



PERÚ

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

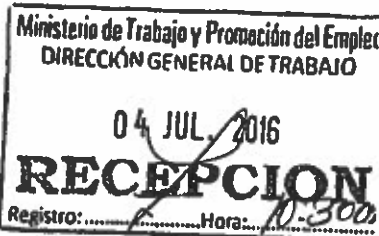
INFORME N° 81 -2016-MTPE/2/14:1

Para: Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

De: Víctor Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha: 01 de julio de 2016

Referencia: H.R. N° 39627-2016-EXT



I. ASUNTO

Consulta realizada por el Sindicato Cerro Verde sobre diversas materias vinculadas con la determinación de los servicios indispensables y/o esenciales.

II. BASE LEGAL

- Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR.
- Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR.
- Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444).

III. ANTECEDENTES

A través del documento de la referencia, el Sindicato Cerro Verde formula una consulta relacionada con a) la determinación de la nómina del personal para el mantenimiento de los servicios indispensables en caso de huelga; b) la subsanación de errores en la confección de la referida nómina de personal; c) los alcances del deber de garantizar el mantenimiento de los servicios indispensables; y d) el procedimiento de divergencia en relación a la determinación del número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios indispensables en caso de huelga.

Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2014-TR, esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo, lo que implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre materias comprendidas en la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera resuelve casos concretos, ya que ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

IV. ANÁLISIS

a) Sobre la determinación de la nómina del personal para el mantenimiento de los servicios indispensables en caso de huelga

El artículo 82° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, el TUO de la LRCT) establece lo siguiente:

"Anualmente y durante el primer trimestre, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. La indicada comunicación tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley. Los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación señalada en este artículo, serán resueltos por la Autoridad de Trabajo".



Del mismo modo, el artículo 67° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, el Reglamento de la LRCT), prescribe lo siguiente:

"En caso de servicios esenciales o de lo previsto en el artículo 78 de la Ley [servicios indispensables], para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunicarán en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad de Trabajo o al Instituto Nacional de Administración Pública, según corresponda, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos, así como la periodicidad en que deban producirse los respectivos reemplazos".

Como se aprecia, el empleador tiene la obligación de comunicar el número y ocupación de los trabajadores (puestos de trabajo) que considere necesarios para el mantenimiento de los servicios indispensables y/o esenciales en caso de producirse una huelga, incluyendo los horarios, turnos y la periodicidad en que deberán producirse los respectivos reemplazos.

Cabe precisar que la referida obligación, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 82° del TUO de la LRCT, "(...) tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga. (...)". En tal sentido, puede afirmarse que, en el marco



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 **Trabajo**
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

del procedimiento de comunicación de huelga, es la parte laboral (organización sindical o, a falta de ésta, los trabajadores) el sujeto obligado a presentar la nómina de trabajadores correspondiente, de conformidad con el número y ocupación de los trabajadores (puestos de trabajo) previamente designados por el empleador para el mantenimiento de los servicios indispensables y/o esenciales.

En concordancia con ello, el literal c) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT exige a la parte laboral que a la comunicación de la declaración de huelga adjunte *"la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley [servicios indispensables]"*.

b) Sobre la subsanación de errores en la confección de la nómina de personal presentada por la parte laboral

El artículo 125° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) prescribe lo siguiente:

"Deben ser recibidos [por la Administración Pública] todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles.

(...)

Mientras esté pendiente la subsanación, son aplicables las siguientes reglas: (...) La unidad [de recepción] no cursa la solicitud o el formulario a la dependencia competente para sus actuaciones en el procedimiento".

De acuerdo con ello, en el marco del procedimiento de comunicación de huelga, la unidad de recepción de la Autoridad Administrativa de Trabajo tiene la responsabilidad de verificar que la parte laboral cumpla con adjuntar la documentación solicitada en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2006-TR (procedimiento N° 10), entre ellos, adjuntar a la comunicación de huelga la nómina de trabajadores que deben seguir laborando para el mantenimiento de los servicios indispensables y/o esenciales.

En tales casos, la indicada unidad de recepción debe otorgar a la parte laboral un plazo de dos (02) días hábiles a fin de que pueda realizar las subsanaciones correspondientes. Efectuada la subsanación, la documentación correspondiente debe ser derivada a la dependencia competente como, por ejemplo, la Dirección General de Trabajo, en supuestos de huelgas de carácter suprarregional o nacional.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo**Trabajo**

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Naturalmente, es importante que se tenga en cuenta que la unidad de recepción de la Autoridad Administrativa de Trabajo realiza más una verificación formal del cumplimiento de los requisitos, antes que una evaluación detallada del contenido de la documentación presentada por la parte laboral. En ese caso, la parte laboral debe tener presente que, en determinados supuestos, puede existir una imposibilidad material de detectar omisiones u errores cometidos por ella. Por ejemplo, la unidad de recepción difícilmente pueda encontrarse en capacidad de verificar que los nombres concretos que figuran en la nómina de personal se tratan de trabajadores con contrato vigente de la empresa, imposibilidad en la que también puede encontrarse la dependencia competente de la tramitación del procedimiento de comunicación de huelga, mucho más si los plazos para la declaración de procedencia o improcedencia de la huelga son cortos.

En casos como el señalado, así como en otros que puedan estar referidos al cumplimiento de los demás requisitos para la comunicación de huelga, corresponde a la parte laboral que inicia el procedimiento de comunicación de huelga actuar diligentemente, teniendo en cuenta que la dependencia competente tramita el procedimiento de comunicación de huelga conforme a la documentación derivada por la unidad de recepción. Desde luego, lo señalado no impide que, incluso, la parte laboral pueda proceder por propia voluntad a subsanar ante dicha dependencia errores o deficiencias en la información presentada, lo que debería ser tomado en cuenta por la referida dependencia en caso aún no haya emitido pronunciamiento.

Desde luego, este razonable deber de diligencia previsto para la parte laboral no sólo es predicable cuando inicia un procedimiento de comunicación de huelga ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, sino además cuando dirige por mandato legal alguna comunicación hacia el empleador, con ocasión de la huelga a realizar.

Finalmente, es evidente que no cualquier error u omisión incurrida por la parte laboral acarrea per se la invalidez de la documentación presentada con ocasión de la tramitación del procedimiento de comunicación de huelga. Consideramos que esta situación debe analizarse caso por caso y según los principios que rigen el procedimiento administrativo, como por ejemplo el principio de razonabilidad, según el cual "las decisiones de la autoridad administrativa cuando [...] establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar [...]".¹ En ese marco, por ejemplo, repárese que un error u omisión que podría afectar la validez de la nómina de trabajadores ofrecida por la parte laboral puede ser aquel que impida que dicha nómina cumpla su finalidad, esto es, garantizar la permanencia del personal necesario para impedir la interrupción total de los servicios indispensables y/o esenciales durante la huelga (artículo 82° del TUO de la LRCT).

c) Sobre los alcances del deber de garantizar el mantenimiento de los servicios indispensables durante una huelga

Al respecto, repárese que ninguna norma del ordenamiento jurídico ha previsto la forma en que la parte laboral confeccione la nómina del personal que laborará durante

¹ Numeral 1.4 del artículo IV de la LPAG.



"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

la huelga para el mantenimiento de los servicios indispensables o esenciales. En tal sentido, desde una lectura constitucional del derecho a la huelga, no resulta razonable limitar per se dicha nómina sólo a los trabajadores sindicalizados. En efecto, si bien como regla general la parte laboral, en este caso, una organización sindical, tiene el deber de garantizar, con sus afiliados, la cobertura de los servicios indispensables o esenciales, repárese que pueden existir situaciones en que aquello no sea posible, por ejemplo, cuando ninguna de las funciones de los trabajadores afiliados se corresponda con las características del puesto concreto que debe permanecer en actividad, o por razones de seguridad y salud en el trabajo, o incluso porque de asumir la cobertura total de puestos a través de los trabajadores afiliados, la medida de fuerza carecería de efectos en la realidad.

En situaciones como las expuestas, y al no existir una limitación expresa, la parte laboral puede confeccionar la nómina de personal considerando a trabajadores no sindicalizados, independientemente del tipo contractual que ostenten ellos. Desde luego, para que dicho proceder no contravenga algún derecho o interés tutelado por nuestro ordenamiento jurídico, la parte laboral debería recabar el consentimiento expreso de aquellos trabajadores, así como observar determinadas disposiciones normativas que pudieran incidir en dicha particular prestación de servicios, como las disposiciones en seguridad y salud en el trabajo, descansos remunerados o los principios que rigen la relación laboral, entre otros. Igualmente, asumiendo que la huelga implica una afectación empresarial admitida por el ordenamiento, el recurrir a dichos trabajadores no debería implicar una afectación al empleador *adicional* a la propiamente derivada de la realización de la huelga.



d) Sobre el procedimiento de divergencia en relación a la determinación del número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios indispensables en caso de huelga.

De conformidad con el artículo 82° del TUO de la LRCT, la divergencia respecto a la determinación del número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales o indispensables – comunicados por el empleador a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad Administrativa de Trabajo – deberá ser resuelto por dicha autoridad. A tal efecto, de acuerdo con el artículo 68° del Reglamento de la LRCT, la Autoridad Administrativa de Trabajo designará a un órgano independiente para que realice la referida determinación, cuya decisión será asumida como propia por la indicada autoridad, a fin de resolver la divergencia.

En este supuesto, frente a un procedimiento de comunicación de huelga, el cumplimiento del requisito consistente en la presentación de la nómina de trabajadores que debe continuar laborando en los casos de servicios indispensables o esenciales debería ser evaluado por la Autoridad Administrativa de Trabajo a la luz de lo resuelto en el procedimiento de divergencia.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que la divergencia aún se encuentre pendiente de resolución, consideramos que la referida evaluación debería realizarse sobre la base de criterios generales. Podría considerarse, por ejemplo, i) en qué medida la comunicación de puestos de trabajo efectuada por la empresa y la respectiva nómina de la parte laboral se corresponden con la finalidad que se busca al establecer los



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

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 iv) en qué medida los puestos indispensables y/o esenciales pueden ser cubiertos por trabajadores no afiliados a la organización sindical, según el caso; entre otros.

En esa línea, por ejemplo, la Dirección General de Trabajo ha establecido en un caso concreto lo siguiente:

"Se deberá evaluar el grado de exigibilidad del requisito previsto en el literal c) del artículo 65° del Reglamento de la LRCT, a cuyo efecto podrían tomarse en cuenta el resultado de un procedimiento de divergencia anterior entre las mismas partes, en qué medida los puestos indispensables y/o esenciales pueden ser cubiertos por trabajadores no afiliados a la organización sindical, la condición mayoritaria o no de la misma que promueve la huelga, entre otros elementos"².

De acuerdo con lo señalado, en el supuesto que se inicie un procedimiento de comunicación de huelga y no se haya resuelto la respectiva divergencia, la Autoridad Administrativa de Trabajo debería evaluar el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 65, literal c, del Reglamento de la LRCT conforme a los criterios antes señalados. Desde luego, dicha evaluación sólo vincularía al empleador y a la parte laboral en el concreto procedimiento administrativo, sin que dicha evaluación suponga reemplazar al proceso de divergencia.

V. CONCLUSIONES

- En el marco del procedimiento de comunicación de huelga, es la parte laboral (organización sindical o, a falta de ésta, los trabajadores) el sujeto obligado a presentar la nómina de trabajadores correspondiente, de conformidad con el número y ocupación de los trabajadores (puestos de trabajo) previamente designados por el empleador para el mantenimiento de los servicios indispensables y/o esenciales.
- La dependencia competente de la Autoridad Administrativa de Trabajo tramita el procedimiento de comunicación de huelga conforme a la documentación derivada por la unidad de recepción. Ésta realiza más una verificación formal del cumplimiento de los respectivos requisitos, antes que una evaluación detallada del contenido de la documentación presentada por la parte laboral.

Por ello, la parte laboral tiene el deber de actuar diligentemente, sin perjuicio de la subsanación que pueda realizar ante la referida unidad de recepción o aquella que pueda efectuar por propia voluntad ante la dependencia competente del procedimiento de comunicación de huelga. Desde luego, en este último caso, la dependencia competente debe tener en cuenta la indicada subsanación en caso aún no haya emitido pronunciamiento.

² Por todas, ver la Resolución Directoral General N° 88-2016-MTPE/2/14, de fecha 13 de junio de 2016.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

- Desde una lectura constitucional del derecho a la huelga, no resulta razonable limitar per se la composición de la nómina de personal sólo a los trabajadores sindicalizados. Si bien como regla general la parte laboral, en este caso, una organización sindical, tiene el deber de garantizar, con sus afiliados, la cobertura de los servicios indispensables o esenciales, repárese que pueden existir situaciones en que aquello no sea posible, como las indicadas en el presente informe. Así, según cada circunstancia concreta, la parte laboral puede confeccionar la nómina de personal considerando a trabajadores no sindicalizados, independientemente del tipo contractual que ostenten ellos, siempre que ello se realice conforme al ordenamiento jurídico.
- En aquellos supuestos en que exista un procedimiento de comunicación de huelga y la divergencia aún se encuentre pendiente de resolución, consideramos que el cumplimiento del requisito consistente en la presentación de la nómina de trabajadores que debe continuar laborando en los casos de servicios indispensables o esenciales debería ser evaluado por la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la base de criterios generales, como los previstos en el presente informe. El pronunciamiento que emita la Autoridad Administrativa de Trabajo en relación a la comunicación de huelga no implica en modo alguno una decisión sobre la divergencia en trámite.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

.....
RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo