



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

INFORME N° 63 -2017-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: 22 de agosto de 2017

Referencia: H.R. E-082060-2017

I. ASUNTO

Opinión técnica referida a la cobertura de puestos esenciales o indispensables durante la realización de una huelga.

II. BASE LEGAL

- Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR.
- Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

III. ANTECEDENTES

El Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos adjunta una copia del "Acta de Acuerdo en Reunión Extraproceso", de fecha 21 de abril de 2017, suscrita por dicha organización sindical, el Sindicato Unificado de Trabajadores de SPCC y Anexos, y la empresa Southern Peru Copper Corporation. En el punto 6 de la citada Acta se señala expresamente lo siguiente:

"Los Sindicatos aceptan y cumplirán en lo sucesivo, en caso de huelga, su obligación de designar y cubrir los servicios mínimos desde el primer turno del primer día de paralización, conforme a la comunicación que hayan recibido de la Empresa, únicamente con los ajustes o restricciones que haya podido establecer la Autoridad competente de haberse promovido y resuelto una divergencia. (...)"

En este contexto, el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos (en adelante, el sindicato) nos consulta sobre el marco normativo aplicable para la determinación de los servicios mínimos en servicios esenciales o actividades indispensables, la provisión de la nómina respectiva y el procedimiento de divergencia.

Atendiendo al literal c) del artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR, esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo procede a emitir la opinión técnica solicitada. Dicha opinión permite desarrollar determinados criterios para la aplicación de las normas laborales, no obstante, no incide en las situaciones jurídicas concretas, ni intereses de las partes de la relación laboral.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

IV. ANÁLISIS

1. El derecho de huelga ha sido reconocido al máximo nivel en nuestro ordenamiento jurídico. El numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política indica que el Estado regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social, debiendo el legislador señalar sus excepciones y limitaciones.

Cabe indicar que en la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha resaltado que "la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos". Es así que una de las limitaciones al derecho de huelga viene constituida por el mantenimiento de servicios mínimos en actividades especialmente relevantes para la sociedad o el empleador.

2. A nivel legal, el artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT), indica que cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables del empleador, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir la interrupción total de aquellos y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

La misma disposición normativa señala que durante el primer trimestre de cada año, los empleadores deben comunicar a sus trabajadores o sus organizaciones sindicales y a la Autoridad Administrativa 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.

En tal sentido, es el empleador quien define los puestos u ocupaciones necesarios, el número de personas que se requieren, en determinados horarios y turnos, ello a efectos de asegurar que actividades de especial relevancia continuarán pese a la medida de fuerza, y que de paralizar causarían perjuicios no tolerables por el ordenamiento jurídico.

El sustento de esta actuación a cargo del empleador es la libertad de empresa reconocida a nivel constitucional. Esta libertad permite al empleador gozar de autonomía para organizar (libertad de organización), para dirigir y planificar su actividad económica (libertad de dirección)¹. Es pues el empleador quien, al conocer mejor su organización, se encuentra en la mejor posición para definir las ocupaciones necesarias para cubrir los servicios mínimos en el contexto de una huelga.

No se puede dejar de anotar que, al ser los servicios mínimos una limitación al ejercicio del derecho a la huelga, las limitaciones no pueden ser aplicadas de manera

¹ El fundamento 15 de la sentencia recaída en el expediente N° 1405-2010-PA señala que "cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado."



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

amplia de modo que impliquen arbitrariedades o abusos que terminen por vaciar de contenido al referido derecho.

3. Ahora bien, a contrapartida de la comunicación del empleador, el artículo 82 del TUO de la LRCT establece que la comunicación del empleador tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente proporcione la nómina de trabajadores respectiva cuando se produzca la huelga.

El Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, Reglamento de la LRCT) complementa lo anterior señalando que la comunicación de la declaración de huelga debe contar con la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y de actividades indispensables para la empresa.

De acuerdo a lo mencionado, es la organización sindical la que debe determinar de manera específica qué trabajadores en concreto serán quienes se encarguen de cubrir los servicios mínimos, para lo cual presentará una nómina o lista que brinde contenido a lo comunicado por la entidad empleadora. Así, corresponde a la organización sindical señalar el nombre de aquellos trabajadores que se harán cargo de las ocupaciones definidas como necesarias por el empleador, conforme al artículo 82 del TUO de la LRCT.

4. Considerando que pueden presentarse diferencias entre el empleador y la parte trabajadora respecto de las ocupaciones definidas como necesarias para garantizar los servicios públicos esenciales y las actividades indispensables, el ordenamiento ha previsto un procedimiento para que los trabajadores o sus organizaciones puedan plantear sus cuestionamientos y exponer la propuesta que consideran adecuada.

Conforme al artículo 82 del TUO de la LRCT, tal procedimiento es el de divergencia y se tramita ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. El artículo 68 del Reglamento de la LRCT detalla que esta Autoridad debe designar a un órgano independiente que defina la divergencia presentada sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben seguir laborando. Lo dictaminado por el órgano independiente será asumido como propio por la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin de resolver la divergencia.

Si bien la norma establece que sea un tercero independiente el que determine los servicios mínimos, en definitiva, existe vacío respecto de algunos aspectos como plazos máximos, asunción de costos, entre otros; los cuales dificultan el procedimiento y originan que, en muchos casos, la divergencia no sea resuelta al tiempo de la ocurrencia de una huelga.

Es ahí donde surge una situación particular, puesto que –como ha sido explicado– a la comunicación de huelga debe adjuntarse la nómina de trabajadores que se harán cargo de garantizar los servicios públicos esenciales o las actividades indispensables. Las preguntas naturales son las siguientes: ¿los trabajadores deben regirse por las ocupaciones definidas por el empleador en su comunicación inicial?, ¿los trabajadores deben ceñirse a su propia propuesta? o ¿caben incluso salidas intermedias?

5. Ante ello, resulta razonable que cuando se califique la procedencia de una huelga, la Autoridad Administrativa de Trabajo adopte soluciones intermedias





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

ante el conflicto suscitado con ocasión de la determinación de los servicios mínimos. A fin de ilustrar a la organización sindical consultante, pasamos a exponer algunos pronunciamientos emitidos en sede constitucional y administrativa.

A nivel constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que no lesiona el derecho constitucional a la huelga la decisión del empleador de designar al personal de cobertura de los servicios esenciales en caso de que los trabajadores ofrecidos por la organización sindical no resulten suficientes, y en caso que la Autoridad Administrativa de Trabajo no haya resuelto la divergencia, tal como se indica a continuación:

"21. (...) podemos concluir que durante el lapso de tiempo en que se materializó la huelga (...) se encontraba pendiente de resolver por parte de la Autoridad [Administrativa] de Trabajo la controversia suscitada por las partes, respecto del número y de la ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales."

"22. (...) [E]l sindicato remitió a la empresa un listado de nombres de los trabajadores que, a su criterio, debían cubrir los cargos de los servicios esenciales durante el desarrollo de la huelga. Esta nómina difería sustancialmente del número de trabajadores que, a criterio de la empresa, eran necesarios para cubrir los servicios esenciales; por tal razón, la empleadora procedió a designar de manera unilateral al número restante de trabajadores que debían cumplir los referidos servicios; procediendo a remitir sendas cartas notariales instando a los trabajadores designados a concurrir a laborar."

"24. Este Tribunal, teniendo en cuenta las características de los procedimientos establecidos en el TUPA del Ministerio de Trabajo (...) considera que con la remisión de las aludidas cartas notariales no se ha vulnerado el derecho de huelga ni ningún otro derecho constitucional en agravio de los trabajadores afiliados al sindicato demandante, toda vez que es facultad de la empresa ejercer su poder sancionador, allí cuando, a su criterio se haya infringido las normas legales o reglamentarias, lo cual no quiere decir que las sanciones puedan o no resultar arbitrarias o desproporcionadas (...) será el Juez de la vía laboral ordinaria quien efectúe dicha evaluación (...)."²

Si bien se trata de un pronunciamiento único para un caso concreto que no conlleva una línea jurisprudencial, ni precedente vinculante, es de relevancia dado el nivel que ocupa el Tribunal Constitucional en la protección de derechos constitucionales en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, existe jurisprudencia administrativa emitida por este Ministerio que precisa que la concreta justificación objetiva de la nómina presentada por los trabajadores u organización sindical es un parámetro de evaluación de la procedencia de la huelga, existiendo espacio para analizar si la propuesta de la parte trabajadora es debidamente fundamentada:

² Fundamentos 21 al 24 de la sentencia recaída en el expediente N° 02211-2009-PA/TC.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

"Sobre el particular, corresponde señalar que esta Dirección General [de Trabajo] ha tomado conocimiento que la empresa (...) mediante comunicación recepcionada con fecha 29 de enero de 2015, cumplió con poner en conocimiento del sindicato la relación del personal que debe efectuar labores indispensables durante la realización de una huelga, ascendiendo dicha relación a un total de trescientos (300) puestos indispensables, detallando el número de trabajadores, horarios y turnos respectivos. No obstante ello, [en su comunicación de huelga] el sindicato ha proporcionado una relación de veinte (20) trabajadores, sin explicitar razones de índole objetivo que conlleven a ello. Por consiguiente, el requisito en cuestión no ha sido observado".³

De otra parte, se ha señalado que, mientras el procedimiento de divergencia se encuentre pendiente de culminación, debe analizarse en cada situación, y sobre la base de criterios objetivos y razonables, el grado de exigibilidad del requisito consistente en presentar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando:

"[S]i bien es cierto que el TUPA del MTPE califica al procedimiento de comunicación del empleador de puestos esenciales y/o indispensables como de aprobación automática, ello no obsta para que en el presente procedimiento (declaratoria de huelga) las instancias de mérito evalúen el grado de exigibilidad del requisito de presentación de la nómina de puestos esenciales y/o indispensables (...) en atención a los hechos informados por el sindicato.

En efecto, en el presente caso se advierte que no se ha evaluado los argumentos esgrimidos por el sindicato cuando señala, por ejemplo, que la empresa ha considerado que el número de puestos para cubrir los servicios indispensables es el mismo (o similar) al número de trabajadores afiliados al sindicato (...), situación que podría conllevar a una afectación del derecho de huelga. En atención a ello, las instancias de mérito tampoco han tomado en cuenta otros elementos que pudieran ser evaluados en el presente caso, tales como el resultado de un procedimiento de divergencia anterior entre las mismas partes, la conducta de las partes a efectos de determinar la existencia de mala fe por parte de alguna de ellas, entre otros".⁴

Asimismo, en base a un criterio de razonabilidad, la Dirección General de Trabajo ha establecido que si el empleador incumple con comunicar a los trabajadores u organización sindical los servicios mínimos necesarios en caso de huelga, aquellos no se encuentran en la obligación de adjuntar la nómina de trabajadores que continuarán laborando en casos de servicios esenciales o actividades indispensables de la empresa cuando comuniquen la materialización de su derecho de huelga:

"[D]ebe tomarse en cuenta que corresponde a los empleadores poner en conocimiento de los trabajadores u organización sindical, el número u ocupación de los trabajadores necesarios que laborarán durante la

³ Considerando 3.f de la Resolución Directoral General N° 042-2015-MTPE/2/14, de fecha 28 de abril de 2015.

⁴ Considerando III de la Resolución Directoral General N° 213-2015-MTPE/2/14, de fecha 29 de diciembre de 2015. Dicho criterio fue ratificado igualmente por la Resolución Directoral General N° 056-2016-MTPE/2/14, de fecha 14 de abril de 2016, en su considerando 2.f.





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

huelga, debiendo precisar los horarios y turnos así como la periodicidad en que deban producirse los respectivos reemplazos; caso contrario, no será posible exigir a la organización sindical respectiva que cumpla con lo establecido en el literal c) del artículo 65 del Reglamento de la LRCT [Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo].

En ese sentido, al no haberse acreditado que las empresas (...) hayan cumplido con comunicar el número de trabajadores necesarios para garantizar la continuidad de los servicios indispensables, resulta razonable determinar que el sindicato no se encuentra obligado a presentar la nómina que garantiza la cobertura de actividades indispensables. En razón de ello, en el presente caso no resulta exigible que el sindicato cumpla con el requisito en cuestión".⁵

6. A fin de brindar una solución a los casos concretos que puedan presentarse, sería de sumo provecho que las partes de un conflicto laboral tengan un acercamiento, de manera directa o con auxilio incluso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, a fin de conciliar o negociar acerca de las ocupaciones y el número necesario para cubrir los servicios mínimos en los casos que se han venido indicando en el presente informe.

Esta salida, sustentada en la autonomía colectiva, sería especialmente valiosa puesto que obedecería a los intereses de las partes y permitiría canalizar y afrontar de una mejor manera cualquier medida de fuerza.

7. Finalmente, en adición a las consideraciones generales que han sido expuestas en los puntos precedentes, es de notar que el sindicato que formula la presente consulta ha adjuntado copia del "Acta de Acuerdo en Reunión Extraproceso", de fecha 21 de abril de 2017, suscrita por dicha organización sindical, así como por la empresa Southern Peru Copper Corporation y el Sindicato Unificado de Trabajadores de SPCC y Anexos.

En el punto 6 de la citada Acta se señala expresamente lo siguiente:

"Los Sindicatos aceptan y cumplirán en lo sucesivo, en caso de huelga, su obligación de designar y cubrir los servicios mínimos desde el primer turno del primer día de paralización, conforme a la comunicación que hayan recibido de la Empresa, únicamente con los ajustes o restricciones que haya podido establecer la Autoridad competente de haberse promovido y resuelto una divergencia. (...)"

Conforme a ello, puede colegirse del texto citado que el sindicato se ha comprometido a observar la comunicación del empleador (ocupaciones y número de trabajadores, horarios y turnos) y, en caso exista un pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la divergencia, a considerar los ajustes o restricciones que hayan sido determinados. Ello implicaría que, durante el tiempo en que pueda estar pendiente la resolución de la divergencia, las organizaciones sindicales deberían regirse por lo señalado por su empleador. Desde luego, en la determinación de las ocupaciones a mantenerse cubiertas durante una huelga, corresponde al empleador

⁵ Considerando 2.f de la Resolución Directoral General N° 210-2015-MTPE/2/14, de fecha 21 de diciembre de 2015.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

tener presente que se trata de servicios mínimos y, por tanto, tal determinación no podría conducir a vaclar de contenido la medida de presión en que consiste el ejercicio del derecho constitucional a la huelga.

Además, si bien el empleador y el sindicato pueden recurrir a los mecanismos judiciales previstos en el ordenamiento para hacer valer o cuestionar esta cláusula acordada colectivamente, se estima importante que, de existir aún discrepancias sobre los servicios mínimos, las partes puedan buscar un acercamiento directo o mediante los mecanismos que pone a disposición la Autoridad Administrativa de Trabajo para la conciliación, mediación o auxilio en extraproceso, que estimen necesarios.

Reiteramos que la presente opinión técnica se limita a brindar criterios generales de orientación sobre la base de las normas laborales, sin resolver o incidir respecto de situaciones concretas de las partes, como pueden ser los derechos laborales individuales y colectivos del trabajo.

V. CONCLUSIONES

- Corresponde al empleador definir los puestos u ocupaciones necesarios a efectos de asegurar los servicios públicos esenciales y las actividades indispensables que deben continuar funcionando en caso de huelga.
- Es la organización sindical la que debe determinar de manera específica qué trabajadores serán los que se encarguen de cubrir los servicios mínimos, para lo cual presentará una nómina o lista que brinde contenido a lo comunicado por la entidad empleadora.
- En caso de discrepancia respecto de las ocupaciones necesarias que deben continuar en caso de huelga, la organización sindical cuenta con el procedimiento de divergencia, a través del cual se designa a un tercero independiente a fin de que determine los servicios mínimos.
- Dada la configuración actual del procedimiento de divergencia, resulta posible asistir a escenarios en donde el referido procedimiento no haya sido resuelto al tiempo de la ocurrencia de una huelga. En tales casos, resultan relevantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Dirección General de Trabajo citados en el presente informe. Desde luego, ello no excluye la posibilidad de establecer, vía la autonomía colectiva, soluciones acordadas en relación a la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga.
- A través del "Acta de Acuerdo en Reunión Extraproceso", de fecha 21 de abril de 2017, el sindicato se ha comprometido a observar la comunicación de servicios mínimos de la empresa y, en caso exista un pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la divergencia, a considerar los ajustes o restricciones que hayan sido determinados.

Ello implicaría que, durante el tiempo en que pueda estar pendiente la resolución de la divergencia, las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo deberían regirse por la determinación de servicios mínimos efectuada por el empleador.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

- Se estima importante que, de existir aún discrepancias sobre los servicios mínimos, el sindicato y su entidad empleadora puedan buscar un acercamiento directo o mediante los mecanismos que pone a disposición la Autoridad Administrativa de Trabajo para la conciliación, mediación o auxilio en extraproceso, que estimen necesarios.

Sin otro particular.

Atentamente,

RENATO SARZU TAMAYO
Director de Políticas y Estrategia de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo