servicio, por ello debe existir una justificación especial para realizarla, es decir, la presencia de un interés directo de quienes convocan la huelga”¹⁴⁷.

En virtud de lo señalado, el principio de deber de lealtad de los servidores públicos¹⁴⁸ ha servido como justificación de algunos países para defender la prohibición de la huelga de los funcionarios públicos que han establecido en su normativa, ello como respuesta a las observaciones de la CEACR; sin embargo, la Comisión ha establecido claramente que tal limitación puede aplicarse sólo en el caso de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado¹⁴⁹.

Ahora bien, otro de los requisitos de la huelga señalado en el artículo 80.b del RLSC, es que “la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que representen a la mayoría de trabajadores comprendidos en su ámbito”, tal como establece también el artículo 73.b de la LRCT.

De la lectura de ambos artículos, se tendría que tener en cuenta a todos los servidores del ámbito respectivo y no sólo a los que acudieron a la votación. Sin embargo, el artículo 62° del Reglamento de la LRCT señala que podrá ser adoptada por “la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea”. Motivo por el cual la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y

¹⁴⁷ CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. Ob. Cit. p. 25.

¹⁴⁸ Código de conducta de los servidores públicos establecido por el departamento de la OEA. Artículo 8°: La lealtad será manifestación permanente de fidelidad que se traducirá en constancia y solidaridad para con la institución, niveles supervisores, compañeros y subordinados. Cuando se ejercita en ausencia de los superiores alcanza su máxima expresión valorativa. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/etivene.htm>

¹⁴⁹ CEACR: Observación al Convenio sobre Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) Alemania (2011). Señaló que “El Gobierno subraya que defiende la prohibición de la huelga para todos los funcionarios (...), lo cual constituye un principio tradicional que se aplica a los funcionarios públicos (...) y se deriva del deber de lealtad y la obligación de cumplir sus deberes, de manera permanente (a saber, sin interrupción), que tienen los funcionarios públicos (...)” En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2698646.

Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en el Informe del 2016, ha solicitado al Perú se aclare cuál de las dos normas se aplicará al sector público¹⁵⁰.

Al respecto, por la relación de complementariedad entre la LSC y el RLSC, y la relación de supletoriedad de la LSC y la LRCT, no podría aplicarse el RLRCT, toda vez que solo se aplica en lo que no se opone a la LSC y su reglamento. En consecuencia, nuestro país deberá responder que se aplica lo señalado en la LSC y su reglamento¹⁵¹. No obstante, dicha normativa significa un retroceso para el sector público en comparación con el sector privado, razón por la cual el Perú deberá comprometerse a modificar su normativa y establecer lo mismo que señala el artículo 62° del RLRCT, recordando que dicho artículo fue el resultado de la observación de la CEACR, antes de la dación de la Ley N° 27912, que modificó el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, como habíamos señalado en el capítulo anterior.

Hasta aquí hemos tratado de dirigir nuestra atención hacia la identificación de las principales diferencias entre las normas que regulan el derecho de huelga en el sector público y en el sector privado, así como la relación entre las mismas. De esta manera, para completar esta sección de nuestro trabajo, las líneas siguientes apuntarán a ubicar las principales limitaciones del ejercicio del derecho de huelga de los servidores civiles.

2. Limitaciones del ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos

Queremos empezar este apartado recordando que el derecho de huelga es un derecho fundamental, y como tal, al igual que otros derechos, su contenido y ejercicio no es absoluto, puesto que puede estar sometido a restricciones o limitaciones.

¹⁵⁰ Informe III (Parte 1A) de la CEACR. Conferencia Internacional de Trabajo, 105ª reunión, 2016.

¹⁵¹ Similar respuesta debió haber señalado el TC en la Sentencia del 26 de abril del 2016, Caso Ley del Servicio Civil, en el extremo referido a que la LSC no establece el proceso de determinación de los servicios mínimos, debiendo señalar que ante dicha situación se aplica en forma complementaria el RLSC y en forma supletoria el TUO de la LRCT. Sin embargo, a pesar que el RLSC ya estaba publicado al momento de la expedición de la referida STC, únicamente señaló que se aplica supletoriamente el TUO de la LRCT, obviando referirse al RLSC.

Ahora bien, en el servicio público, como señala González Nieves¹⁵², se ha desarrollado toda una ideología que aparte de utilizar una terminología variada (“servicios públicos”, “esenciales”, o “de utilidad pública”), tiene la particularidad de asociar el “principio de continuidad” a los servicios públicos. Siendo así, partiendo del supuesto que el Estado toma a su cargo la gestión de dichos servicios - que en síntesis son todos aquellos de interés capital para el conjunto de los ciudadanos- se estima que estos no pueden ser interrumpidos por los riesgos que revisten para la colectividad sus producciones y servicios. Y como señala el citado autor, este principio de continuidad o de no interrupción, como fácilmente se puede presuponer, indudablemente colisiona con el derecho de huelga.

Ciertamente, el derecho de huelga exige una cierta proporcionalidad entre los procedimientos de lucha utilizados y los resultados que buscan los trabajadores, y para ello se establecen limitaciones a su ejercicio.

Según lo refiere Javillier¹⁵³, “en lo que concierne a los servicios públicos, el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener por resultado obstaculizar el poder del legislador para aportar a dicho derecho las necesarias limitaciones tendientes a asegurar la continuidad del servicio público la cual, tanto como el derecho de huelga a su vez, posee el carácter de un principio de valor constitucional”.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional de España¹⁵⁴ ha señalado que “el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

En el caso de nuestro país, de un lado, excluye el contenido y ejercicio de este derecho a los funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan

¹⁵² GONZÁLEZ NIEVES, Orlando. Ob. Cit. p.404.

¹⁵³ Ídem. p. 405.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, María José. Medidas de Conflicto en España. En: Negociación Colectiva y resolución de conflictos. Una perspectiva comparada entre España y Perú. Lima, 2016, p. 184.

cargos de confianza¹⁵⁵ o de dirección¹⁵⁶, así como a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional (Artículo 42°), y finalmente se agrega a dichas exclusiones a los jueces y fiscales (artículo 153); y por otro, reconoce al legislador la facultad de desarrollar este derecho para que se ejerza en armonía con el interés social, así como para establecer excepciones o límites a su ejercicio (artículo 28.3).¹⁵⁷

Al igual que en otros países como España, se puede decir que el criterio utilizado para excluir a determinados funcionarios del derecho de huelga no es tanto por ser funcionario – criterio de los sujetos titulares del derecho-, sino el de incidencia de la huelga en las funciones constitucionales encomendadas y los efectos que la misma pueda causar en un tercero ajeno a la relación de empleo: consumidores y usuarios.

En efecto, como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical, se debe tener en cuenta que el término funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores. Es por ello que la prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

Siendo así, la CEACR ha realizado observaciones a diferentes países en relación a dichas restricciones, por ejemplo, en el caso de Kazajstán (2012), la Comisión toma nota de que “la Ley sobre la Función Pública establece una distinción entre funcionarios «políticos» y funcionarios

¹⁵⁵ En el ámbito privado, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos (fundamento 13 de la STC N.º 03501-2006-PA/TC).

¹⁵⁶ En el ámbito privado, el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. (fundamento 13 de la STC N.º 03501-2006-PA/TC).

¹⁵⁷ «La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga: Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42° de la Constitución). Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42° de la Constitución). Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153° de la Constitución). Debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28.º de la Constitución señala, por equivoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.” (fundamento 42 del STC 0008-2005-PI/TC).

«administrativos». Recordando que la prohibición del derecho de huelga debe limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, la Comisión pide al Gobierno que indique si los funcionarios «administrativos» pueden ejercer el derecho a la huelga¹⁵⁸. Similar situación, es el caso de Alemania (2014), al señalar que “en el futuro, se abstenga de imponer sanciones disciplinarias contra los funcionarios que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado que participan pacíficamente en una huelga”¹⁵⁹. Al igual que en el caso de Rusia (2016) donde señaló que “La Comisión toma nota de que el Gobierno señala que la prohibición de las huelgas a los funcionarios públicos se compensa con la existencia de instancias contencioso administrativas imparciales para tratar de conflictos no resueltos entre el empleador y los funcionarios públicos. La Comisión también toma nota de (...) de que (...) la Ley sobre la Función Pública del Estado divide las obligaciones del servicio civil en cuatro categorías, que no todos los funcionarios públicos cubiertos por la ley son «funcionarios que ejercen su autoridad en nombre del Estado», y que la ley impone la prohibición de las huelgas independientemente de la categoría específica del servicio público. La Comisión, una vez más, recuerda que el derecho de huelga puede ser limitado o prohibido sólo a los funcionarios públicos que ejercen su autoridad en nombre del Estado”¹⁶⁰.

En el caso de nuestro país, la CEACR tomó nota de las observaciones de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) recibidas el 22 de setiembre de 2014, en relación a la Ley N° 30057, siendo uno de los puntos “la exclusión de las garantías del Convenio de categorías excesivamente amplias de

¹⁵⁸ *Observación* (CEACR) - Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT (2012). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) - Kazajstan, (Ratificación:2000).En: http://embargo.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2698737.

¹⁵⁹ *Observación* (CEACR) - Adopción: 2014, Publicación: 104ª reunión CIT (2015), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) - Alemania (Ratificación:1957).En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3190325.

¹⁶⁰ *Observación* (CEACR) - Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) - Rusia, Federación de (Ratificación:1956).En: http://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3299946

trabajadores estatales por el artículo 40° de la mencionada ley”. Por lo que la Comisión pidió a nuestro Gobierno envíe sus comentarios¹⁶¹.

Al respecto, como sabemos el artículo 40° de la Ley del Servicio Civil, refiere que “Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza”.

Pues bien, para responder a la solicitud de la CEACR debemos tener en cuenta la connotación de funcionario en la normativa del sector público, que se encuentra en: 1) la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175; 2) el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM y 3) la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057.

La primera norma establece en su artículo 4.1 que Funcionario Público es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representa al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas del Estado y/o dirige organismos o entidades públicas; pudiendo ser: a) de elección popular directa y universal o confianza política originaria, b) de nombramiento y remoción regulados, o c) de libre nombramiento y remoción.

La segunda, por su parte, establece en su artículo 42 que "funcionario" es " (...) el ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía (...)".

Y finalmente la tercera, ha señalado en su artículo 3° que “funcionario público es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas”.

¹⁶¹ Solicitud directa (CEACR)-Adopción: 2014, Publicación: 104ª reunión CIT (2015). En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:3186903

De las tres definiciones, debe tenerse en cuenta que como lo ha señalado el CLS no basta con tener la calidad de “funcionario”, para que su derecho de huelga se vea restringido, sino que debe ejercer funciones en nombre del Estado, lo cual se tendrá que analizar en cada caso en concreto.

Por ejemplo, en el Caso núm. 2690 (Perú), Informe núm. 357, Junio 2010, el CLS señaló que «la prohibición de la huelga a los trabajadores en el servicio de aduanas, que pueden ser considerados como funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, no es contraria a los principios de la libertad sindical. (...) El Comité estima asimismo que los trabajadores del SUNAT que ejercen tareas de administración, fiscalización y recaudación de tributos internos ejercen también funciones de autoridad en nombre del Estado”¹⁶².

En segundo lugar, la LSC también ha señalado que los directivos públicos no gozan de los derechos colectivos. Para ello, debemos tener en cuenta que el Servir en el Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GG-OAJ, ha precisado que:

“(...) no existe para el ámbito de la carrera administrativa alguna norma que, de manera específica, los delimite, por lo que sus alcances deben ser definidos de las disposiciones generales existentes aplicables, y de una interpretación gramatical de la expresión.

Según la Ley Marco del Empleo Público, Ley N°28175, "directivo superior" es "El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno”.

¹⁶²En:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911778

De otro lado, según el Diccionario de la Real Academia Española, "directivo" significa "que tiene facultad o virtud de dirigir"; y "dirigir" significa "gobernar, regir, dar las reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión.

Así, se pueden advertir como elementos distintivos de un cargo directivo, los siguientes: Tener mando sobre todo o parte del personal de la organización, esto es, tener la capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normando y supervisando el trabajo de sus integrantes. Dicho poder debe ser formal, esto es, estructurado, derivar del hecho de ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de la entidad. Ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada. Tener la capacidad de adoptar decisiones.

De este modo, se puede concluir que estarán excluidos del derecho de sindicación, por mandato constitucional, quienes tienen la condición de funcionarios, de acuerdo a la Ley Marco del Empleo Público, y quienes, sin serlo en los términos de dicha norma, ocupan cargos directivos”¹⁶³.

Como podrá apreciarse, dicho informe del SERVIR, deja establecido que funcionario no es el mismo que cargo directivo, precisando que ambos están excluidos de los derechos colectivos.

Ahora bien, en la Ley del Servicio Civil, en su artículo 3°, define directivo público como “el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. También comprende a los vocales de los Tribunales Administrativos”. En buena cuenta, dicha definición se ajusta a lo señalado en el Informe precedente.

Continuando con las limitaciones, otra de las exclusiones del derecho de huelga está en relación a los servidores de confianza. Pues bien, en el ámbito público, el artículo 4.2 de la Ley Marco del Empleo Público señala: "El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se

¹⁶³ Informe extraído de la página web de SERVIR: http://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2010/InformeLegal_238-2010-SERVIR-OAJ.pdf

encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad".

En tanto la Ley del Servicio Civil, en el artículo 3° lo define como "Un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforme un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

Complementando lo señalado en el punto anterior, en el Informe N° 1373-2016-SERVIR/GPSC, de fecha 21 de julio de 2016, se señaló que "En el ámbito de la Ley del Servicio Civil, los servidores civiles se clasifican en: a) Funcionario Público, b) Directivo Público, c) Servidor civil de carrera, d) Servidor de actividades complementarias. Y que, "Si bien los servidores de confianza se pueden ubicar en cualquiera de dichos grupos, solo el funcionario y directivo público ejercen el poder de decisión, por lo que, podemos concluir que en el régimen de la Ley del Servicio Civil los funcionarios públicos, directivos públicos y aquellos que ocupen cargos de confianza en aquellos niveles están excluidos del derecho de sindicación en tanto ocupen dichos cargos"¹⁶⁴.

En tal orden de ideas, resulta conveniente precisar que nuestra Constitución excluye expresamente del goce del derecho de huelga a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección. Según la normativa del sector público, el término funcionario público tiene diversas connotaciones, por lo que según lo señalado por la OIT deberá evaluarse que en cada caso en concreto si dichas funciones son realizadas en nombre del Estado. En relación a los que ocupan cargos de dirección, la normativa los ha separado del término funcionario, y a través de los informes del SERVIR se les ha dado ciertos elementos que los identifica; finalmente, en

¹⁶⁴ En: http://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2016/IT_1373-2016-SERVIR-GPGSC.pdf

relación a los servidores de confianza si bien se le ha dado una connotación distinta a las anteriores, también se ha señalado que dichos servidores civiles deben ejercer cargo de funcionario público o de directivo público para ser excluidos de sus derechos colectivos.

De otro lado, los servidores públicos que no actúan como órganos del poder público, es decir a nombre del Estado, deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población¹⁶⁵.

En efecto, los trabajadores de la administración pública gozan de protección contra la discriminación antisindical (artículo 4° del Convenio 151 de la OIT), contra actos de injerencia (artículo 2° del Convenio 98 de la OIT y artículo 5° del Convenio 151 de la OIT), y se les debe conceder facilidades sindicales (artículo 6° del Convenio 151 de la OIT).

En conclusión, los servidores civiles o empleados públicos gozan del disfrute de los derechos colectivos, entre ellos la huelga¹⁶⁶. La única restricción debe ser para aquellos servidores que ejercen funciones en nombre del Estado, y los únicos que pueden hacerlo son los funcionarios públicos y directivos públicos, y los servidores de confianza que ocupen los dos cargos anteriores. Sin embargo, debe hacerse la salvedad, que no en todas sus funciones necesariamente actuarán en nombre del Estado, por lo que deberá evaluarse cada caso concreto. Asimismo, como lo ha señalado el CLS dichas restricciones deben ir acompañadas de ciertas garantías compensatorias. En consecuencia, tomando ello en consideración, el artículo 40° de la LSC, debe ser modificado, cuya redacción la propondremos en el capítulo siguiente.

¹⁶⁵ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 2006, párrafos 577.

¹⁶⁶ Los empleados públicos (que no actúan como órganos del poder público) de empresas comerciales o industriales del Estado deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida que la interrupción de los servicios que prestan no ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

De esta manera, teniendo en cuenta las limitaciones subjetivas (límites internos) de los servidores del Estado, las cuales están en relación a la titularidad del derecho de huelga, a continuación, pasamos a referirnos uno de los principales límites externos, es decir cuando el derecho de huelga entra en conflicto con otros derechos fundamentales y bienes constitucionales, estamos hablando de los servicios esenciales.

Como señala Villegas Arbelaez, el concepto de “esencialidad” del servicio está referido, no a su importancia, sino a su “imprescindibilidad”, y corresponde tanto al sector privado como al público, en tanto el titular de la garantía del servicio esencial no es el ente, sino el usuario, la comunidad¹⁶⁷.

Pues bien, una de las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, es la exigencia de garantizar el cumplimiento de los servicios mínimos.

La designación de servicios mínimos implica el reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales y la instauración de mecanismos de protección social que eviten los perjuicios al interés general¹⁶⁸.

El Comité de Libertad Sindical ha señalado 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 y 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”.¹⁶⁹

En esta línea, el CLS ha señalado que el establecimiento de los servicios mínimos, serán exigibles siempre que se trate de:

¹⁶⁷ Citado por González Nieves. Ob. Cit. p. 413.

¹⁶⁸ Ídem. p. 414.

¹⁶⁹ Párrafo 324 del caso 1782-Portugal, Informe N° 299. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903086

i) Servicios esenciales en sentido estricto, es decir, cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población; ii) servicios no esenciales en sentido estricto, en los que una cierta extensión y duración de la huelga podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; o, iii) servicios públicos de importancia trascendentales.

En este sentido, el CLS ha señalado que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio esencial se determinen en forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a su debido tiempo por los interesados¹⁷⁰.

Asimismo, el CLS ha señalado, que otro aspecto importante a tener en cuenta es que exige que el procedimiento de determinación de los servicios mínimos deba realizarse con “la participación de las organizaciones de trabajadores, así como de los empleadores y de las autoridades públicas¹⁷¹.”

Por otra parte, el CLS ha reiterado en varias oportunidades, que las discrepancias sobre los servicios mínimos no deberían resolverlas las autoridades gubernamentales, para ello podría poder recurrirse a un organismo paritario o independiente que cuente con la confianza de las partes y facultado para dictar decisiones ejecutorias, el cual se encargará de examinar a la mayor brevedad y sin formalidades las dificultades que hayan surgido.

Al respecto, el Comité recuerda que el Gobierno peruano informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su memoria para el Convenio número 87 que “conforme al artículo 1 del Decreto Supremo N°

¹⁷⁰ Así también lo ha referido el TC en el fundamento 201 de la Sentencia del 26 de abril del 2016, Caso Ley del Servicio Civil. Y en el párrafo 1039 del caso 2854-Perú, Informe N° 363. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907205; y, párrafo 313 del Caso 2461-Argentina, Informe N° 344. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2909852

¹⁷¹ Párrafo 1039 del caso 2854-Perú, Informe N° 363. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3057192; y, párrafo 851 del Caso 2988-Qatar, Informe N° 371. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3171962

013-2006-TR (que modifica el artículo 68° del Decreto Supremo N° 011-92-TR) se dispuso que en caso de divergencia entre el número y ocupación de los trabajadores que deben seguir laborando conforme a lo dispuesto por el artículo 82° de la ley, la autoridad de trabajo designará a un órgano independiente para que los determine y que la decisión del órgano independiente será asumida como propia por la autoridad de trabajo a fin de resolver dicha divergencia. (párrafo 1214 del Caso 2854-Perú, Informe 363).

Sin embargo, en el sector privado a pesar de los requerimientos del Comité, a la fecha el Gobierno peruano ha hecho caso omiso a dichas recomendaciones y no ha designado a dicho órgano independiente, sino sigue siendo el Ministerio de Trabajo quien resuelve dichas divergencias sobre el número y ocupación de los trabajadores para los servicios mínimos en los servicios públicos. Por ejemplo, el Comité recomendó a nuestro país que dicho órgano independiente sea la autoridad judicial¹⁷².

En virtud de lo señalado, en países como España, por ejemplo, la fijación de servicios mínimos para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales a la comunidad compete a la autoridad gubernativa, al estar dotada de una neutralidad e independencia constitucionalmente exigible. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que ha de tratarse de un órgano que “responda políticamente, de manera directa o indirecta ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental (...) que puedan asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos”¹⁷³.

Siendo así, la búsqueda de garantías en la protección del derecho de huelga exige, cumplir el requisito de motivación de los servicios mínimos decretados, previo cumplimiento del principio de proporcionalidad de sacrificios y partiendo del carácter restrictivo de los mismos. Quiere decir que la autoridad gubernativa tiene que especificar los motivos de la decisión, justificar que se trata de un

¹⁷² Párrafo 896 del Caso 3096-Perú, Informe 376. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3254263

¹⁷³ RODRÍGUEZ RAMOS, María José. Ob.cit. p. 183.

servicio esencial, porque, a priori, ningún tipo de actividad productiva puede considerarse en sí misma como esencial, por ello es necesario examinar las circunstancias que concurren en cada huelga, la forma en que se articula la huelga, los intereses en juego o los trabajos que pueden y los que no ser interrumpidos¹⁷⁴.

Sin embargo, el Comité observó que de la legislación española y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se desprende que no es indispensable la consulta o negociaciones sobre los servicios mínimos con las organizaciones sindicales y que se atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar medidas necesarias para determinar el mantenimiento de servicios esenciales. En estas condiciones, el Comité consideró que la ausencia de consulta con la organización sindical interesada no es plenamente conforme con los principios que defiende, razón por la cual pidió al Gobierno que en lo sucesivo consulte a las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas, antes de determinar los servicios mínimos¹⁷⁵.

En efecto, en el caso de España si bien la autoridad gubernativa el quien fija los servicios mínimos, no ha estado haciéndolo conforme los parámetros establecidos por el CLS.

En caso de nuestro país, el artículo 87°, literal c) del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, ha señalado que en caso de controversia en la determinación de los servicios mínimos de los servicios indispensables y de los servicios esenciales, sea la Comisión de Apoyo al Servicio Civil quien lo resuelva, de la cual nos ocuparemos en las siguientes líneas.

3. El derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil: Análisis de la LSC y su reglamento

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Párrafos 271 y 272 del Caso 1374-España, Informe N° 248. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901517; y, párrafo 156 de caso 1342-España, Informe 244. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901439.

Habiendo hecho referencia a los principales límites del derecho de huelga en el sector público, así como las características que diferencian su tratamiento con el régimen común, resulta necesario entrar al análisis de la Ley del Servicio Civil y su reglamento, con el objeto de señalar sus principales restricciones y de esta manera justificarlas o no, es decir, determinar si se encuentra en sintonía con el contenido esencial del derecho de huelga, tomando en cuenta la naturaleza de los servicios públicos.

3.1. Definición de huelga

En principio, como sabemos, el artículo 79° del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N°040-2014-PCM establece que “la huelga es la interrupción continua y colectiva del trabajo, adoptada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria de manera pacífica por los servidores civiles, con abandono del centro de trabajo. Los representantes de los servidores del centro de trabajo. Los representantes de los servidores civiles deben notificar a la entidad pública sobre el ejercicio de huelga con una anticipación no menor a quince (15) días calendario”.

Pues bien, la definición establecida es casi igual a la establecida en el régimen general, con la única diferencia del plazo de pre aviso de la huelga, el cual es mayor al del régimen general, siendo la beneficiada la entidad pública que tendrá un mayor número de días para tomar todas las previsiones necesarias, incluyendo la de contratación de personal para la prestación de los servicios mínimos como lo faculta el artículo 45.2 de la LSC.

Ahora bien, analizando cada elemento de dicho concepto tenemos que la huelga es una “interrupción continua”, porque implica la abstención de los trabajadores de ejecutar sus labores durante la jornada de trabajo de forma “continua”, es dicha palabra la que limita algunas modalidades de huelga, como por ejemplo la huelga escalonada por horas, la cual trataremos en el siguiente punto.

Además, es “colectiva” porque consiste en la actitud de un grupo de trabajadores, cualquiera que sea la dimensión de este. Al respecto, debemos recordar que el derecho de huelga, como lo ha señalado el Tribunal

Constitucional español es “un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante un concierto o acuerdo entre ellos” (STC 11/1981). Lo que significa que la naturaleza esencialmente colectiva del fenómeno “huelga”, expresada a través de la exigencia de su ejercicio colectivo, no puede ocultar que, a la postre, quien decide si se declara o no una huelga previamente convocada es cada uno de los trabajadores afectados e individual (no orgánica) es, por tanto, la titularidad del derecho¹⁷⁶. En efecto, como señala Palomeque podemos señalar que el contenido esencial del derecho de huelga está integrado por un doble plano o esfera de poder jurídico: el contenido colectivo y el contenido individual. En el primer caso, por ejemplo, son los representantes de los trabajadores quienes deciden la convocatoria de la huelga, la elección de la modalidad de la huelga, su desconvocatoria, entre otros. En cambio, en el segundo caso, por ejemplo, es el trabajador quien decide sumarse o no a las huelgas declaradas.

En efecto, el derecho de huelga es un derecho individual, pero de ejercicio colectivo. En este sentido, en lugar de decir que la huelga es una interrupción colectiva de trabajadores, sería mejor señalar que “es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones”, tal como lo señala el principio básico del derecho huelga, sobre el cual hemos venido sosteniendo el contenido esencial del mismo.

Continuando con la definición de huelga establecida en el RLSC, tenemos que también señala que es “adoptada mayoritariamente”, porque resulta de un acuerdo mayoritario adoptada en una organización, lo cual podría limitar su ejercicio si el requisito relacionado a ese acuerdo mayoritario es muy restrictivo¹⁷⁷.

La huelga debe ser “realizada en forma voluntaria”. La voluntad debe ser expresada en votaciones de acuerdo con los procedimientos establecidos,

¹⁷⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga. En: Baylos Grau, Antonio. Estudios sobre la huelga. Editorial Bomarzo S.L., España, 2005 (1era edición), p. 15.

¹⁷⁷ Sobre este punto, en cuanto a uno de los requisitos de huelga, el relacionado a que represente la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito (Art.80.b del DS 040-2014-PCM), recordemos que como ya lo habíamos señalado, debe ser modificado, de manera que esa mayoría sea de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea (Art.62 del DS011-92-TR).

debiendo estar los trabajadores de acuerdo en forma mayoritaria. La huelga acordada por la mayoría de los trabajadores obliga a la minoría de ellos a acatarla¹⁷⁸.

Y debe realizarse “de manera pacífica”. El carácter pacífico de la huelga consiste en que esta se debe realizar sin existencia de violencia. El solo hecho de notarse acciones violentas en las medidas de huelga las convierte en ilegales¹⁷⁹. Por ejemplo, los piquetes de huelga acompañados de violencia. Sobre este extremo de la definición sí se ajusta a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, toda vez que señala que las limitaciones sólo se justifican en casos que la huelga dejase de ser pacífica.

Sobre dicho extremo, consideramos que el carácter pacífico de la huelga, además de tener incidencia en la legalidad de la huelga, también resulta relevante al momento de tipificar la conducta de los trabajadores que intervinieron en la misma, por lo que consideramos dicho carácter pacífico deberá ser determinado en caso en concreto.

Por ejemplo, en la Casación N° 5333-2016 Loreto, se determinó que “durante la huelga existieron actos de violencia y que tomaron las instalaciones de la empresa, lo que se corrobora con el Acta Fiscal, en el que se exhortaba y recomendaba a los trabajadores que realicen una medida pacífica (...) toda vez que la participación de una actividad sindical, como la huelga, no justifica que se realice cualquier acto de violencia o toma de locales” (considerando noveno). Sin embargo, uno de los magistrados en esa misma sentencia emitió un voto en minoría señalando que “De los medios de prueba analizados se advierte que en el Parte S/N-08-DINOES-PNP-BTC-ANDOAS, si bien se menciona que el actor se encontraba encima de la mesa de trabajo PLUS 1 paralizando sus labores, también es cierto que dicho acto no puede considerarse como de extrema violencia, ni ser equiparada a una toma de instalaciones ni obstaculización del ingreso de los trabajadores que no acataban la huelga”.

¹⁷⁸ HARO CARRANZA, Julio Enrique. SERVIR: El nuevo régimen del servicio en la Administración Pública, Ediciones Legales, v. 1, Lima, 2015, p. 410.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

En ese orden de ideas, el significado de “actos de violencia” puede dar cabida a interpretaciones distintas. Consideramos que, en estos casos, resulta necesario hacer una valoración conjunta de los medios de prueba con la finalidad de identificar si la acción del trabajador trajo como consecuencia el daño a los bienes del empleador o si fue partícipe de un piquete acompañado de violencia que ocasionó la obstrucción del ingreso a los locales del empleador, de ser así, la falta debe ser tipificada como falta grave. En cambio, si de su actuar se desprende lo contrario, debería considerarse una huelga pacífica. En el caso concreto, somos de la idea que el hecho de pararse sobre una mesa, no puede considerarse un acto de violencia.

Finalmente, cuando refiere “con abandono del centro de trabajo”, es típico concepto de un modelo estático, que no admite modalidades de huelga que no se ajusten a dicho precepto, por lo que, de acuerdo al contenido esencial señalado en el primer capítulo, este se vería afectado.

Recordemos que el contenido esencial del derecho de huelga debe ajustarse al principio básico señalado por el Comité de Libertad Sindical, es decir que debe considerarse al derecho de huelga como “uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”. Además, dicho principio, viene acompañado de elementos los cuales se encuentran detallados en el punto dos del primer capítulo.

En conclusión, el concepto de huelga regulado en la Ley del Servicio Civil es restrictivo y no se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga, es decir, al principio señalado por los órganos de control de la OIT. En consecuencia, debe ser modificado, como lo propondremos en el capítulo siguiente.

Ahora bien, como ya lo habíamos referido la Ley del Servicio Civil no ha hecho distinciones en el plazo de pre aviso de huelga, dando el mismo tratamiento a todos los servicios públicos como si se tratasen de servicios esenciales cuando en sentido estricto del término no lo son, sino que tienen que cumplir ciertas condiciones, como lo ha señalado el CLS, es decir debe existir una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la

población¹⁸⁰. En consecuencia, el plazo de quince días debe ser modificado, como lo propondremos en el capítulo siguiente.

3.2. La Comisión de Apoyo al Servicio Civil (CASC)

Ahora bien, como lo habíamos adelantado, la referida Comisión es el órgano facultado para conocer y resolver en primera y única instancia administrativa, los conflictos y controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre organizaciones sindicales y entidades públicas o entre estas y los servidores civiles. Será competente para resolver controversias sobre tres expresiones de la autonomía colectiva: a) La elección del presidente del Tribunal Arbitral; b) La declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga; y, c) En caso de controversia, la determinación de los servicios mínimos de los servicios indispensables y de los servicios esenciales¹⁸¹.

En relación a sus miembros, estos son profesionales independientes, es decir, no pueden ser servidores civiles al momento de la designación y son especialistas en derecho administrativo, constitucional o laboral.

Dicha Comisión, adscrita al SERVIR, está conformada por tres miembros titulares designados mediante resolución del Consejo Directivo de SERVIR para resolver las controversias que se le presenten, por un plazo de tres años, además en dicha resolución se designará dos miembros suplentes. Los miembros de la Comisión perciben dietas por su asistencia a las sesiones, asimismo, se les aplica las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades previstas en el LSC y su reglamento.

Cabe precisar que, en el derecho comparado, la creación de una Comisión que resuelva conflictos en el sector público se ha dado en países como Italia y Argentina. El primero con la Commissione di Garanzia Sciopero y el segundo la

¹⁸⁰ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 581.

¹⁸¹ Sobre las diferencias entre servicios indispensables y servicios esenciales, lo abordaremos en el ítem 3.5 del presente capítulo.

Comisión de Garantías, reguladas mediante la Ley N° 146/90 y la Ley N° 25.877, respectivamente¹⁸².

La primera de ellas, faculta a la Comisión a evaluar la idoneidad de los servicios indispensables, identificado en los acuerdos entre los interlocutores sociales y los códigos de autorregulación, para asegurar el equilibrio del ejercicio del derecho de huelga con el disfrute de los derechos constitucionalmente protegidos. Asimismo, expresa su opinión sobre cuestiones de interpretación o aplicación de los acuerdos y la autorregulación, y a petición conjunta de las partes interesadas, dicha la Comisión puede emitir un fallo sobre el fondo de la controversia¹⁸³.

Por su parte, en el modelo argentino, la Comisión de Garantías es independiente del poder público y está conformada con integrantes de reconocida solvencia técnica, profesional o académica y cuya independencia de criterios y heterogeneidad de disciplinas asegura su imparcialidad, puede calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no señalada expresamente como tal¹⁸⁴.

Como vemos, la Comisión creada en nuestra legislación, tiene similar naturaleza a los órganos de los países señalados, en consecuencia, se debería tomar en cuenta su experiencia para la elaboración de nuestra normativa.

En cuanto a las competencias de la Comisión, debemos enfocarnos en las referidas a la declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga, y en la determinación de los servicios indispensables y de los servicios esenciales.

En el caso de la primera, conforme los requerimientos del Comité de Libertad Sindical referidos a que la declaración de procedencia de la huelga que debe corresponder a un órgano independiente y que genere confianza entre las partes. De conformarse por profesionales independientes y especialistas en las

¹⁸² DÍAZ RONCAL, Kenny. ¿Reforzando la autonomía colectiva por medio de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, institución creada en el Marco del Nuevo Régimen de Empleo Público? En: Soluciones Laborales N° 86, febrero 2015, p. 145.

¹⁸³ http://www.cgsse.it/web/guest;jsessionid=XSsxkDPCz7CCA03aB1Hi0Q__

¹⁸⁴ <http://www.trabajo.gob.ar/garantias/>

ramas de la materia, como señala el artículo 88 del RLSC, la Comisión sería tal órgano independiente.

Como vemos, el papel de la referida Comisión, resulta relevante toda vez que según sus competencias puede aportar al avance de la regulación del derecho de huelga en el sector público, al emitir pronunciamientos basados en lo que señala los órganos de control de la OIT, lo que significa que puede dar pase a la legalidad de las huelgas que se ajusten al contenido esencial del derecho de huelga.

En relación a otra de las competencias de la Comisión, es decir en caso de controversia para la determinación de los servicios mínimos de los servicios indispensables y de los servicios esenciales, debemos decir que la Comisión participa para darle contenido concreto a dichos servicios mínimos en cada caso en particular.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, ha establecido que la divergencia en cuanto al número y ocupación de trabajadores sea resuelta por un órgano independiente¹⁸⁵ y no por el Ministerio de Trabajo, por lo que como la Comisión de Apoyo cumple con el requisito exigido por el Comité de Libertad Sindical, al garantizar la independencia y competencia adecuada de los profesionales que la conformen.

Debemos de tener presente que el hecho que el MTPE sea quien resuelva dicha controversia a la fecha ha ocasionado que la mayoría de huelgas sean declaradas ilegales. Por ejemplo, en la STC N° 2211-2009-AA/TC, el sindicato remitió a la empresa la nómina de trabajadores que debían cubrir los cargos de los servicios esenciales durante el desarrollo de la huelga, sin embargo, ésta difería del número de trabajadores que a criterio de la empresa eran necesarios para cubrirlos, por lo que procedió a remitir cartas notariales instando a los trabajadores a concurrir a laborar y posterior a ello cursó cartas de pre-aviso de despido a quien no acudieron a laborar. Al respecto el TC señaló que el TUPA del MTPE se verifica que el procedimiento denominado “comunicación del

¹⁸⁵ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 628.

número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales durante la huelga”, signado con el número 11, es de calificación automática, por lo que a la sola presentación se entiende por aprobada la comunicación. Por otro lado, el procedimiento N° 12, denominado “Divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben laborar en servicios públicos esenciales y en servicios indispensables durante la huelga”, es de evaluación y respecto del cual al vencimiento de los 30 días hábiles opera el silencio negativo” por lo que concluyó que con la remisión de las aludidas cartas notariales no se ha vulnerado el derecho de huelga, declarando infundada a la demanda presentada por el sindicato.

Pues bien, lo resuelto por el TC, se deriva de las deficiencias normativas. En primer lugar, la nómina presentada por la parte empleadora, debería ser discutida con los trabajadores, y establecer ciertos parámetros, como por ejemplo los señalados en el Informe N° 81-2016-MTPE/2/14.1 de fecha 01 de julio de 2016, que refirió que podría considerarse: i) en qué medida la comunicación de puestos de trabajo efectuada por la empresa y la respectiva nómina de la parte laboral corresponden con la finalidad que se busca al establecer los servicios indispensables o esenciales; ii) el resultado de un procedimiento de divergencia anterior entre las mismas partes; iii) las conductas de las partes en el contexto de la comunicación de la huelga, a fin de evaluar, por ejemplo, la existencia de mala fe en el actuar de alguna de ellas; y v) en qué medida los puestos indispensables y/o esenciales pueden ser cubiertos por trabajadores no afiliados a la organización sindical, según sea el caso.

En efecto, el TC seguirá resolviendo como lo señaló en la sentencia citada, si sigue siendo el MTPE quien resuelva la controversia para determinar los servicios mínimos de los servicios esenciales. Asimismo, los parámetros señalados en el informe del MTPE deberían ser incluidos en su TUPA, y para nuestro caso ser tomados como referencia por la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Respecto dicha Comisión de Apoyo del Servicio Civil, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en el último Informe III (Parte 1A) del dos mil dieciséis, solicita al Estado peruano que, a fin de

examinar la naturaleza de dicho órgano, envíe informaciones adicionales sobre las reglas que rigen su funcionamiento, su composición actual, así como las decisiones dictadas por la misma con respecto del ejercicio del derecho de huelga. De lo cual nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

No sin antes recordar, que el Comité de Libertad Sindical señala que los empleados públicos, deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población¹⁸⁶. Lo cual deberá ser tomando en cuenta por la referida Comisión de Apoyo.

3.3. Huelga atípica o irregular

En relación a las modalidades de huelga consideradas atípicas por la normativa que regula el sector público, el artículo 81° del RLSC, señala que “No están amparadas por la presente norma las modalidades atípicas, tales como paralización escalonada por horas de zonas o secciones neurálgicas de la entidad, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento, cualquier paralización en la que los servidores civiles permanezcan en el centro de trabajo o la obstrucción del ingreso al mismo”.

Sin embargo, aceptar o rechazar la idea de que estas modalidades son o no huelga, depende de la definición concreta de huelga. Para nosotros, como lo habíamos señalado el contenido esencial del derecho de huelga está definido por la interpretación de los órganos de control de la OIT, quienes han señalado que las modalidades atípicas de huelga deben ser permitidas, siempre y cuando éstas se realicen de manera pacífica.

Es por ello que a pesar que dichas modalidades no son amparadas por nuestro actual ordenamiento jurídico, se debe precisar lo siguiente:

¹⁸⁶ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 577.

a) **Paralización escalonada por horas o paralización intempestiva**

Son aquellas paralizaciones que se realizan en forma irregular al omitirse el requisito del preaviso, es decir, son de carácter intempestivo o espontáneo.

Estas huelgas se presentan con paros de breve duración “media hora, una hora, dos horas o un día”, que muchas veces no dan tiempo a los huelguistas a abandonar el establecimiento. Sirve a los organizadores para mandar un mensaje a los empleadores de que si no solucionan su problema podrían llegar a tomar decisiones más radicales.

A este tipo de huelgas también se le denomina huelgas intermitentes, toda vez que en estas también se alternan momentos de normalidad laboral y de cesación del trabajo determinadas horas al día, días de la semana, al mes o al año, haciendo coincidir las jornadas de paro con fechas festivas en casos como el sector transporte, buscando el menor desgaste posible con la mayor incidencia¹⁸⁷.

Pues bien, como señala Rodríguez Ramos una de las cuestiones en relación a este tipo de huelgas es si es una única huelga fraccionada en el tiempo o se trata de diferentes huelgas en las que es necesario cumplir los requisitos formales de convocatoria, incluido el preaviso, en cada uno de los momentos de la misma. La respuesta según los Tribunales de España, es que se trata de una única huelga, aunque desarrollada en diferentes momentos.¹⁸⁸ Asimismo, según el citado autor en la legislación española a este tipo de huelgas se aplica la presunción iuris tantum de legalidad¹⁸⁹.

En caso de nuestro ordenamiento además de ser consideradas atípicas, estas modalidades de huelga pueden ser tipificadas como falta grave según lo establecido en el literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N°

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, María José. Medidas de Conflicto Colectivo en España. En: Negociación Colectiva y resolución de conflictos: una perspectiva comparada entre España y Perú, Ius Et Veritas. Lima, 2016, p. 194.

¹⁸⁸ Ídem, p. 194

¹⁸⁹ Ídem, p. 191.

003-97-TR¹⁹⁰, y en caso del sector público en el literal n) del artículo 85° de la LSC¹⁹¹.

Sin embargo, dicha normativa debe ser modificada, toda vez que nuestra postura defiende el contenido esencial del derecho de huelga, el cual está acorde con lo señalado por los órganos de control de la OIT, razón por la cual estas modalidades de huelga deben ser declaradas legales mientras sean realizadas de forma pacífica, tal como lo establece el Comité de Libertad de Sindical¹⁹².

b) Paralización de zonas o secciones neurálgicas de la entidad

La huelga neurálgica también llamada huelga tapón o trombosis, consiste en la paralización de un trabajador o grupo de trabajadores cuya posición en el esquema productivo es clave, crucial y deriva, como consecuencia, una paralización forzosa de un gran número de trabajadores, posee extraordinarios efectos paralizantes, derivados de una cuidadosa selección de los que paran¹⁹³.

Lo que se pretende con esta modalidad es que la acción de la minoría obligue a la inactividad de la mayoría que no participa en la paralización¹⁹⁴. Y como la huelga debe originarse necesariamente en la voluntad de la mayoría y se traduce en la abstención colectiva del trabajo, la paralización de la minoría no encaja dentro de dicha concepción, pues sólo la mayoría puede declarar y llevar a cabo una huelga¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) (...), la reiterada paralización intempestiva de labores (...)."

¹⁹¹ Artículo 85.- Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo: "(...) n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo".

¹⁹² Recopilación de decisiones y principios del comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT del 2006, párrafo 545.

¹⁹³ GONZÁLEZ NIEVES, Orlando. Aspectos jurídicos de la huelga. Un estudio Integrador de los conflictos colectivos en los sectores privado y público. Primera Edición, Editorial Libertad E.I.R.L., Trujillo, 1991, p. 328.

¹⁹⁴ HARO CARRANZA, Julio Enrique. SERVIR: El nuevo régimen del servicio en la Administración Pública, Ediciones Legales, v. 1, Lima, 2015, p. 415

¹⁹⁵ *Ibidem*.

Además, debe advertirse que si la huelga se extiende a todo un centro de trabajo no será alcanzada por esta prohibición, aunque en tal centro de trabajo haya zonas o secciones neurálgicas, salvo que preste servicios públicos esenciales, en cuyos casos serán aplicables las reglas concernientes a estos¹⁹⁶.

De las características señaladas podemos decir que es este tipo de huelgas, es difícil que se dé la figura del esquirolaje, en tanto por el grado de especialización de los que se abstienen no son fácilmente reemplazados por otros trabajadores no huelguistas, e incluso de trabajadores externos.

Sin embargo, a su vez implica en la mayoría de casos el retiro del personal de emergencia, con ello se podría afectar los servicios mínimos tratándose de servicios esenciales o indispensables.

Siendo así, esta modalidad puede ser efectiva en la práctica (obliga la paralización de la mayoría) pero a la vez puede traer ciertos problemas desde el punto de vista normativo (los servicios esenciales o indispensable no pueden ser interrumpidos). Sin embargo, cualquier controversia debe ser analizada en cada caso en concreto, y ser determinado por un órgano independiente, que, en el caso del sector público, es la Comisión de Apoyo de Servicio Civil.

De otro lado, en países como España, los Tribunales, al analizar este tipo de huelgas, coinciden en que es necesario para determinar el uso abusivo de este tipo de huelgas que concurren dos elementos: a) elemento objetivo, consistente en la convocatoria de trabajadores pertenecientes a un sector neurálgico del proceso de producción de la empresa o sector de actividad. b) elemento subjetivo, relativo a la reducción artificial de la convocatoria solamente a quienes, por su posición, pueden desencadenar, desproporcionadamente, la paralización de aquel proceso¹⁹⁷.

Sin embargo, este tipo de huelga no debe presumirse abusiva, toda vez que, en términos generales, según lo señalado por los órganos de control de la OIT, esta modalidad de huelga debería ser considerada válida, y sólo declarada ilegal si

¹⁹⁶ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Colectivo. Lima, Grijley, 8va edición, 2014, pp. 287-288.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, María José. Ob. Cit. p. 193.

dejase de ser pacífica o entra en colisión con otros derechos fundamentales, es decir, se acredite que pone en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población.

c) Trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento

En el trabajo a desgano es un ritmo deliberadamente lento, se da la presencia física del trabajador quien presta el servicio, pero sin rendimiento laboral esperado o convenido, o retardando deliberadamente los movimientos necesarios para la prestación del servicio. Esta modalidad de huelga permite continuar con la percepción de la remuneración sin la contraprestación debida del servicio.

En este sentido, es una modalidad de incumplimiento de las obligaciones laborales especialmente de aplicación a aquellos trabajadores cuyo esfuerzo tiene una producción susceptible de ser medida, pues obviamente hay trabajos en lo que el resultado no es visible.

Ahora bien, esta modalidad no ha sido permitida desde hace muchos años atrás¹⁹⁸. Y actualmente, nuestro ordenamiento, en el inciso b) del artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR¹⁹⁹, se considera como falta grave, la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores.

¹⁹⁸“Dentro del sector público podemos mencionar el caso de la Resolución Rectoral N° 78082 de fecha tres de setiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, expedida por el Doctor Gastón Pons Muzzo, que declaró ilegal la paralización de brazos caídos decretada por el Sindicato único de trabajadores de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y el no pago de remuneraciones durante la huelga. Dicha Resolución estaba en concordancia con otra del año anterior N° 72741 de fecha treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres, por la cual también ordenó el descuento de la remuneración básica y complementaria más aun cuando los trabajadores permanecieron en el lugar de trabajo, en proporción al tiempo de paralización de las actividades”. En: González Nieves, Orlando. Ob.cit., p. 335.

¹⁹⁹ Artículo 25°: Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción (...).”

Sin embargo, al igual que las otras modalidades de huelga, consideradas atípicas, deben ser permitidas salvo pierda su carácter pacífico por las mismas razones antes señaladas.

De otro lado, en el caso de la huelga a reglamento, se entiende por tal la huelga en la que los trabajadores realizan un cumplimiento estricto de la normativa laboral, entendida en sentido amplio, de forma que supone una ralentización de la actividad laboral que conduce a una disminución de la productividad; todo ello consecuencia de llevar hasta sus últimas consecuencias el cumplimiento de la normativa laboral²⁰⁰. Es por eso, que el trabajo a reglamento puede ser una modalidad del trabajo a desgano, toda vez que los trabajadores se exceden en la aplicación de los reglamentos o manuales de funciones²⁰¹.

Sobre estas huelgas, el Comité de Libertad Sindical precisa que "(...) En general, cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea ésta; ahora bien, establecer esta calificación resulta menos fácil cuando, en lugar de producirse una cesación absoluta de la actividad, se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento) o se aplica el reglamento al pie de la letra (huelga de celo o trabajo a reglamento); trátense en ambos casos de huelga que tienen efectos tan paralizantes como la suspensión radical de trabajo. Observando que las legislaciones y las prácticas nacionales son extremadamente variadas sobre este punto, la Comisión estima que las restricciones en relación a los tipos de huelgas sólo se justificarían si la huelga perdiese su carácter pacífico"²⁰².

De acuerdo a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, así como el respecto del contenido esencial de derecho de huelga, esta modalidad de huelga sí podría ser utilizada en algunas circunstancias, a pesar que nuestro ordenamiento señale lo contrario.

d) Paralización en la que los servidores civiles permanezcan en el centro de trabajo

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Ob. Cit. p. 288.

²⁰² Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H, ob. Cit, p. 12.

El no abandonar los establecimientos o centro de trabajo durante un estado de huelga podría considerarse como una toma ilegal del local, de naturaleza penal que puede ser demandado a las autoridades correspondientes, y que en muchos casos viene acompañada con la prohibición de salida de funcionarios y empleados que no están de acuerdo con ella catalogándose este acto como toma de rehenes²⁰³.

La citada modalidad al igual que las anteriores no tiene protección legal, sin embargo, como señala González Nieves la huelga clásica ha devenido en la mayoría de veces ineficaz y perjudicial para los trabajadores, por eso se han ido descubriendo y generalizando nuevas formas de ejercicio, para lograr mayor eficacia y contundencia²⁰⁴.

Por ejemplo, en la Casación N° 324-2003-Lima, de fecha cinco de abril de dos mil cuatro, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, resolvió que: "(...) no se ha acreditado que la emplazante conjuntamente con otros trabajadores de la empresa hayan incumplido sus obligaciones laborales porque la movilización que realizó el día de los hechos, se produjo en horas del refrigerio, lo cual no forma parte de la jornada laboral ordinaria (...), razones por las cuales en el considerando octavo se concluyó que: "(...) queda corroborado que no se trató de una movilización programada u organizada, que fue de manera espontánea, y que esta tuvo origen en horas de refrigerio, por tanto con este desplazamiento la empresa no ha sufrido perjuicio alguno (...)"

Pues bien, en dicho ejemplo fue una paralización al interior del centro de labores y en horario de refrigerio, es decir fuera de la jornada de trabajo. En este sentido, se produjo una manera de protestar diferente a las otras modalidades de huelga, y dentro del centro de trabajo, lo que haría suponer que se iba a declarar ilegal pero el fallo validó dicha paralización. Lo mismo puede suceder con nuevas formas de hacer huelga.

²⁰³ HARO CARRANZA, Julio Enrique, p. 417.

²⁰⁴ Citado por GONZÁLEZ NIEVES, Orlando, p. 338.

En efecto, de acuerdo a lo señalado por el CLS la ocupación de empresas o de lugares de trabajo es una de las formas normales de manifestación del derecho de huelga, razón por cual no existe justificación de nuestro ordenamiento en prohibirlas siempre que sean pacíficas.

Siendo así, en respuesta a los detractores de la legalidad de esta modalidad de huelga, quienes señalan que se considera falta grave o causal de despido como lo contempla el literal c) del artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se debe señalar que no es cierto que todas las ocupaciones del centro de trabajo son violentas, ya que la violencia no es inherente a la modalidad, hay ocupaciones que son pacíficas, el carácter de violento tiene que ser demostrado y constatado en este caso por la Comisión del Servicio Civil, quien es el competente para declarar la improcedencia o ilegalidad de la huelga.

En consecuencia, esta modalidad debe ser permitida mientras no pierda su carácter pacífico, el cual será determinado por la Comisión del Servicio Civil.

e) Obstrucción del ingreso al centro del trabajo

De acuerdo con la concepción que contiene la ley, no se hace necesaria ninguna obstrucción para el ingreso al centro de trabajo de los que no intervienen en la paralización, pues de haberse votado la huelga de acuerdo con lo que estipula la norma, existe prohibición de ingreso al centro laboral por parte de los trabajadores, con excepción de los trabajadores de confianza y dirección. Tiene derecho de ingresar a la empresa todos aquellos que no están comprendidos dentro de la mencionada categoría, así como terceros ajenos a la empresa (clientes)²⁰⁵. Tiene a su vez la obligación de ingresar a la empresa aquellos trabajadores que deben realizar las labores indispensables para la realización del artículo 78° del TUO de la LRCT²⁰⁶.

²⁰⁵ HARO CARRANZA, Julio Enrique. Ob. cit., p. 417.

²⁰⁶ Artículo 78°: Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación una vez concluida la huelga.

Esta modalidad de huelga, se asemeja con los llamados “piquetes”, los cuales para ser legales deben cumplir la condición de ser pacíficos, a pesar que nuestra normativa señale lo contrario. Por ejemplo, en caso de España, la regulación sobre los piquetes se encuentra en el artículo 6.6. del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (RDLRT), RDL 17/1977, de 4 de marzo (BOE 9 de Marzo) que señala “los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna”, limitado por lo dispuesto en el artículo 6.4. del RDLRT que establece “se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga”. Asimismo, debe aplicarse el criterio de que la participación de los trabajadores en la huelga debe obtenerse por la persuasión y no por la violencia o coacción física o verbal²⁰⁷.

En consecuencia, será la Comisión del Servicio Civil quien se encargue de determinar cuándo hay persuasión y cuándo hay violencia en el uso de esta modalidad de huelga, toda vez que sólo si son pacíficos y cumplen su finalidad informativa y persuasiva, puede ser admitidos, caso contrario un piquete ilegal podrá ser objeto de sanción disciplinaria o despido procedente, en mérito a lo señalado por el literal c) del artículo 85° de la Ley N° 30057²⁰⁸, Ley del Servicio Civil²⁰⁹.

3.4. Requisitos para la declaratoria de huelga

En cuanto a los requisitos para declarar una huelga válida en el sector público, la LSC, establece dos, los que se encuentran contemplados en el artículo 45.1 que señala: “es ilegal el ejercicio de huelga que no haya cumplido con lo establecido” en él. (Es decir los requisitos serían, el primero haberse agotado los mecanismos de negociación o mediación, y el segundo, que se notifique a la entidad con quince días de anticipación). Sin embargo, a ello debe añadirse en forma complementaria lo señalado en el RLSC y en forma supletoria la LRCT.

²⁰⁷ SALA FRANCO, Tomás. Derecho Sindical. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2013, p. 349

²⁰⁸ Artículo 85°: “Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo: (...) El incurrir en actos de violencia (...)”

²⁰⁹ Lo señalado está acorde con lo señalado en la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafos 648 a 653.

a) Objeto

En el artículo 80.a. del RLSC, se menciona que el objeto de la huelga es la “defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos”, y el artículo 73.a del LRCT señala “en defensa de los derechos e intereses “socioeconómicos o profesionales”. Es decir, que habíamos visto en el capítulo anterior, este requisito excluye las huelgas solidarias del sector público y privado.

Al respecto, autores como Crisanto Castañeda, señala que “tal prohibición no afecta la esencia del derecho de huelga, pues los servidores afectados pueden igualmente ejecutar la medida de fuerza, aunque no tengan el apoyo solidario de otros; asimismo, una huelga no es la única forma de apoyar al gremio (por ej. Comunicados en la prensa o apoyar a la marcha ajena pero fuera de la jornada de trabajo) ²¹⁰.

Sin embargo, el CLS ha señalado que “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen”²¹¹, y que la prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, están en contradicción con los principios de la libertad sindical²¹².

Acorde con lo señalado, en España por ejemplo, se afirma que el derecho de huelga ha de ser referenciado como un derecho colectivo actual y propio, aunque la solidaridad con otro colectivo no implica por sí misma ilegalidad de la huelga, siempre que se acredite que existe un interés profesional. Así la convocatoria de una huelga para presionar a que sean readmitidos otros

²¹⁰ CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. Ob.cit., p. 25.

²¹¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006., párrafo 534.

²¹² Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006., párrafo 538.

compañeros no puede entenderse como huelga de solidaridad, aunque realmente los trabajadores sean solidarios con los compañeros despedidos²¹³.

Además, en la STC 11/1981 se precisó que “el adjetivo profesional que se utiliza ha de entenderse referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales, no, naturalmente, en cuanto miembros de una categoría laboral específica”. Por ejemplo, bajo este supuesto, en caso del sector educación no sería válida una huelga convocada por los profesores del sector público y se unan los profesores del sector privado, convirtiéndose en una huelga solidaria.

En el caso de nuestra legislación, el Comité de Libertad Sindical, en el párrafo 468 del Caso N° 1650-Perú, Informe N° 291, observó los incisos a) y b) del artículo 73° de la LRCT. Respecto al inciso a) de dicho artículo, señaló que “para la declaración de la huelga se requiere que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores. A este respecto, el Comité desea recordar que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores”²¹⁴. En ese sentido, el Comité solicitó que se modifique la legislación, a fin de permitir a los trabajadores ejercer el derecho de huelga conforme a los principios de la libertad sindical.

No obstante, el gobierno peruano no se preocupó hasta el día de hoy en modificar dicho extremo, toda vez que la única modificación que realizó fue la del

²¹³ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español (STC 11/1981) declaró inconstitucional el adverbio “directamente”, por considerar que suponía una restricción al contenido esencial del derecho de huelga exigir que fuera directa la afectación al interés profesional de los trabajadores; y por ello es así por cuanto, como ha defendido el Tribunal Supremo, el modelo de huelga del sistema español de relaciones laborales es el profesional. En: Rodríguez Ramos, María. Ob. Cit. p.187.

²¹⁴ En:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438

inciso b) del artículo 73°. A lo que debemos agregar, que la observación del CSL nace cuando el gobierno peruano presentó el proyecto que reglamentaría el derecho de huelga, lo cual fue expuesto en el párrafo 261 del Caso N° 1081-Perú, Informe N° 214, de fecha, 28 de setiembre de 1981, en el que señaló: “En lo que respecta a las finalidades que pueden perseguir los trabajadores mediante el ejercicio del derecho de huelga, el Comité recuerda que la huelga es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses profesionales y económicos en sentido amplio, intereses éstos que no sólo comprenden “la obtención de mejores condiciones de trabajo”, “el cumplimiento de disposiciones legales o convencionales” o “el restablecimiento de los derechos y beneficios de los trabajadores cuando hubieren sido infringidos” (artículo 4 del proyecto), sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social, la resolución de cualquier tipo de problemas relativos a la empresa que interesen directamente a los trabajadores, por lo que sería oportuno que la futura ley ampliara en el sentido expuesto los objetivos que puede perseguir la huelga”²¹⁵.

En el caso del sector público, reiteramos si bien el artículo 80.a del RLSC se ha omitido la palabra “derechos e intereses económicos o profesionales”, señalando únicamente “derecho e intereses”, ello no significa que dicha norma está acorde con los principios señalados por el CLS, toda vez que la idea de modificar ese requisito de declaratoria de huelga, era justamente permitir las modalidades de huelga como la de solidaridad, tomando en cuenta los límites señalados, es decir, que se acredite que existe un interés profesional.

En el caso de los servidores públicos, si bien el derecho de huelga debe conciliar con lo establecido en el artículo 39° de la Constitución Política del Perú, que establece “todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación”, no obstante, la huelga de solidaridad debe ser admitida siempre y cuando no sea abusiva ni entre en colisión con otros derechos fundamentales, lo

²¹⁵ En:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900672

cual será determinado en cada caso en concreto, labor que corresponde a la Comisión del Servicio Civil.

b) Mayoría absoluta

El segundo requisito establecido en el artículo 80.b del RLSC, señala que la huelga debe ser adoptada por la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.

Al respecto, existe un retroceso de la norma en comparación con el sector privado, toda vez que si bien el artículo 73.b de la LRCT dispone que se requiere de la voluntad mayoritaria de trabajadores para declarar la huelga, sin embargo, ello fue observado por la CEACR de la OIT, y con satisfacción el Gobierno a través del Decreto Supremo N° 054-2007-TR modificó el artículo 62° del Reglamento de la LRCT, estableciendo que la huelga será “adoptada 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”. Sin embargo, en el Reglamento de la LSC, conforme en el primer párrafo vuelve a señalar que se requiere “la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos”, razones por las cuales ha merecido una nueva observación por parte de la CEACR, esta vez de la LSC, tal como consta del Informe III (Parte 1A) del 2016, al señalar “la Comisión pide al Gobierno que indique si el artículo 62° revisado del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se aplica a la administración pública”.

Sobre el particular, atendiendo a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, al referir que “más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga”²¹⁶, y protegiendo el contenido esencial del derecho de huelga, el cual está relacionado a no permitir procedimientos que permitan que en la práctica resulte imposible una huelga legal; resulta necesario se modifique el artículo 80.b del Reglamento de la LSC, y su contenido señale lo mismo que el artículo 62° del Reglamento de la LRCT.

²¹⁶ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 356.

A lo que se debe añadir la reciente modificación del RLRCT, en cuanto a los requisitos formales para la declaración de huelga, modificando el artículo 65.e) toda vez que la declaración de huelga requería una declaración jurada firmada por toda la junta directiva, lo cual dificultaba el ejercicio de este derecho, ahora dicha declaración jurada será firmada solo por el secretario general y un dirigente designado para dicho fin, en consecuencia, dicha modificación también debe ser incluida en la regulación del sector público.

c) Refrendación notarial del acta de votación

El Reglamento de la LSC ha interpuesto requisitos formales, al igual que la LRCT, al señalar que el acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público, o a falta de este por el Juez de Paz Letrado de la localidad, sin embargo, como señala Mario Pasco²¹⁷, introduce un factor anómalo dentro de la autonomía sindical, al sujetar la validez de sus actos a una comprobación notarial o judicial, y por otro lado, el término refrendar no es tarea de un notario, sino de ministros respecto de actos presidenciales, en tanto los notarios no refrendan sino dan fe de un acto, es decir solo verifican su realización.

Conforme lo expuesto, la redacción del presente requisito no resulta del todo clara, por lo que debería ser modificado, respetando la autonomía sindical y cuidando de no afectar la viabilidad de la huelga.

d) Pre-aviso

Este requisito formal, resulta de gran importancia, las razones son las siguientes: necesidad de que la entidad esté enterada de la decisión de paralización y de su inminencia, apertura de una instancia adicional para negociaciones directas o para la intermediación por vía conciliatoria, inicio del procedimiento de calificación previa de la huelga, adopción de medidas que contribuyan a limitar los alcances y, sobre todo, los efectos dañosos, más allá de los estrictamente necesarios e inevitables²¹⁸.

²¹⁷ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. Cit. p, 214.

²¹⁸ Ídem. p, 213.

Como sabemos, el Reglamento de la LSC señala que deben ser 15 días hábiles, a diferencia del LRCT que señala 5 días para actividades comunes y 10 días en caso de servicios esenciales. Sin embargo, como ya lo habíamos señalado antes, al establecerse un tiempo mayor, es porque se está dando más tiempo a la entidad que adopte medidas especiales que requieren tales servicios, como si todos los servicios públicos fueran esenciales.

Además, dicho periodo es tan amplio, que permite a la entidad contratar personal externo que cubra la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales e indispensables, ocasionando que en la práctica dicho plazo convierta a la huelga en inoperante.

En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que un preaviso de veinte días no atenta contra los principios de la libertad sindical en los servicios de interés social o público. Sin embargo, dicha recomendación es para el caso de los servicios esenciales, por lo que debe ser tratada como una excepción a la regla, y no a la inversa, lo que significa que se debe proteger la continuación de los servicios esenciales otorgándoles un plazo adicional. Por el contrario, para el caso de los servicios públicos no esenciales el tratamiento debe ser distinto, es decir, el plazo de preaviso de la huelga debe ser menor que el concedido para los servicios esenciales, toda vez que como hemos venido sosteniendo, no se le puede dar el tratamiento de servicios esenciales a todos los servicios públicos.

e) No sometimiento previo del conflicto a arbitraje

En el esquema que sostiene el Reglamento de la LSC, se puede encontrar una importante diferencia en comparación con la LRCT, que es clave para el ejercicio del derecho de huelga, y que puede ser interpretados en dos sentidos.

Se trata del artículo 74° del RLSC, que establece “de no llegarse a acuerdo en la etapa de conciliación, **cualquiera de las partes** podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo que los trabajadores decidan irse a la huelga. A diferencia de la LRCT que establece en el artículo 61° que “si no se hubiese llegado a un

acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla **solicitado los trabajadores**, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

Una primera interpretación, es que, haciendo una comparación entre ambos regímenes, la huelga en el servicio civil, son los servidores civiles y la entidad pública quienes tienen la facultad de optar por el arbitraje potestativo, a diferencia de la huelga en el régimen privado, en la que solo son los trabajadores quienes tienen la opción de elegir entre ejercer su derecho de huelga u optar por el arbitraje potestativo.

En este sentido, Haro Carranza señala que “es casi nulo el ejercicio del derecho de huelga en el sistema establecido para el servicio civil, ya que la probabilidad que la entidad pública deje de optar por el mecanismo arbitral, es casi nulo, con lo que queda minimizado el ejercicio de la huelga por parte de los servidores (sic)”²¹⁹.

Una segunda interpretación, es que, si bien el RLSC señala que cualquiera de las partes puede solicitar el inicio de un arbitraje potestativo, la norma también hace la salvedad que si es de la entidad pública quien lo solicita, los trabajadores pueden optar por la huelga y no someterse al referido arbitraje.

Pues bien, esta segunda interpretación es la que más se ajusta a lo señalado por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el artículo 74° del Reglamento de la LSC, tiene la misma connotación del artículo 46° del Reglamento de la LRCT que establece “(...) cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, **salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga**, de conformidad con artículo 62° (...)” (negrita y cursiva es nuestro).

Sin perjuicio de lo expuesto, nótese que la interpretación le otorga de todas maneras la iniciativa a la entidad pública, toda vez que el sindicato se ve precipitado a escoger si ejercita o no el derecho de huelga en el momento de la presentación del arbitraje potestativo, lo cual sin duda le resta capacidad al

²¹⁹ HARO CARRANZA. Julio Enrique. Ob.cit. p, 414.

derecho de huelga. En consecuencia, en mi opinión el arbitraje potestativo solo debería ser ejercitado por los trabajadores.

En esa misma línea, autores como el profesor Blancas Bustamante, al referirse al artículo 61° de la LRCT y 46° de su reglamento señala que “(...) corresponde a los trabajadores, elegir entre la huelga o el arbitraje cual es la vía más eficaz para resolver el conflicto. De optar por la huelga ya no podrán, en principio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63° del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción varían de criterio y desean someter el conflicto al arbitraje, esta decisión – la de recurrir al arbitraje- requiere la aceptación del empleador (...)”²²⁰.

En este sentido, el profesor Canessa señala que “Efectivamente, una interpretación de los referidos artículos del TUO-LRCT conduce a sostener que la opción legislativa es el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores ante el fracaso de la negociación directa o la conciliación”²²¹.

En consecuencia, equiparando dichas interpretaciones al ámbito público, son los trabajadores civiles quienes tienen la facultad de decidir si optan por el arbitraje potestativo o la huelga. Una interpretación distinta, nos llevaría a suponer que el empleador puede obligar a la otra parte a someterse al referido arbitraje, lo cual no es posible, toda vez que la norma expresamente hace la salvedad que los trabajadores pueden optar por ejercer su derecho a la huelga.

3.5. Servicios esenciales y servicios indispensables

Respecto a los servicios indispensables, si bien el artículo 45.2 de la LSC no los describe, sí lo hace el artículo 83° del RLSC, señalando que dichos servicios no pueden ser interrumpidos, definiéndolos como “aquellos cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad, la conservación de los bienes o impida la

²²⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La Naturaleza del Arbitraje en la Negociación Colectiva. En: http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/documento_naturaleza_arbitraje_negociacion_colectiva_CB.pdf

²²¹ CANESSA MONTEJO, Miguel. El arbitraje Laboral en la Negociación Colectiva Peruana: Luces y Sombras. En el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SPDTSS, 2016.

reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la entidad pública una vez concluida la huelga”.

De otro lado, tenemos a los servicios esenciales, los cuales han sido desarrollados en el primer capítulo, siendo que en el caso del sector público, su definición se encuentra en el artículo 84° del RLSC, como “aquellos cuya interrupción pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”, de modo que cuando la huelga afecte dichos servicios esenciales, se debe garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar su continuidad. Asimismo, la norma antes citada refiere que los servicios esenciales son los establecidos en el artículo 83° de la LRCT, y que éstos incluyen los casos en los que se produzca una huelga en una actividad no calificada como servicio esencial, pero que por su prolongación en el tiempo pone en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población, y otros que por ley específica lo establezca.

De ambas definiciones, podemos señalar que los servicios indispensables son aquellas prestaciones que aseguran la eficiencia del servicio, suficiente para salvaguardar los intereses generales preeminentes de los usuarios; es por ello que dichos servicios no pueden ser interrumpidos. Siendo así, los servicios indispensables forman parte de la definición de los servicios esenciales, tal es así que la Corte Constitucional Italiana ha definido a los servicios esenciales como un núcleo duro de prestaciones indispensables de funcionamiento mínimo del servicio²²².

En efecto, ambos conceptos están relacionados, siendo que los servicios indispensables están incluidos de manera implícita en el concepto de servicios esenciales, tal es así que el Comité de Libertad Sindical únicamente se refiere a los servicios esenciales²²³.

²²² La definición de servicios esenciales ha sido extraída de la síntesis de la doctrina de la Corte Constitucional Italiana citada por Héctor Omar García, La regulación en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho. En: https://undeca.cr/media/uploads/documentos_pdf/derecho_huelga_y_servicios_esenciales.pdf

²²³ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafos 581-594.

Ahora bien, en mérito a lo señalado en el artículo 85° del RLSC, anualmente el titular de la entidad que preste servicios esenciales comunicará a su servidores civiles u organización sindical que los represente, el número, ocupación y horarios de servidores necesarios para el mantenimiento de los servicios mencionados. Toda vez que, la regulación de dichos servicios al igual que en el ámbito privado, se requiere la atención adecuada de los servicios mínimos.

Al respecto, la LSC en su artículo 45.2 establece que “el ejercicio del derecho de huelga permite a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales y mínimos indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga y hasta su efectiva culminación”

A diferencia en el sector privado, en el RLRCT menciona en el artículo 70° que: “Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar y por lo tanto el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar actividades de los trabajadores en huelga (...)” (el subrayado es nuestro).

Tal es así, que en la Casación N° 3480-2014 Lima, de fecha 24 de octubre de 2016, en el considerando noveno se ha señalado que “(...) toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida; asimismo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contiene las normas que prohíben el esquirolaje en situaciones de huelga, debiendo entenderse que se encuentra incluida en esta prohibición, no solo el esquirolaje externo sino también el interno”.

En efecto, estamos a lo que se conoce como esquirolaje, el cual consiste en el ejercicio irregular del *ius variandi*, que supone que el empleador recurre a un personal (sea interno²²⁴ o externo²²⁵) para sustituir a los trabajadores en huelga

²²⁴ En el supuesto más tratado respecto a la prohibición de la sustitución de trabajadores durante la huelga se refiere a la llamada sustitución interna o sustitución con aquellos trabajadores que, siendo de la plantilla en el momento del inicio de la huelga, deciden no secundarla; son los llamados no-huelguistas. Las cuestiones surgen respecto a la posibilidad que pudiera tener el

(a través del cambio de funciones, rotación o la extensión de la jornada), con la finalidad de que se minimice o excluya los efectos de la huelga.

En virtud de lo señalado, en el sector público, se regula de manera distinta, siendo que además del artículo 45.2 de la LSC antes citado, el artículo 85° de su reglamento, señala que: “(...) los servidores civiles no atendieran adecuadamente los servicios mínimos de los servicios indispensables y/o de los servicios esenciales, **las entidades podrán contratar temporalmente el reemplazo de dicho personal** (...)”.

De la redacción de la disposición antes transcrita, se advierte que la LSC permite el esquirolaje externo, es decir, la contratación temporal de trabajadores no vinculados a la entidad al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas.

Pues bien, como señala Crisanto Castañeda “la prohibición de esta práctica tiene su fundamento en la limitación que se produce al derecho, en la medida que se vienen a ocupar los puestos o funciones dejados vacíos por quienes están en huelga (huelguistas), rompiendo así la eficacia de la medida de fuerza. Por otro lado, la prohibición del esquirolaje se extrae del deber del Estado de no realizar actos de injerencia que impidan la actividad de las organizaciones sindicales (art. 3.2 Convenio 87 de la OIT, art. 5 Convenio 151 de la OIT, art. 41 de la LSC, art. 53 del Reglamento de la LSC)”²²⁶.

En efecto, el Comité de Libertad Sindical (CLS), ha emitido diversos pronunciamientos dirigidos a la prohibición de contratar trabajadores para el reemplazo de huelguistas, señalando que: “(...) la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector como el de la empresa de Contadores Vincent, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido

empresario de aplicar algún tipo de movilidad en cuanto a los puestos de trabajo de estos trabajadores que permitiera suplir la inactividad producida por los trabajadores huelguistas.

²²⁵ Entendido como “la contratación temporal de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas.

²²⁶ CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. Ob. Cit. p. 35.

estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”²²⁷.

En el mismo sentido señaló que “(...) la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical, así como que si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales. El Comité pide al Gobierno que se asegure del respeto de este principio”²²⁸.

De igual forma, señaló que “(...) la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical» [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, cuarta edición, 1996, párrafo 570]. Además, el Comité observa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se ha pronunciado en el mismo sentido con respecto a esta cuestión en relación con Chile. Al tiempo que lamenta que la empresa FABISA S.A. — que fabrica bicicletas — haya recurrido a la contratación de trabajadores para reemplazar a trabajadores en huelga, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que se modifiquen los artículos 380 y 381 del Código de Trabajo que permiten reemplazar a los trabajadores que realizan huelgas en servicios no esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”²²⁹.

²²⁷ Párrafo 419 del Caso N° 1282 (Marruecos), Informe N° 241, 1985. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901265

²²⁸ Párrafo 998 del Caso N°2251 (Federación de Rusia), Informe N° 333, 2004. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907631

²²⁹ Párrafo 322 del caso N° 2141 (Chile), Informe N° 327, 2002. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2906402

En esta línea, el Comité de Libertad Sindical, ha dejado establecido que existe una clara prohibición de contratar personal para sustituir a los huelguistas en caso de los servicios no esenciales. A contrario sensu, podríamos señalar que el Comité sí permite la contratación de personal en caso de los servicios esenciales o indispensables. Sin embargo, como hemos referido en líneas anteriores, en nuestro ordenamiento la LSC da tratamiento a todos los servicios públicos como si fueran esenciales, a lo que se debe añadir que el artículo 84° de su reglamento, establece un listado abierto a lo que debe entenderse por servicios esenciales.

En consecuencia, tal como viene regulándose la huelga en el sector público, la facultad que se le brinda a la entidad pública de contratar personal externo para cubrir las labores de los huelguistas, constituye una grave afectación al contenido esencial del derecho de huelga, toda vez que como un medio legítimo de que disponen los trabajadores, se estaría impidiendo lograr su finalidad, que es la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales que buscan conseguir a través de su ejercicio.

En este punto de nuestro trabajo hemos advertido los principales rasgos que caracterizan el derecho de huelga en el sector público diferenciándolo del sector privado. Asimismo, advertimos que la principal diferencia radica en el tratamiento que se les da a los servicios públicos como si todos se trataran de servicios esenciales, lo cual permite que el contenido esencial del derecho de huelga se encuentre vulnerado en un grado mayor al que se encuentra en el sector privado. Para ello, una regulación adecuada y razonable del derecho de huelga en la LSC ayudaría mucho, en tanto permitiría, por una parte, subsanar las observaciones de la OIT, y, por la otra, evitar que el trabajador vea vulnerado su derecho de huelga sin llegar a afectar otros derechos fundamentales. Lo cual trataremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

PROPUESTAS DEL MARCO NORMATIVO DE LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO PERUANO

Durante el desarrollo de los capítulos anteriores hemos ido señalando las razones por las cuales nuestra legislación no ha merecido cambios significativos en el derecho de huelga de acuerdo a lo señalado por los Organismos de Control de la Organización Internacional del Trabajo.

En efecto, nuestro país lejos de levantar las observaciones realizadas por el Comité de Libertad Sindical, ha introducido una regulación en el sector público, que se aleja aun más del contenido esencial del derecho de huelga.

Es por ello, que el presente capítulo pretende realizar propuestas de dicho marco normativo, para lo cual resulta necesario recordar las principales críticas realizadas por el Comité de Libertad (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) a la actual Ley del Servicio Civil y su reglamento, en lo referente al derecho de huelga.

1. Principales críticas a la Ley del Servicio Civil y su reglamento.

- a) En el Informe N° 374 (marzo 2015), (párrafo 662) el CLS señaló que “en lo que respecta a los alegatos según los cuales la Ley N° 30057 ataca el derecho de huelga al permitirle a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio hasta su efectiva culminación”²³⁰.

Al respecto, el Comité considera que esto no plantearía problemas de compatibilidad con los Convenios de la OIT siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la ley, esto es:

²³⁰ Informe N°374 (CLS), Marzo 2015, Caso N° 3026 – Perú,. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3237709

- Que los servicios calificados como esenciales se definan siguiendo los criterios de los órganos de control de la OIT.
- Que la definición de los servicios mínimos se realice con participación de las organizaciones de trabajadores.
- Que la contratación de trabajadores de reemplazo sólo proceda cuando los servicios mínimos no hayan sido cubiertos por la organización o los trabajadores que ejercen su derecho de huelga, originando esta situación un grave riesgo a la vida, seguridad o salud de las personas.

En consecuencia, “el Comité recuerda el principio según el cual el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias”

De acuerdo a este informe, la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) alega que la LSC vulnera los derechos de libertad sindical, toda vez que se permite la contratación de personal para cubrir los servicios mínimos de los servicios esenciales. Sin embargo, el CLS sí permite dichas contrataciones siempre que se causen graves perjuicios a la colectividad.

Pues bien, a partir de dichas observaciones, podemos plantear ciertas reformas a nuestro ordenamiento relacionada a la calificación de los servicios esenciales, a la determinación de los servicios mínimos y a la contratación de trabajadores de reemplazo. Para ello, consideramos que dichas reformas están vinculadas al establecimiento de las funciones de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Tal es así que, en el Informe N° 376 (octubre 2015) el CLS concluyó que de acuerdo a lo señalado por ESSALUD, existen discrepancias en materia de establecer los servicios mínimos y la extensión de sus alcances, toda vez que se autorizó la contratación de personal en reemplazo de trabajadores, por lo que a

partir de ello, se pide al Gobierno que dicha divergencia sea resuelta por un órgano independiente .

En efecto, como vemos las observaciones por el CLS, están relacionadas a la creación de un órgano independiente que resuelva dichas materias, en consecuencia una de las principales reformas que señalaremos estará en relación al funcionamiento de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Otra de las cuestiones a resolver, esta relacionada a lo señalado por el CLS en el citado informe (párrafo 663) en donde refirió que el artículo 40° de la ley N° 30057 excluye de los derechos colectivos a los funcionarios públicos, los directivos públicos y los servidores de confianza.

Al respecto, “el Comité recuerda que el artículo 1.2) del Convenio núm. 151 establece que es la legislación nacional la que deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial”

Pues bien, como sabemos, según lo señalado por el CLS la única restricción debe ser para aquellos servidores que ejercen funciones en nombre del Estado, en consecuencia, los únicos que pueden hacerlo son los funcionarios públicos y directivos públicos, y los servidores de confianza que ocupen los dos cargos anteriores.

En efecto, otra de las propuestas de reforma normativa deberá estar referida a la limitación del término funcionario público.

- b) Además de lo señalado por el CLS, la CEACR en el Informe III (Parte 1ª) realizó las siguientes observaciones:
- Que el artículo 40 de la Ley N° 30057, contiene restricciones idénticas a las establecidas en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú, en tanto no reconoce el derecho de sindicación a los funcionarios del estado

con poder de decisión y los que desempeñan cargo de confianza o de dirección.

Al respecto, la Comisión recuerda, por una parte, que en virtud de los artículos 2 y 9 del Convenio, todos los trabajadores, con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía, deben gozar de las garantías del Convenio y que, por otra, son compatibles con el Convenio las legislaciones que prevén que los funcionarios de alto nivel deban formar organizaciones separadas de los demás servidores públicos, siempre que la legislación limite esta categoría a las personas que ejercen altas responsabilidades de dirección o de definición de políticas.

- Que el RLSC adoptado en 2014 prevé, al igual que la LRCT, que la declaración de la huelga debe representar la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito, la Comisión pide al Gobierno que indique si el artículo 62 del RLRCT se aplica a la administración pública (toda vez que dicho artículo se modificó con satisfacción mediante DS N° 024-2007-TR, señalando que será adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos siempre que dicha decisión sea adoptada la menos por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea).
- Que en virtud de los artículos 86, 87 y 88 del RLSC, pide al gobierno que le envíe informaciones adicionales sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, su composición actual así como las decisiones dictadas por la misma con respecto al ejercicio del derecho de huelga.

En este orden de ideas, hemos citado las principales observaciones que han señalado los órganos de control de la OIT respecto al ejercicio del derecho de huelga en el la LSC y su reglamento, siendo a partir de las cuales debemos realizar las principales modificaciones normativas. Asimismo, a dichas observaciones deberán sumarse las señaladas en el capítulo anterior, es decir, a todas aquellas disposiciones normativas que no estén acorde con el contenido esencial del derecho de huelga.

2. Propuestas de modificación normativa que apuntan a un respeto del contenido esencial del derecho de huelga

Pues bien, una vez analizadas las disposiciones actuales de nuestra legislación en el sector público en lo que respecta al derecho de huelga, señaladas en el capítulo anterior, además de las principales observaciones del CLS y la CEACR, nos encontramos en condiciones de realizar propuestas que acerquen a la legislación nacional a los estándares internacionales, esto es el respeto del contenido esencial del derecho de huelga que debe tener en cuenta el Estado peruano.

Podemos entonces proponer como cambios en la legislación nacional los siguientes:

2.1. Definición de funcionario público

Recordemos que el artículo 40° de la LSC, establece expresamente que los funcionarios públicos, los directivos públicos y los servidores de confianza, no están comprendidos en los derechos colectivos de los servidores civiles.

Pues bien, como sabemos la nuestra Constitución también los excluye, sin embargo debe precisarse qué se entiende por funcionario público, toda vez que una definición amplia trae como consecuencia una serie de restricciones, que no debería permitirse según lo señalado por el CLS. Además, dichos trabajadores excluidos, deberían tener la posibilidad de formar organizaciones separadas de los demás servidores públicos.

En efecto, consideramos que dicho artículo debería quedar redactado de la siguiente manera:

Ley del Servicio Civil

“Artículo 40° Derechos Colectivos del Servidor Civil

Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución

Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos y aquellos que ocupen cargos de confianza en aquellos niveles, siempre que sus funciones la realicen en nombre del Estado.

Los funcionarios públicos referidos deberán gozar de garantías compensatorias que protejan sus intereses, como procedimientos de conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos(...)”.(Lo subrayado es lo modificado)

De lo expuesto, según lo señalado por el CLS, el derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública, haciendo la salvedad que el término funcionario público es distinto en cada país, es decir se puede limitar este derecho a los funcionarios públicos, directivos públicos o servidores de confianza, según lo conceptos señalados en el artículo 3° de la LSC, siempre que sus funciones las realicen en nombre del Estado. A su vez, como el CLS lo ha solicitado, dichas limitaciones deben ir acompañadas de ciertas garantías compensatorias, que pueden ser procedimientos de conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos²³¹.

2.2. Definición de huelga

Como sabemos el artículo 79° del RLSC, en su primer párrafo señala: “La huelga es la interrupción continua y colectiva del trabajo, adoptada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria de manera pacífica por los servidores civiles, con abandono del centro de trabajo. Los representantes de los servidores civiles deben notificar a la entidad pública sobre el ejercicio de huelga con una anticipación no menor a quince (15) días calendario”

Sin embargo, como habíamos referido en el capítulo anterior, ésta definición no se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga. En primer lugar, porque restringe las diferentes modalidades de huelga amparadas por los órganos de control de la OIT, y en segundo lugar, porque al establecer un plazo de preaviso de quince (15) días calendario, se le da un tratamiento de servicios esenciales a todos los servicios públicos, cuando en sentido estricto no lo son, en tanto no

²³¹ Dichas garantías compensatorias han sido señaladas por Gernigon y otros. Ob. Cit. pp. 17-18.

todos los servicios públicos ponen en peligro la vida o salud de la persona en toda o parte de la población

En consecuencia, dicho artículo debería quedar redactado de las siguiente forma:

“Artículo 79° Definción de huelga

La huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los servidores civiles y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses ecomómicos y sociales. Lo representantes de los servidores civiles deben notificar a la entidad pública sobre el ejercicio de huelga con una anticipación no menor a diez (10) días calendario tratándose de servicios públicos esenciales, y no menor de cinco (cinco) días calendario tratándose de servicios públicos”.

Sobre la definición propuesta, ésta se ajusta al principio básico del derecho de huelga señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que ha sido tomado como base para establecer el contenido esencial del derecho de huelga que defendemos en el primer capítulo.

En relación al plazo de preaviso de huelga, consideramos debemos tomar como referencia los establecidos en la LRCT, toda vez que establece diez (10) días para el caso de los servicios públicos esenciales, y cinco (5) para los demás servicios, que este caso serían para los servicios públicos.

Si bien el plazo de quince (15) días se encontraría dentro de los parámetros fijados por el CLS, sin embargo, debe existir una justificación atendible que no afecte la viabilidad de la huelga, lo que no ha ocurrido en nuestro caso, mas aun, si en la LSC dicho plazo de preaviso viene acompañado de la posibilidad de contratar personal de reemplazo, con lo cual se le estaría permitiendo a las entidades públicas que durante dicho plazo puedan contratar el personal suficiente para restar efectividad a la huelga.

2.3. Requisitos para la declaratoria de huelga

En relación a la declaratoria de huelga, ésta viene acompañada de una serie de requisitos que restringen su ejercicio, en consecuencia propondremos la modificación de cada uno de ellos.

a) Objeto de la huelga

En cuanto al objeto de la huelga, el artículo 80.a del RLSC señala lo siguiente: La declaratoria de huelga debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles en ella comprendidos.

Sin embargo, como hemos señalado en el capítulo anterior, dicha redacción limita el ejercicio del derecho de huelga en cuanto al uso de modalidades permitidas por los órganos de control de la OIT, toda vez que su finalidad se ve restringida a los derechos e intereses de los servidores civiles cuando su redacción debería permitir la defensa de los intereses económicos y sociales de los servidores civiles.

En consecuencia, el literal a) del artículo 80° debería quedar redactado de la siguiente forma:

“Artículo 80°: La declaratoria de huelga debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Que tenga por objeto la defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de los servidores civiles”.

Al respecto, se debe entender que se admite las huelgas no solo de orden profesional, sino las huelgas con finalidades políticas económicas y social en cuanto sirvan a dicho fin, e inclusive huelgas de solidaridad; todas las anteriores con la condición de que sean ejercidas de manera pacífica.

Lo señalado está acorde con uno de los elementos del principio básico en materia de derecho de huelga, señalado por el Comité de Libertad Sindical²³², y

²³² GERNIGON, Bernard y otros. Ob. Cit., p. 11.

que ha servido para establecer el contenido esencial del derecho de huelga, el cual también se desprende de la Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 526, año 2006.

b) Sobre la adopción de la decisión de declaratoria de huelga

Sobre el particular, el artículo 73.b de la LRCT y el artículo 80.b del RLSC señalan: “Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito”. Sin embargo, dicho artículo en el sector privado, fue modificado al señalar en el artículo 62° del RLRCT que “(...) siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea”. Como sabemos, el RLSC constituye un retroceso, en relación a la modificatoria que se hizo en el RLRCT.

Sin embargo, a pesar que dicha modificación fue reconocida por el Comité de Libertad Sindical como un avance, aún seguía siendo restrictiva, es así que recientemente, el RLRCT ha sido nuevamente modificado en relación a este extremo, toda vez que a través del Decreto Supremo N° 003-2017-TR, ha modificado el artículo 65° del RLRCT, señalando que: “La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso 73 de la Ley, se sujetará a las siguientes normas: (...) e) Declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, que en Asamblea sea designado específicamente para tal efecto, de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley”.

Sobre este punto, antes la declaración jurada debía ser firmada por toda la junta directiva, lo cual dificultaba el ejercicio de este derecho, dado que la Autoridad de Trabajo, al ser la competente para determinar si es procedente o no una huelga en el sector privado, en su gran mayoría la declaraba improcedente por el simple hecho de que la referida declaración jurada no contaba con todas las firmas de los miembros de la junta directiva.

No obstante, con la reciente modificación dicha situación se ve remediada, ya que ahora la declaración jurada solo será firmada por el secretario general y un dirigente designado específicamente para tal fin, no siendo necesario contar con la rúbrica de todos los dirigentes sindicales²³³.

En este sentido, y atendiendo uno de los elementos del principio básico del derecho de huelga, se refiere a que las limitaciones legales del ejercicio de la huelga, no deben ser excesivas; además el CLS señaló que “los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal”²³⁴.

Para cumplir con lo señalado por el CLS, el literal b) del artículo 80° del RLSC debe quedar redactado de la siguiente forma:

“b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea; a la que se deberá acompañar la declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, que en Asamblea sea designado específicamente para tal efecto”.

c) Formalidades del acta de asamblea

En cuanto a otros de los requisitos señalados en el RLSC para la declaración de la huelga, se encuentra referido a que el acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público, o a falta de este por el Juez de Paz Letrado de la localidad, sin embargo, como lo habíamos referido, dicho requisito equivale a sujetar la validez de un acto a una comprobación notarial o judicial, lo que de por sí nos parece un exceso²³⁵, toda vez que “los principios de la libertad sindical no

²³³ TARAZONA PINEDO, Manolo. Principales modificaciones del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Soluciones Laborales N° 112, abril, p. 115.

²³⁴ Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 548, año 2006.

²³⁵ Actualmente el MTPE viene declarando improcedente la comunicación de huelga que no cumpla dicho requisito. Por ejemplo, en la Resolución Directoral General N° 145-2014/MTPE/2/14, se declaró “IMPROCEDENTE la comunicación de huelga indefinida presentada por dicha organización sindical por no cumplir con el requisito exigido en el literal b) del artículo

amparan las extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga que supongan el incumplimiento de los requisitos razonables de licitud²³⁶. Más aún si dicho requisito es convalidado con la declaración jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, expuesto en el punto anterior, toda vez que su actuación está justamente referida a la decisión adoptada en asamblea.

Además, debemos precisar que dicho requisito está mal redactado, toda vez que el término refrendar no es tarea de un notario, en tanto los notarios no refrendan sino dan fe de un acto, es decir solo verifican su realización.

Conforme lo expuesto, consideramos que en salvaguarda de la autonomía sindical y a efectos de no afectar la viabilidad de la huelga, el referido requisito contemplado en el literal c) del artículo de la LSC, debería ser modificado, y quedar redactado de la siguiente forma:

“c) El Acta de Asamblea deberá ser adjuntada en copia simple”.

Consideramos que dicha modificación debería extenderse al sector privado, en consecuencia, el Ministerio de Trabajo deberá modificar el TUPA que regula dicho requisito²³⁷.

d) Comunicación de la huelga

Teniendo en cuenta lo señalado en líneas anteriores, y habiendo propuesto la modificación de la definición de huelga, cuya redacción incluye el plazo de preaviso de la huelga, tal como lo hemos justificado en el ítem uno del presente

73° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y el literal b) del artículo 65° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-992-TR”.

²³⁶ GERNIGON, Bernard y otros. Ob. Cit., p. 59.

²³⁷ En el caso del sector privado, dicho trámite se encuentra previsto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (procedimiento 10), en el cual se establece como requisito la presentación de copia del Acta de Asamblea, legalizada por Notario Público o Juez de Paz de la localidad, según sea el caso.

capítulo, la redacción de literal e) del artículo 80° del RLSC quedaría redactado de la siguiente manera:

“e) Que sea comunicada a la entidad pública por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación y con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia simple del acta de votación. La entidad deberá avisar a los usuarios de los servicios del inicio de la huelga”.

2.4. Huelgas consideradas atípicas

Ahora bien, como lo hemos venido sosteniendo en el desarrollo de los capítulos anteriores, defendemos el respecto del contenido esencial del derecho de huelga, en relación al principio básico sobre el cual debe regularse, tomando en cuenta además los elementos que se desprenden del mismo, los que han sido establecidos por el CLS. Pues bien, uno de dichos elementos está vinculado a la finalidad de la huelga, que incluye la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, que incluyen las diferentes modalidades de huelga, incluyendo las huelgas políticas y de solidaridad, siempre y cuando sean realizadas de manera pacífica.

En consecuencia, el artículo 81° de la LSC, debería quedar redactado de la siguiente forma:

“Están amparadas por la presente norma las diferentes modalidades de huelga; siempre que no sean abusivas y defiendan los intereses económicos y sociales de los trabajadores, además es requisito indispensable que sean realizadas de manera pacífica”.

A partir de dicha modificación, debemos recordar que nuestra normativa tipifica como falta grave ciertas modalidades de huelga, como por ejemplo el literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR²³⁸, y en caso del sector público en el literal n) del artículo 85° de la LSC²³⁹. En consecuencia, a partir de la permisión de las diferentes modalidades de huelga, tal como lo hemos tipificado, las normas señaladas no serían aplicables a los servidores civiles que en ejercicio de su derecho de huelga utilicen alguna de las modalidades de huelga permitidas por ley, siempre que hayan sido declaradas legales.

Asimismo, por huelgas abusivas debe entenderse por aquellas huelgas que suponen un daño desmesurado para el destinatario de la medida de presión o un uso torticero y abusivo de la huelga para la consecución de finalidades no amparados por el ordenamiento²⁴⁰. Sin embargo, consideramos que a diferencia de ordenamientos como el de España que considera que la declaración de huelga abusiva actúa como presunción iuris tantum y son los huelguistas quienes deben de probar la inexistencia de abuso, para nosotros no opera dicha presunción, y la ilegalidad de la huelga por abusiva debe ser probada por la Entidad Pública en cada caso en concreto.

Finalmente, se debe tener en que las huelgas puramente políticas y las huelgas decididas sistemáticamente tiempo antes que las negociaciones se lleven a cabo no caen dentro del ámbito de los principios de la libertad sindical²⁴¹.

2.5. Prohibición real de reemplazo de los trabajadores en huelga (esquirolaje)

Como sabemos la LSC y su reglamento ,en sus artículos 45.2 y 85 respectivamente, permiten la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios

²³⁸ Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) (...), la reiterada paralización intempestiva de labores (...)."

²³⁹ Artículo 85.- Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo: "(...) n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo".

²⁴⁰ Martíñ , V. A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, M. J. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 397.

²⁴¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 528.

esenciales y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga hasta su culminación.

Al respecto, como hemos señalado en el capítulo anterior, en principio de la lectura de la normativa que permite la contratación de personal externo, por sí sola no contraviene lo señalado por los órganos de control de la OIT, toda vez que se permite la contratación de trabajadores siempre que se trate de un servicio esencial en sentido estricto del término²⁴², es decir que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población. Lo cual, además ha sido declarado constitucional por el TC en la Sentencia del 26 de abril de 2016, Caso Ley del Servicio Civil. Sin embargo, como hemos venido sosteniendo, la LSC y su reglamento han dado tratamiento a los servicios públicos como si todos se tratasen de servicios esenciales, sin hacer mayor distinción entre ambos, otorgándoles incluso el mismo plazo de preaviso de la huelga, como ya lo habíamos referido.

En consecuencia, con la finalidad de no excedernos en las limitaciones que establecen los órganos de control de la OIT en relación al ejercicio del derecho de huelga en caso de los servicios esenciales, como en este caso permitir la contratación de trabajadores externos, la normativa del sector público debe quedar redactada de la siguiente forma:

Ley del Servicio Civil

“Artículo 45.2 . El ejercicio del derecho de huelga permite a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos indispensables de los servicios esenciales, desde el inicio de la huelga hasta su efectiva culminación, siempre que los servidores civiles no los hayan atendido adecuadamente”.

De la redacción propuesta, debemos tener en cuenta que debe tratarse de servicios esenciales y no de servicios públicos, asimismo nótese que la

²⁴² Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párrafo 632.

modificación propuesta incluye las observaciones realizadas en el capítulo anterior, referidas al término de servicios indispensables, el cual consideramos forma parte de la definición de servicios esenciales²⁴³.

En tales circunstancias el RLSC también debe ser adecuado a lo antes señalado, precisando lo siguiente:

“Artículo 85. En los casos en que la huelga afecte servicios esenciales, los servidores civiles en conflicto deberán garantizar la permanencia del personal necesario para que atienda los servicios mínimos indispensables de los servicios esenciales.

Anualmente, el titular de la entidad que preste servicios esenciales comunicará a sus servidores civiles u organización sindical que los represente, el número, ocupación y horarios de servidores necesarios para el mantenimiento de los servicios mencionados.

En el caso que los servidores civiles no atendieran adecuadamente los servicios mínimos indispensables de los servicios esenciales, las entidades podrán contratar temporalmente el reemplazo de dicho personal de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley”.

2.6. Comisión de Apoyo al Servicio Civil

Como hemos venido señalando, la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, podría ser el organismo autónomo e independiente que los órganos de control de la OIT han estado requiriendo al Estado peruano en reiteradas oportunidades, toda vez que se le ha otorgado facultades como la calificación del derecho de huelga y el establecimiento de los servicios mínimos de los servicios esenciales.

²⁴³ Debemos advertir que no se ha encontrado ningún pronunciamiento de los órganos de control de la OIT que hagan referencia al término servicios indispensables, sin embargo, este concepto ha sido utilizado por diferentes normativas como la italiana, para definir el término servicios esenciales, como lo habíamos referido en el capítulo anterior. Por dicha razón, consideramos que, en nuestro caso, el legislador al definir dicho término en el RLSC no ha hecho más que poner énfasis en señalar que los servicios indispensables no pueden interrumpirse en caso de huelga.

En efecto, es necesario señalar cuál es su naturaleza, las reglas de funcionamiento, su composición y las directrices que se debe seguir para cumplir con su finalidad, la cual debe estar orientada a brindar las garantías necesarias para el ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos.

No obstante, como sabemos, no existe referencia alguna a la creación de dicha Comisión, toda vez que el RLSC crea esta nueva institución adscrita a la Autoridad Nacional del Servicio Civil, sin que la LSC se lo habilite, desnaturalizándola y transgrediendo el mandato constitucional²⁴⁴.

Siendo así, dicha Comisión debe crearse en mérito a lo señalado por el artículo 11, literal a) del Decreto Legislativo N° 1023²⁴⁵, por lo que corresponde proponer la adecuación normativa que evite dicho cuestionamiento, introduciendo la figura de dicha Comisión en la LSC, quedando señalada en el siguiente artículo:

Ley del Servicio Civil

“Ejercicio de la huelga (...)

Artículo 45.3 La Comisión de Apoyo al Servicio Civil, es el nuevo órgano facultado para conocer y resolver en primera y única instancia administrativa, los conflictos y controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre organizaciones sindicales y entidades públicas o entre estas y los servidores civiles”.

Asimismo, la décima disposición complementaria final del RLSC, debe pasar a formar parte de la LSC, en el orden siguiente:

Ley del Servicio Civil

“Disposiciones Complementarias Transitorias (...)

NOVENA. IMPLEMENTACIÓN DE LA COMISIÓN DE APOYO AL SERVICIO CIVIL

²⁴⁴ Por distribución de competencias, el Poder Legislativo ostenta la facultad de producción normativa, no obstante, de acuerdo al artículo 118, inciso 8 de la Constitución Política del Perú, el Poder Ejecutivo puede reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

²⁴⁵ Artículo 11º.- Atribuciones de la Autoridad La Autoridad ejerce las siguientes atribuciones: a) Normativa, que comprende la potestad de dictar, en el ámbito de su competencia, normas técnicas, directivas de alcance nacional y otras normas referidas a la gestión de los recursos humanos del Estado

*En tanto no se implemente la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, las competencias señaladas en el artículo 45.3 de esta ley estarán a cargo del órgano competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*²⁴⁶.

Siendo así, una vez regulada la creación de dicha Comisión en la LSC, recién resulta válido que su reglamento la complemente y desarrolle a través de sus artículos.

Asimismo, a fin de dar respuesta al referido informe III (Parte 1A) del dos mil dieciséis emitido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), quién desea saber cuáles son las reglas que rigen su funcionamiento, su composición actual, así como las decisiones dictadas por la misma con respecto del ejercicio del derecho de huelga, empezaremos por analizar la normativa actual, identificando sus principales características, y en forma posterior, señalaremos como referencia otras legislaciones dónde se encuentra regulada dicha Comisión.

Pues bien, en relación al ámbito de aplicación de dicha Comisión, ésta se encuentra en el Libro I (Normas Comunes a todos los regímenes y entidades), Título V (Derechos Colectivos), Capítulo IV (De la Solución de Controversias) del RLSC, por lo que en mérito a lo señalado por la segunda disposición complementaria final, dicha la Comisión podrá resolver los conflictos que dentro de su competencia se generen, en un ámbito de aplicación general, esto es, transversal a todas las entidades públicas y servidores civiles²⁴⁷.

En relación a su competencia, se puede delegar facultades a dicha Comisión en virtud de lo establecido por el artículo 67.1 de la Ley 27444, Ley del

²⁴⁶ Consideramos que debe ubicarse como novena disposición complementaria final del LSC, en tanto la octava disposición, está referida la implementación del régimen del servicio civil, por lo que, estando dicho orden, en forma posterior debería consignarse la novena disposición citada.

²⁴⁷ Segunda Disposición Complementaria Final: De las reglas de la implementación de la ley del Servicio Civil. Las entidades públicas y los servidores públicos que transiten o se incorporen o no al régimen de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, tendrán en cuenta lo siguiente. a) En el caso de Entidades que cuenten con resolución de inicio del proceso de implementación les es de aplicación lo siguiente: i. El libro I del presente Reglamento denominado "Normas Comunes a todos los regímenes y entidades" (...).

Procedimiento Administrativo General, que señala que “Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente”, precisando que ello se puede hacer una vez creada dicha Comisión por Ley, y a partir de ello regularla en la RLSC, como habíamos señalado líneas anteriores.

Pues bien, dicha Comisión nace de la necesidad de que la resolución de los conflictos en relación al derecho de huelga se lleve a cabo de manera autónoma e imparcial, además de tener una debida motivación (índole técnica), lo cual se puede lograr con la designación de especialistas en derecho administrativo, constitucional o laboral, como lo establece el artículo 88° del RLSC.

Ahora bien, la actuación de la Comisión se enmarca dentro de un procedimiento trilateral de tipo especial, en donde la entidad no actúa como juez y parte, sino por el contrario la administración (la Comisión), asume una posición garantista e imparcial frente a los administrados, que en este caso sería frente a las entidades y servidores civiles.

En consecuencia, señalada su actuación, ésta se enmarcaría dentro de los requerimientos de los órganos de control de la OIT, para resolver los conflictos en cuanto al derecho de huelga, toda vez que se busca a un órgano independiente y que genere confianza entre las partes, y es precisamente esta labor la que asumiría la referida Comisión.

En relación a las competencias de la Comisión, éstas se encuentran contempladas en el artículo 87° del RLSC, las cuales son: a) la elección del Presidente del Tribunal Arbitral, b) la declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga, y finalmente c) en caso de controversia, determinar los servicios mínimos de los servicios indispensables y de los servicios esenciales.

En este caso, nos detendremos en los dos últimos ítems, toda vez que los mismos están referidos al ejercicio del derecho de huelga.

En el caso de la declaración de improcedencia o ilegalidad de la huelga, la Comisión interviene en dos momentos importantes, el primero antes de su materialización, es decir al momento de calificarla como procedente o improcedente. Para ello, se deberá tomar en consideración las modificaciones propuestas del artículo 80° del RLSC (requisitos para la declaratoria de huelga). Y el segundo momento, la Comisión intervendrá en la declaratoria de legalidad o ilegalidad de la huelga cuando ésta se haya realizado.

Pues bien, debemos recordar que las modificaciones propuestas en relación al artículo 80° del RLSC están acorde con lo señalado por los órganos de control de la OIT. En ese marco normativo, las actuaciones de la Comisión se ajustarían a un modelo polivalente, en donde el criterio sería permitir las diferentes modalidades de huelga siempre que sean realizadas de manera pacífica, cuidando que previamente se cumplan con los requisitos propuestos.

En cuanto a la determinación de los servicios mínimos de los servicios esenciales e indispensables, estando a que el concepto de servicios indispensables forma parte del concepto de servicios esenciales, consideramos resultaría adecuado que dicho artículo quede redactado de la siguiente forma:

“Artículo 87°. La Comisión es competente para resolver las siguientes materias: (...) c) En caso de controversia, determinar los servicios mínimos de los servicios esenciales”.

La referida redacción, es con el propósito de no calificar de manera independiente a los servicios esenciales y por otro lado los servicios indispensables toda vez que la redacción actual de la norma provocaría que ambos servicios sean tratados de manera independiente, cuando en sentido estricto no lo son, conforme lo hemos referido en líneas anteriores.

De otro lado, recordemos que en el caso de los servidores civiles que no atendieran adecuadamente los servicios mínimos de los servicios esenciales, las entidades podrán contratar temporalmente el reemplazo de dicho personal. En tal escenario resulta de vital importancia la actuación de la Comisión, toda vez

que es la encargada de darle contenido concreto a dichos servicios mínimos en cada caso en particular.

Como reiteramos, las facultades que se le han delegado a la Comisión cumplen con los requisitos señalados por el Comité de Libertad Sindical, no obstante, existen ciertos vacíos en su regulación, por lo que consideramos que éstos podrían ser superados si tomamos como referencia la experiencia comparada señalada en el capítulo anterior, en este caso a los modelos italiano y argentino, que como veremos tienen muchas similitudes con la regulación de la Comisión creada en nuestra normativa.

En relación al modelo italiano, existe la Commissione di Garanzia (en adelante Commissione), la cual viene siendo regulada mediante las Leyes N° 146/1990 y su reforma la Ley N° 83/2000²⁴⁸.

En cuanto a las atribuciones de la referida Commissione, ésta tiene la potestad de controlar y revisar las “prestaciones indispensables” pactadas en convenios colectivos y autorreglamentos sindicales. Es decir, que dicha Comisión se encarga de fijar los servicios mínimos de los servicios esenciales, a los cuales denomina prestaciones indispensables.

En casos dichas fijaciones autónomas, o servicios mínimos, no se hayan establecido o no resultaran idóneas para satisfacer las exigencias de tutela de los usuarios, la ley otorga a la Commissione la atribución de dictarlas provisionalmente (en caso hubiera fracasado el intento de conciliación entre las partes del conflicto). Dicha reglamentación provisional, debe ser respetada por las partes mientras las mismas no aporten un nuevo acuerdo sobre servicios mínimos considerados idóneos por la misma.

Asimismo, en caso de persistir un “fundado peligro” de perjuicio grave e inminente a “los derechos de las personas constitucionalmente garantizados” derivado de la interrupción o alteración del funcionamiento del servicio por efecto de la huelga, la Commissione puede activar la “precettazione”. Se trata del procedimiento por el cual la Commissione le propone intervención en el conflicto

²⁴⁸ OMAR GARCÍA, Héctor. La regulación en los servicios esenciales. Ob.cit, p.32.

a la autoridad gubernamental respectiva (el Presidente del Consejo de Ministros o un Ministro con facultades delegadas por aquél en caso de conflicto de relevancia nacional, por el gobernador si no tiene dicho alcance) a efectos de que, agotado infructuosamente un nuevo intento conciliatorio, dicte una ordenanza que disponga las medidas necesarias para evitar el perjuicio a los derechos de las personas constitucionalmente protegidos²⁴⁹.

Por ejemplo, puede consistir en la postergación de la huelga para una fecha diferente, la reducción de su duración o en la obligación de que tanto los sujetos convocantes de la misma como los trabajadores que adhieran y la Administración pública prestadora del servicio adopten medidas idóneas para asegurar niveles de funcionamiento del servicio “compatibles” con la salvaguarda de los mencionados derechos objeto de tutela constitucional²⁵⁰.

Por lo demás, las facultades de la Commissione di Garanzia están sujetas a la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

En consecuencia, según el modelo italiano, la Commissione di Garanzia cumple las mismas funciones que la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, toda vez que es quien determina los servicios mínimos de los servicios esenciales. No obstante, el procedimiento que permite la intervención de la autoridad gubernamental (precettazione), desnaturaliza la figura de autonomía con la que debe gozar dicha Comisión. Por lo demás, consideramos que cumple con lo señalado por los órganos de control de la OIT.

En cuanto al modelo argentino, se tiene a la Comisión de Garantías, regulada por el artículo 24° de la Ley 25.877, mediante la cual se delega la competencia para habilitar excepcionalmente la aplicación de la normativa sobre la huelga en servicios esenciales a actividades no enumeradas expresamente como tales por la propia ley, con sujeción a circunstancias y supuestos específicos, ha sido creada por Decreto N°272/06 (Reglamento de la Comisión de Garantías), bajo el modelo italiano.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

En cuanto a su naturaleza, esta Comisión de Garantías constituye un órgano de naturaleza arbitral no estatal, integrada por cinco miembros que, designados por un plazo de tres años, pudiendo ser reelectos por única vez. El referido Decreto (artículo 3 y 5) establece que la selección recaerá en “personas de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional de desatcada trayectoria”. No pueden integrar la Comisión “los legisladores nacionales, provinciales (...) y quienes ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos electivos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores” (artículo 4).

En relación a la designación de los árbitros, esta corresponde al Poder Ejecutivo, para lo cual las organizaciones de empleadores y trabajadores enviarán sus respectivas ternas de candidatos. Asimismo, el decreto establece la designación por el Poder Ejecutivo de un miembro titular, más un suplente (artículo 5), pero sin atribuirle la presidencia de la Comisión (artículo 6).

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, señaló “(...) que el nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del tribunal pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Por consiguiente, urge al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para que se modifique la ley de manera que las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores puedan, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje de Servicios Esenciales que los representan (...)”²⁵¹

En efecto, la designación de uno de los árbitros por el Poder Ejecutivo, no desnaturaliza la autonomía con la que deben gozar los miembros de la Comisión, distinto sería como en el caso de Bélize, que todos sus miembros sean designados por el Gobierno.

²⁵¹ Párrafo 517 del Caso N°1775 (Bélize), Informe N° 295, 1994. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903044

En relación a las funciones y facultades de la Comisión de Garantías, se ha señalado lo siguiente:

Artículo 2° del Decreto 272/06: “La Comisión prevista en el tercer párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877 se denominará COMISION DE GARANTIAS y estará facultada para:

a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo.

b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente.

c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa.

d) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.

e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas. La Comisión podrá ser convocada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de oficio o a pedido de las partes intervinientes en el conflicto colectivo.”

En consecuencia, respecto al modelo argentino, tiene varias similitudes a la regulación de nuestra Comisión, toda vez que sus miembros, también son profesionales especialistas en derecho laboral o derecho constitucional, y sus funciones están relacionadas a la fijación de servicios mínimos en los servicios esenciales. Sin embargo, a diferencia de nuestra regulación, la actuación de la Comisión se limita a asesorar y a rendir informes a solicitud de otra autoridad, salvo el caso de la calificación de servicios esenciales de las actividades no contempladas como tales en su normativa, que lo hacen de

manera independiente. Sin embargo, su regulación puede servirnos de base para completar la nuestra en lo que sea pertinente y teniendo en cuenta lo señalado por los órganos de control de la OIT.

Siendo así, podemos proponer los siguientes cambios normativos:

“Reglamento de la Ley del Servicio Civil

Artículo 87°. Competencias de la Comisión (...)

d) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el artículo 84°, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del citado artículo”.

Artículo 88° De la designación de los miembros de la Comisión

88.1. Los miembros de la Comisión son profesionales independientes, no pueden ser servidores civiles al momento de la designación y son especialistas en derecho administrativo, constitucional o laboral. La Comisión, adscrita a SERVIR, está conformada por tres (03) miembros titulares designados mediante resolución del Consejo Directivo de SERVIR para resolver las controversias que se le presenten. En dicha resolución, se designará, además, a dos miembros suplentes, quienes remplazarán a los miembros titulares en caso de ausencia. Los miembros de la Comisión percibirán dietas por su asistencia a las sesiones. Asimismo, a los miembros de la Comisión se les aplica las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades previstas en la Ley y en el presente Reglamento.

88.2. Los integrantes de la Comisión serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, del estado peruano. A estos fines, cada una de dichas organizaciones nominará dos candidatos (un titular y un suplente).

88.3. El Poder Ejecutivo Nacional designará a un integrante titular y un alterno de cada una de las ternas de candidatos propuestos; el restante miembro titular y su alterno serán designados en forma directa por el Poder Ejecutivo Nacional. Todos los integrantes de la

Comisión deberán cumplir los requisitos establecidos en el presente artículo, pudiendo ser reelectos por una sola vez.”

En este orden de ideas, teniendo en consideración los cambios normativos propuestos, podríamos dar una respuesta al Informe emitido por la CEACR, señalando que las reglas que rigen su funcionamiento se encuentran autorizadas por ley, y su desarrollo lo contempla su reglamento en el capítulo IV, precisando que el ámbito de aplicación corresponde a todas las entidades públicas y servidores civiles, conforme lo señala la segunda disposición complementaria final del reglamento. En cuanto a su composición, deberá tenerse en cuenta lo establecido en la propuesta del artículo 88 del RLSC, que incluye la participación de las organizaciones sindicales o grupo de trabajadores y la autoridad pública, lo cual además de uno de sus requerimientos, también se encontraría conforme lo señalado por el TC²⁵².

Finalmente, hemos de precisar que ante el requerimiento de la CEACR de informar sobre las decisiones dictadas por la referida Comisión, aún no se ha emitido pronunciamientos al respecto, en tanto sigue siendo el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el competente para resolver cualquier controversia en materia de huelga en tanto no se implemente la misma.

Hasta aquí hemos apreciado a grandes rasgos las propuestas de cambio normativo que requiere nuestra legislación actual en cuanto al derecho de huelga se refiere en el caso del sector público, sin perjuicio que las mismas sean aplicadas al sector privado, pues en ambos casos el derecho de huelga viene siendo limitado en exceso hasta el punto de volverlo inoperante, por la rigurosidad de sus requisitos y vulnerado por una definición que no se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga. Señalando en el sector público como única salvedad la creación de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, que a pesar de su incompleta regulación, de ser reformada conforme lo propuesto, se puede convertir en un importante avance en nuestra legislación.

Nos gustaría resaltar que la determinación del contenido esencial del derecho de huelga resulta imprescindible para cualquier reforma que desee plantear, toda

²⁵² Fundamento 202 de la Sentencia del 26 de abril de 2016 (Caso Ley del Servir)

vez que es a partir del mismo que podemos analizar nuestra normativa actual, y darnos cuenta de cuáles son las incompatibilidades que podemos encontrar.

Finalmente, consideramos que la falta de una adecuada regulación del derecho de huelga, la ha convertido en un derecho fundamental mal visto por la sociedad, tratándose de servicios públicos, toda vez que su ejercicio tiene incidencia en terceros ajenos a la relación laboral, es decir los usuarios del servicio. Razón por la cual resulta de imperiosa necesidad darle un marco normativo que permita un ejercicio adecuado del mismo, con un concepto que respete su contenido esencial, con requisitos que permitan su legalidad y demás elementos que eviten por un lado su inoperancia y por otro el ejercicio abusivo de este.



CONCLUSIONES

1. Nuestra Constitución se limita a reconocer el derecho de huelga como un derecho fundamental, de modo que es el legislador a quien corresponde regular las condiciones de su ejercicio, precisando que a la fecha no solo lo han hecho de una manera restrictiva, sino que, en el sector público, la han vuelto prácticamente inoperante.
2. Un derecho fundamental, está constituido por tres capas, la primera el contenido constitucionalmente posible, la segunda por el contenido constitucionalmente vigente y el tercero por el contenido esencial. Nuestro análisis se enfoca en este último. En el caso del derecho de huelga, el contenido esencial lo forma el principio básico establecido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, es decir que debe considerarse al derecho de huelga como “uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”, y los elementos que de él se derivan. A partir de dicho contenido debe regularse nuestro ordenamiento jurídico, empezando por el modelo normativo que debe regirnos, el cual debe ser el modelo polivalente o dinámico. No obstante, la normativa actual, en el ámbito privado, así como en el ámbito público, ha sido desarrollada sin respetar dicho contenido esencial.
3. Siendo así, el concepto de huelga regulado en la Ley del Servicio Civil es restrictivo y no se ajusta al contenido esencial del derecho de huelga, es decir, al principio señalado por los órganos de control de la OIT.

De otro lado, el diseño normativo de la LSC ha llevado a que su reglamento se exceda en su regulación para llenar los vacíos de la norma legal. Esto sin duda significaría que el reglamento sería inconstitucional. En suma, lo correcto sería para establecer los principales aspectos del derecho de huelga nos remitamos a la Ley del Servicio Civil (LSC), en forma complementaria a su reglamento (RLSC) y supletoriamente al Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT).

4. De otro lado, la LSC y su reglamento no establecen ninguna diferencia entre servicio público y servicio público esencial. Asimismo, no ha hecho distinciones en el plazo de pre aviso de huelga, dando el mismo tratamiento a todos los servicios públicos como si se tratasen de servicios esenciales cuando en sentido estricto del término no lo son, sino que tienen que cumplir ciertas condiciones, como lo ha señalado el CLS, es decir debe existir una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. En consecuencia, el plazo de quince días debe ser modificado.
5. Los servidores públicos que no actúan como órganos del poder público, es decir a nombre del Estado, deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. La única restricción debe ser para aquellos servidores que ejercen funciones en nombre del Estado, y los únicos que pueden hacerlo según los conceptos señalados en la LSC son los funcionarios públicos y directivos públicos, y los servidores de confianza que ocupen los dos cargos anteriores. Sin embargo, debe hacerse la salvedad, que no en todas sus funciones necesariamente actuarán en nombre del Estado, por lo que deberá evaluarse cada caso concreto. Asimismo, como lo ha señalado el CLS dichas restricciones deben ir acompañadas de ciertas garantías compensatorias.
6. En el caso de los servidores públicos, si bien el derecho de huelga debe conciliar con lo establecido en el artículo 39° de la Constitución Política del Perú, que establece “todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación”, no obstante, la huelga de solidaridad debe ser admitida siempre y cuando no sea abusiva ni entre en colisión con otros derechos fundamentales, lo cual será determinado en cada caso en concreto, labor que corresponde a la Comisión del Servicio Civil.
7. El papel de la referida Comisión, resulta relevante toda vez que según sus competencias puede aportar al avance de la regulación del derecho de huelga en el sector público, al emitir pronunciamientos basados en lo que señala los

órganos de control de la OIT, lo que significa que puede dar pase a la legalidad de las huelgas que se ajusten al contenido esencial del derecho de huelga.

8. La Comisión creada en nuestra legislación, tiene similar naturaleza a los órganos de países como Italia y Argentina, en consecuencia, se debería tomar en cuenta su experiencia para la elaboración de nuestra normativa.
9. Dado el marco normativo en el que viene regulándose la huelga en el sector público, esto es dar el tratamiento a todos los servicios públicos como si fueran esenciales, la facultad que se le brinda a la entidad pública de contratar personal externo para cubrir las labores de los huelguistas, constituye una grave afectación al contenido esencial del derecho de huelga, toda vez que como un medio legítimo de que disponen los trabajadores, se estaría impidiendo lograr su finalidad, que es la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales que buscan conseguir a través de su ejercicio.
10. En relación al arbitraje potestativo, la interpretación del artículo 74° de la LSC, le otorga de todas maneras la iniciativa a la entidad pública, toda vez que el sindicato se ve precipitado a escoger si ejercita o no el derecho de huelga en el momento de la presentación del arbitraje potestativo, lo cual sin duda le resta capacidad al derecho de huelga. En consecuencia, el arbitraje potestativo solo debería ser ejercitado por los trabajadores.
11. La inclusión de las diferentes modalidades de huelga, forman parte del contenido esencial del derecho de huelga, en consecuencia, deberían estar incluidas en nuestro ordenamiento, respetando los parámetros dados por los órganos de control de la OIT.
12. No todas las ocupaciones del centro de trabajo son violentas, ya que la violencia no es inherente a la modalidad, hay ocupaciones que son pacíficas, el carácter de violento tiene que ser demostrado y constatado en este caso por la Comisión del Servicio Civil, quien es el competente para declarar la improcedencia o ilegalidad de la huelga.
13. Una huelga neurálgica puede ser efectiva en la práctica (obliga la paralización de la mayoría) toda vez que evita que se dé la figura del esquirolaje pero a la vez

puede traer ciertos problemas desde el punto de vista normativo (los servicios esenciales o indispensable no pueden ser interrumpidos). Sin embargo, cualquier controversia debe ser analizada en cada caso en concreto, y ser determinado por un órgano independiente, que, en el caso del sector público, es la Comisión de Apoyo de Servicio Civil.

14. En relación a los piquetes de huelga, es la Comisión del Servicio Civil quien se debe encargar de determinar cuándo hay persuasión y cuándo hay violencia en el uso de esta modalidad de huelga, toda vez que sólo si son pacíficos y cumplen su finalidad informativa y persuasiva, puede ser admitidos, caso contrario un piquete ilegal podrá ser objeto de sanción disciplinaria o despido procedente
15. En relación al arbitraje potestativo, son los trabajadores civiles quienes tienen la facultad de decidir si optan por el arbitraje potestativo o la huelga. Una interpretación distinta, nos llevaría a suponer que el empleador puede obligar a la otra parte a someterse al referido arbitraje, lo cual no es posible, toda vez que la norma expresamente hace la salvedad que los trabajadores pueden optar por ejercer su derecho a la huelga.
16. El relación al respeto del contenido esencial del derecho de huelga, este se encuentra relacionado a no permitir procedimientos que permitan que en la práctica resulte imposible una huelga legal, en consecuencia, los requisitos que resulten restrictivos deberán ser modificados.
17. En relación al objeto de la huelga, el derecho de huelga debe conciliar con lo establecido en el artículo 39° de la Constitución Política del Perú, que establece “todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación”, no obstante, la huelga de solidaridad debe ser admitida siempre y cuando no sea abusiva ni entre en colisión con otros derechos fundamentales, lo cual será determinado en cada caso en concreto, labor que corresponde a la Comisión del Servicio Civil.
18. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que un preaviso de veinte días no atenta contra los principios de la libertad sindical en los servicios de interés social o público. Sin embargo, dicha recomendación es para el caso de los

servicios esenciales, por lo que debe ser tratada como una excepción a la regla, y no a la inversa, lo que significa que se debe proteger la continuación de los servicios esenciales otorgándoles un plazo adicional. Por el contrario, para el caso de los servicios públicos no esenciales el tratamiento debe ser distinto, es decir, el plazo de preaviso de la huelga debe ser menor que el concedido para los servicios esenciales, toda vez que como hemos venido sosteniendo, no se le puede dar el tratamiento de servicios esenciales a todos los servicios públicos.

19. Los servicios indispensables son aquellas prestaciones que aseguran la eficiencia del servicio, suficiente para salvaguardar los intereses generales preeminentes de los usuarios; es por ello que dichos servicios no pueden ser interrumpidos. Siendo así, los servicios indispensables forman parte de la definición de los servicios esenciales.
20. La determinación del contenido esencial del derecho de huelga resulta imprescindible para cualquier reforma que desee plantear, toda vez que es a partir del mismo que podemos analizar nuestra normativa actual, y darnos cuenta de cuáles son las incompatibilidades que podemos encontrar.
21. La falta de una adecuada regulación del derecho de huelga, la ha convertido en un derecho fundamental mal visto por la sociedad, más aun tratándose de servicios públicos, toda vez que su ejercicio tiene incidencia en terceros ajenos a la relación laboral, es decir los usuarios del servicio. Razón por la cual resulta de imperiosa necesidad darle un marco normativo que permita un ejercicio adecuado del mismo, que controle su legalidad y evite su vulneración como ha venido siendo a la fecha.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Ortiz, E. (2009). *Límites internos y externos al derecho de huelga*. Lima: Griley.

Arévalo Vela, J. (2013). Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de boda de Plata de la Sociedad*.

Balaguer Callejón, María Luisa (1991). El contenido esencial del derecho de huelga. Universidad de Málaga. Revista de Derecho Político, número 34, España.

Barreto Hugo, Ghione (2016). Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y derecho. [revista electrónica]. Editorial Bomarzo, España.

Baylos Grau, A. (2005). Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga. En A. Baylos Grau, *Estudios sobre la huelga*. Madrid: Bomarzo S.L.

Bilbao Ubillos, Juan María (1997). La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid.

Blancas Bustamante, Carlos

- (2011). La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales. Primera Edición, Lima, PUCP.
- *La Naturaleza del Arbitraje en la Negociación Colectiva*. En: http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/documento_naturaleza_arbitraje_negociacion_colectiva_CB.pdf.

Boza Pró, Guillermo

- (2016). Posibilidades y límites del ejercicio del derecho de huelga en el Perú [diapositivas]. Lima, Perú: PUCP.
- (2008). La protección constitucional de la libertad sindical. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la sentencia del 5 de enero de 2006. En: Trabajo y seguridad social: estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Grijley, Lima.

Canessa Montejó, Miguel.

- (2017). La Constitucionalidad de la ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT).

- (2016). El arbitraje Laboral en la Negociación Colectiva Peruana: Luces y Sombras. En el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SPDTSS.
- (2015). La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú(1990-2000). Maestría Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Material de enseñanza. Lima: PUCP, Virtual.

Cassagne, Juan Carlos (1993). *La huelga en los servicios esenciales*. Madrid: Civitas S.A.

Castello Illione, A. (s.f.). El Derecho de Huelga en Uruguay. *Derecho & Sociedad 37[revista electrónica]*.

Cortés Carcelén, Juan Carlos (1994). La huelga en la Constitución de 1993. *Revista Asesoría Laboral*.

Crisanto Castañeda, A. C. (2015). Comentarios sobre el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil. *Laborem N° 16*.

De La Cueva, Mario. (1970). *Derecho mexicano del trabajo*. México. Editorial Porrúa.

De la Jara Basombrío, E. (1986). *Derecho de la huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate*. Primera Edición. Lima: Instituto de Defensa Legal y Tarea, Asociación de Publicaciones Educativas.

Díaz Roncal, Kenny. (2015). *Reforzando la autonomía colectiva por medio de la Comisión de Apoyo al Servicio Civil, institución creada en el marco del Nuevo Régimen del empleo Público*. Lima: Soluciones Laborales N° 86.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN HI13 DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO. Informe "El tiempo de los derechos", número 22. La configuración constitucional del derecho de huelga: marco para una eventual regulación legal (2016). Obtenido de:
http://www.tiempodelosderechos.es/docs/nov11/numero_22.pdf

Ermida Uriarte, Oscar

- (2014). La huelga en los Servicios Esenciales. En: MDTSS, *Pragmática de las Relaciones Colectivas de Trabajo*. Material de enseñanza, Lima: PUCP.
- (1983) Apuntes sobre la huelga. Ed. FCU, Montevideo.

Escribano Gutiérrez, Juan. El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga. Sentencia 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Universidad de Almería. En: <file:///D:/Documentos/Documents/Dialnet-EIESquirolajeInternoComoAtaqueAIDerechoFundamental-4075787.pdf>

Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. (Marzo de 2015). *Gaceta Jurídica*(Tomo 87).

Gamonal Contreras, S. (s.f.). *EL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA*. Recuperado el abril de 2016, de <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n1/art05.pdf>

Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.

González Nieves, Orlando. (1991). Aspectos jurídicos de la huelga. Un estudio Integrador de los conflictos colectivos en los sectores privado y público. Primera Edición, Editorial La Libertad E.I.R.L. Trujillo.

Haro Carranza, Julio Enrique. (2015). *SERVIR: El nuevo régimen del servicio en la Administración Pública*. Ediciones Legales, v.1, Lima.

Hueck, Alfred & Nipperdey, H.C. (1963). Compendio de derecho del Trabajo. Traducción, presentación y notas de Derecho español por Rodríguez Piñero, Miguel y Luis Enrique de la Villa. Madrid: Revista de Derecho Privado. España.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006.

Martin, V. A., Rodríguez-Sañudo, F., & Garcia, M. J. (2013). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.

Morón Urbina, J. C. (Julio 2013). La visión jus administrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales. *Ius et Veritas N° 46*.

Naranjo de la Cruz, Rafael. (2000). Los límites de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares: La Buena Fe. Madrid.

Neves Mujica, Javier; Juan Carlos Cortés Carcelén y Guillermo Miranda Hurtado. (2013). Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil. *Ius Et Veritas N° 46*.

Neves Mujica, Javier

- (2016). *Introducción al Derecho Laboral*, Fondo Editorial de la PUCP, Tercera Edición, Lima.
- (2016). *Derecho Colectivo del Trabajo. Un panorama general*. Palestra Editores, Primera Edición, Lima:PUCP.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. [revista electrónica]. *Ius et Praxis*, Chile.

Nogueira Gustavino, Magdalena (2015). *La Huelga en el derecho Internacional y la protección Multinivel*. Madrid.

Ojeda Avilés, A. (2014). *Compendio de Derecho Sindical*. Tercera Edición, España: Tecnos.

Omar García, Héctor (2006). La regulación en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho. En: "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" Argentina.

Pasco Cosmópolis, M. (1996). *La Huelga en Iberoamérica*. Lima: AELE.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Libertad Sindical, Negociación colectiva y las relaciones de trabajo (Informe III Parte IA). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016.

Rendón Vásquez, Jorge. (2014). *Derecho del Trabajo Colectivo*. Lima, Grijley, 8va edición.

Rodríguez Ramos, María José (2016). *Medidas de conflicto en España*. En: *Negociación Colectiva y resolución de conflictos. Una perspectiva comparada entre España y Perú*. Lima.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. (2000). Principios, fines y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson.

Sala Franco, Tomás (2013) *Derecho Sindical*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. España.

Tarazona Pinedo, Manolo. (2017) *Principales modificaciones del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Soluciones Laborales N° 112, mes abril*.

Ugaz Olivares, Mauro. (2013). La huelga en el ordenamiento laboral peruano. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*, Primera Edición. Lima.

Valdés Dal Rae. (s.f.). Entrevista a Valdés Dal Rae. *Themis* 22.

Villavicencio Ríos, Alfredo

- (2008). *Huelga y Servicios Esenciales: Alcances, Estándares Internacionales y Nueva Afectación (la educación básica regular)*. Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Lima: SPDTSS, Grijley.
- (2010). La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. [revista electrónica] Lima: Grijley

ANEXO

PLAN DE TESIS

TÍTULO: ANÁLISIS DEL DERECHO DE HUELGA EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

1. Planteamiento del Problema

¿Cuáles son los cambios producidos en el Derecho de Huelga con la vigencia de la Ley del Servicio Civil?

¿La huelga en el sector público se ha vuelto inoperante con la Ley del Servicio Civil?

¿Estarían justificadas las restricciones al ejercicio del derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil?

2. Justificación del tema

En este trabajo, lo que se pretende es hacer un análisis del derecho de huelga en la regulación actual del Sector Público, y determinar si las nuevas disposiciones legales y jurisprudenciales han conseguido la inoperancia del ejercicio del derecho de huelga en el sector público, o en todo caso si fuera así y existieran restricciones, saber si éstas encuentran justificadas.

3. Objetivos

3.1. Objetivo principal: Analizar el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil.

3.2. Objetivo específico: Identificar si existen restricciones normativas del derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil y si éstas estarían justificadas.

4. Metodología y Plan de Trabajo

Actividad	Mes – Año 2016											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Elaboración y aprobación de anteproyecto				X								
Recolección de Información y elaboración del primer capítulo					X	X						
Recolección de Información y elaboración del segundo capítulo							X	X				
Reformulación del primer capítulo									X	X		
Reformulación del segundo capítulo											X	X

Actividad	Mes – Año 2017											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Recolección de Información y elaboración del tercer capítulo	X	X	X									
Elaboración de la introducción y conclusiones				X	X							
Presentación del total de la tesis					X							
Defensa de la tesis						X						

5. Bibliografía básica:

Arce Ortiz, E. (2009). Límites internos y externos al derecho de huelga. Lima: Griley.

Arévalo Vela, J. (2013). Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil. Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de boda de Plata de la Sociedad, 459.

Barretto Ghione, Hugo. ¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT. Obtenido de <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe51.pdf>

Baylos Grau, A. (2005). Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga. En A. Baylos Grau, Estudios sobre la huelga (págs. 89-109). Madrid: Bomarzo S.L.

Blancas Bustamante, C. (2011). La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Lima: PUCP.

Bernard Gernignon y otros. Principis e la OIT sobre el derecho de Huelga. Oit, Ginebra, 1998.

Boza Pró, G. (Mayo de 2016). Posibilidades y límites del ejercicio del derecho de huelga en el Perú [diapositivas]. Lima, Perú: PUCP.

Canessa, M. (2015). La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú (1990-2000). Lima. Escuela de Posgrado-PUCP.

Canessa, M. (2015). La Continuidad Democrática de la Flexibilización Laboral (2000-hacia adelante). Lima: Escuela de Posgrado-PUCP.

Canessa, M. (2015). Los efectos de la flexibilización laboral fujimorista. Lima: Escuela de Posgrado-PUCP.

Cassagne, J. C. (1993). La huelga en los servicios esenciales. Madrid: Civitas S.A.

Castello Illione, A. (s.f.). El Derecho de Huelga en Uruguay. Derecho & Sociedad

Centro de Asesoría Laboral-CEDAL (1988). Debates sobre la huelga: ley de AP-PPC posición de la minoría (1981) y de la OIT. Proyecto aprista. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Lima

Circulo de Estudios de Derecho Laboral de Asociación Derecho & Sociedad. Caracterización del tratamiento de las instituciones de huelga y arbitraje en la ley de relaciones colectivas de trabajo.

Cortés Carcelén, J. C. (1994). La huelga en la Constitución de 1993. Asesoría Laboral, 30-33.

Cosmópolis, M. P. (1996). La Huelga en Iberoamérica. Lima: AELE.

Crisanto Castañeda, A. C. (2015). Comentarios sobre el derecho de huelga en la Ley del Servicio Civil. Laborem N° 16, 15-39.

De Buen, Néstor. Entrevista: Themis 10.

De la Jara Basombrío, E. (1986). Derecho de la huelga en el Perú: dos modelos normativos en debate. Lima: Instituto de Defensa Legal y Tarea, Asociación de Publicaciones Educativas.

Ermida Uriarte, O. (2014). La huelga en los Servicios Esenciales. En MDTSS, Pragmática de las Relaciones Colectivas de Trabajo (págs. 1-18 (tema 12)). Lima: PUCP.

Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. (Marzo de 2015). Gaceta Jurídica(Tomo 87).

Gamonal Contreras, S. (s.f.). EL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. Recuperado el abril de 2016, de <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n1/art05.pdf>

Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.

González Nieves, O. (1991). Aspectos jurídicos de la huelga. Trujillo: Libertad E.I.R.L.

Huarcaya Lizano, C. G. (29 de diciembre de 2015). "DERECHO DE HUELGA, ESQUIROLAJE E INSPECCIÓN LABORAL". Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6338>

Informe técnico Nro 1409-2015-SERVIR/GPGSC. En: http://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2015/IT_1409-2015-SERVIR-GPGSC.pdf

Informe legal Nro 459-2011-SERVIR/GG-OAJ. En: http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Informes%20Legales/InformeLegal_459-2011-SERVIR-OAJ.pdf

Javier Neves Mujica, Juan Carlos Cortés Carcelén y Guillermo Miranda Hurtado. (2013). Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil. Ius Et Veritas N° 46, 430-440.

Ledesma, Carlos (2011). Derechos sindicales en el sector público en América Latina. En:

http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadadesregionales/2012/documentos/obj04_act03_2012_cursodistancia_td_derechos_sindicales_sec_pub.pdf

MDTSS. (2014). Pragmática del las Relaciones Colectivas del Trabajo. En O. Ermida Uriarte, La Huelga en los Servicios Esenciales (págs. 1-18 (tema 12)). Lima: PUCP.

Morón Urbina, J. C. (Julio 2013). La visión jus administrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales. *Ius et Veritas* N° 46, 270-283.

Neves, Javier; Juan Carlos Carcelén y Guillermo Miranda. (Julio 2013). Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil. *Ius et Veritas*, Nro 46 .

Nogueira Guastavino, Magdalena (2015). La huelga en el derecho internacional y la protección multinivel. Madrid.

Oje Ojeda Avilés, A. (2014). Compendio de Derecho Sindical. Madrid, España: Tecnos.

Organización Internacional del Trabajo. (1999). Memoria del Director General: Trabajo Decente, OIT, 87ª reunión Ginebra, junio 1999.

Organización Internacional del Trabajo. Educación Obrera para el Trabajo Decente. Equipo Multidisciplinario de Trabajo Decente. Oficina de la OIT para la Argentina. Obtenido de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/americas/ro-lima/ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_249875.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2006). La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT

Organización Internacional del Trabajo (2012). Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los Derechos en el Trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª, reunión.

Organización Internacional del Trabajo (2014). La iniciativa relativa a las normas: seguimiento de los acontecimientos relativos a la Comisión de Aplicación de Normas en la reunión de 2012 de la CIT, OIT.

Organización Internacional del Trabajo (2015). Documento de trabajo para la Reunión tripartita sobre el Convenio sobre Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación, 1948 (número87), en relación con el Derecho de Huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional, Ginebra 23-25 de febrero.

Organización Internacional del Trabajo. (01 de enero de 2016). Disposiciones sustantivas de la legislación laboral: el derecho de huelga. Obtenido de <http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch5.htm>

Palomeque López, Carlos Manuel. Entrevista: Derecho y Sociedad. pp. 27-33
Porret Gelabert, Miquel. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. En: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/44566/1/575487.pdf>

Pasco Cosmópolis, Mario. (1996). La Huelga en Iberoamérica. Lima: AELE.

Recomendaciones, C. d. (2016). Informe III (Parte IA). Obtenido de http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/reports/reports-to-the-conference/WCMS_448723/lang--es/index.htm

Ugaz Olivares, M. (2013). La huelga en el ordenamiento laboral peruano. Homenaje Aniversario de la SPDTSS, 407-424.

Vega Ruiz y Martínez y otro. Los principios y derechos fundamentales en el Trabajo. OIT, julio 2002.

Valderrama Valderrama, L. R. (mayo 2016). Inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley del Servicio Civil: Análisis de la Sentencia del TC. Soluciones Laborales.

Valdés Dal Rae. (s.f.). Entrevista a Valdés Dal Rae. Themis 22, 75-83.

Villavicencio Ríos, A. (2008). Huelga y Servicios Esenciales: Alcances, Estándares Internacionales y Nueva Afectación (la educación básica regular). Lima: Grijley.