

COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL⁽¹⁾

Ana Cecilia Crisanto Castañeda⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de julio de 2013 se publicó la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC). En ella se recogen las disposiciones sobre derechos colectivos de los servidores públicos, vigentes desde el día siguiente de su publicación, es decir, desde el 5 de julio del año 2013.

La huelga como fenómeno y como derecho, siempre ha provocado el interés de la doctrina científica, tribunales, poder político y sociedad en su conjunto, debido a que su ejercicio necesariamente involucra un daño, no solo a los empleadores (destinatarios directos de la medida de fuerza), sino también a los huelguistas (a quienes se suspende el salario), y a los usuarios y sociedad (que deben soportar las consecuencias de un desacuerdo en el que no son parte). Es necesario, por lo tanto, conciliar este derecho con el interés público, como manda la Constitución (en adelante, CP), y uno de los encargados de hacerlo es el legislador. Este debe regular, “no impedir ni restringir, sino encauzar, dar un marco adecuado para que la huelga (como derecho), pueda cumplir sus fines”⁽³⁾ considerando a todos los actores implicados.

-
- (1) El presente estudio fue publicado en: BACA MERINO, R.; CRISANTO CASTAÑEDA, A.C.; RECIO SÁEZ DE GUINOVA, J. M^a; VIGNOLO CUEVA, O. *Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil. La inevitable reforma del empleo público peruano*. Caballero Bustamante-Thomson Reuters, Lima, 2014.
 - (2) Doctora en Derecho del Trabajo por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Profesora ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura.
 - (3) PASCO COSMÓPOLIS, M. (coord.). “La huelga en el Perú”. En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 202.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el empleador en este caso es la Administración Pública, lo que aporta una peculiaridad al ejercicio de este derecho, con independencia del régimen laboral que se aplique a los servidores. Por otro lado, comprobar que la LSC solo cuenta con un artículo sobre este derecho, exige acudir a otras normas que la complementen, de las que se pueda extraer una regulación completa y coherente. Así, la delimitación del derecho de huelga en el Sector Público demanda acudir a distintas áreas del Derecho: Internacional Público, Constitucional, Laboral y Administrativo.

Todos los aspectos mencionados se han considerado para elegir el tema de estudio. En este se hace un análisis de cuál es la regulación actual de la huelga en el Sector Público tras la LSC, qué tanto se ha modificado respecto a la regulación anterior, cuáles son los vínculos y el orden de aplicación de las distintas normas en juego, cómo afecta el carácter peculiar del empleador (Administración Pública) en el cumplimiento de determinados requisitos para el acceso a este derecho, qué alcance tiene la facultad de la entidad de contratar personal durante la huelga.

Finalmente, como se podrá comprobar, parte de los comentarios de este ensayo pueden aplicarse tanto al Sector Público como al Privado.

II. APLICACIÓN INMEDIATA DE LA REGULACIÓN SOBRE DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

La Novena Disposición Complementaria Final⁽⁴⁾ de la LSC señala que sus disposiciones sobre derechos colectivos estarán vigentes desde el día siguiente de su publicación para los servidores que se rigen por “los Decretos Legislativos N°s 276 y 728”. Esto significa que:

- a) A partir del 5 de julio del año 2013 los empleados públicos de dichos regímenes se encuentran sujetos a las disposiciones sobre derechos sindicales establecidos en la LSC y en la LRCT (de forma supletoria), además de las normas supralegales sobre la materia. Por lo que conviene que en las entidades públicas con personal bajo el régimen del D. Legislativo N° 276 se tenga en cuenta esta modificación sobre las normas que las rigen en materia colectiva.

(4) “A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728, las disposiciones (...) [d]el Capítulo VI del Título III”.

- b) Las normas con rango de ley distintas a la LSC y LRCT o de rango inferior referidas a los derechos sindicales de los trabajadores del Estado deben entenderse derogadas tácitamente, dentro de ellas estarían los artículos pertinentes del propio Decreto Legislativo N° 276 (arts. 24 y 44) y sus normas de desarrollo. Ello debido a lo previsto en la Novena Disposición Complementaria Final ya mencionada: que los derechos colectivos del personal del Estado (régimenes 276 y 728) se rige por la LSC y esta en su artículo 40 LSC dispone como normas aplicables: la CP, Convenio 151 OIT, LSC y LRCT (de forma supletoria).

Esto además se refuerza por lo previsto en el inciso d) de la Novena Disposición Complementaria Final de la LSC, que señala que los Decretos Legislativos N°s 276 y 728 en “ningún caso constituyen fuente supletoria del régimen que la presente ley [LSC] establece”.

- c) La LSC no plantea la vigencia inmediata de su Capítulo VI (sobre Derechos Colectivos) para el caso de los empleados bajo el régimen de Contratos Administrativos de Servicios (en adelante, CAS), sino solo para “los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728”. Por ello, puede afirmarse que el ejercicio de la libertad sindical del personal CAS se seguirá rigiendo por las disposiciones de los arts. 11-A, 11-B y 11-C del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM⁽⁵⁾ (Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios). Respecto a lo que aquí interesa, cabe indicar que en dicha norma se establece (art. 11-B del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM) que el derecho de huelga de los trabajadores CAS se regirá por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

III. LAS NORMAS APLICABLES AL DERECHO DE HUELGA TRAS LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

El artículo 40 de la LSC señala que: “Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú”, es decir, los artículos 28, 42 y 53 del CP.

(5) Modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

1. Normas internacionales, en especial, los convenios de la OIT

Si bien la LSC, dentro de las normas internacionales, solo menciona al Convenio 151 de la OIT (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública); debe recordarse que el Convenio 87 de la OIT (sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación) recae plenamente sobre este régimen, ya que la aplicación del Convenio 151 OIT “no anula ni menoscaba en modo alguno los derechos básicos de sindicación garantizados a todos los trabajadores por el Convenio núm. 87”⁽⁶⁾. Así, a lo largo del Convenio 87 se declaran todos los derechos derivados del ejercicio de la libertad sindical: derecho de constitución, de afiliación, de reglamentación, de representación, de federación y de gestión interna y externa, dentro de este último se encuentra el derecho de huelga⁽⁷⁾, para todos “los trabajadores (...) sin ninguna distinción” (art. 2 Convenio 87 OIT), por lo que el ámbito subjetivo de aplicación de dicho convenio incluye a los funcionarios públicos. Con las excepciones establecidas en las normas internacionales e internas⁽⁸⁾. A saber: los miembros de las Fuerza Armadas y Policía Nacional, los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (art. 6 Conv. 87 OIT, art. 42 del CP). Este último grupo excluido del derecho de huelga, se ha concretado en la LSC (art. 40) a través de las siguientes tres categorías: “funcionarios públicos”, “directivos públicos” y “servidores de confianza”.

Por todo ello, se entiende que la ley solo menciona al Convenio 151 OIT por su mayor especialidad en la materia, sin excluir –no puede hacerlo– a las demás normas supranacionales sobre libertad sindical⁽⁹⁾ aplicables a los servidores del Estado. Tal como ha dejado claro el Tribunal Constitucional (en adelante, TC): “por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que

(6) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 1061.

(7) VILLAVICENCIO RÍOS, A. *La Libertad Sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. 1ª ed., PLADES, 2010, p. 87 y ss.; CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 128.

(8) Cabe mencionar que la OIT ha interpretado que tal posibilidad de exclusión debe hacerse considerando una definición restrictiva, de tal forma que no alcance al “personal civil” de dichos cuerpos armados, y que incluso “en caso de duda los trabajadores deberían tener consideración de civiles”. Ver. OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 226.

(9) Por supuesto, existen otros instrumentos internacionales que recogen –aunque de forma muy escueta y general– los derechos colectivos de todos los trabajadores. Estos son: Declaración Universal Derechos Humanos (art. 23), PI Derechos civiles y políticos (art. 22.1), PI Derechos económicos, sociales y culturales (art. 8) y Protocolo de San Salvador (art. 8).

reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional⁽¹⁰⁾ (ver, art. 55 del CP).

Interesa recordar que por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CP, todos los instrumentos internacionales deben considerarse al interpretar el contenido de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, entre ellos, el derecho de huelga. Además, es necesario que el contenido de las normas internacionales se complemente con los criterios de los órganos que interpretan dichas normas vinculantes para el país⁽¹¹⁾. En ese sentido, las pautas establecidas por los órganos de control de la OIT son de especial utilidad, tanto por no existir una norma internacional *ad hoc* que desarrolle el derecho de huelga, como por tratarse de organismos especializados en la interpretación de los derechos laborales a nivel supranacional. Dichos órganos son el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) y la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante, CEACR).

2. Las normas nacionales: ¿un modelo de jerarquía normativa invertida?

Por otro lado, las escasas seis disposiciones de la LSC sobre derechos colectivos no regulan de forma completa estos derechos. Dicha regulación insuficiente se observa con mayor nitidez en el derecho de huelga⁽¹²⁾, ya que solo el artículo 45 de la LSC se ocupa de él. En concreto, indicando dos requisitos para la declaración de la huelga y estableciendo la posibilidad de contratación de personal para cubrir servicios mínimos. No obstante, la LSC en su artículo 40 dispone la aplicación supletoria del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) en todo lo que no se oponga a aquella.

Por otro lado, cabe recordar que antes de la dación de la LSC, el artículo 86 de la LRCT ya establecía que la huelga “de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se sujetará a las normas contenidas ... [en ella] en cuanto le sean aplicables”. Por ello, la remisión supletoria a la LRCT hacía pensar que el panorama normativo, al menos respecto al derecho de huelga de los servidores públicos, iba a mantenerse prácticamente inalterado, de tal forma que la LSC solo haría

(10) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, f. j. 50.

(11) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, p. 260.

(12) La regulación tan escueta de este importante derecho ha merecido alguna crítica de la doctrina nacional. ARÉVALO VELA, J. “Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil”. En: A.A.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013, p. 462.

las especificaciones necesarias y en lo no regulado se aplicarían las reglas correspondientes de la LRCT, como hasta ese momento.

Sin embargo, al publicarse el Reglamento General de la LSC, D.S. N° 040-2014-PCM (en adelante, RLSC), se recogieron aspectos esenciales del ejercicio del derecho de huelga, aspectos hasta entonces regulados por la LRCT. Así, el RLSC desarrolla los siguientes puntos: la definición de la huelga (art. 79), siete requisitos para la declaratoria de huelga (art. 80), la descripción de las huelgas atípicas (art. 81), el ámbito y vigencia de la huelga (art. 82), la definición de los servicios indispensables y de los servicios esenciales (art. 83) y la imposición de servicios mínimos (art. 85). En otras palabras, lo que debió recoger la LSC viene ahora regulado (al menos formalmente) por una norma infralegal. Así, *de facto*, la delimitación del contenido del derecho constitucional a la huelga en el sector público se establece básicamente en el RLSC. Ello podría generar la confusión de aplicar directamente el reglamento (ante la escasa regulación en la LSC) y solo acudir a la LRCT (norma con rango de ley), ante lo no regulado en dicho reglamento. Este entramado de reglas de aplicación crearía un modelo de “jerarquía normativa invertida”, donde la Ley estaría al servicio del reglamento y no al revés, como manda el artículo 118.8 del CP.

Por otro lado, es cierto que gran parte del contenido de lo previsto en el RLSC es prácticamente copia literal de lo que señala la LRCT respecto a la huelga, por lo que podría argumentarse que la regulación posterior a la LSC no altera el régimen anterior, zanjando el asunto. Sin embargo, ese razonamiento no soporta un serio análisis jurídico. Existen varios argumentos para afirmar que –luego de la CP y los Tratados internacionales– se debe aplicar la LSC en primer orden, la LRCT de forma supletoria y finalmente el RLSC, siempre que este no se oponga a tales normas con rango de ley. La labor del operador del Derecho será conciliar este grupo de normas al momento de interpretarlas, como pretende hacerse en este trabajo.

Para concluir, conviene recordar y advertir lo siguiente:

- El derecho de huelga, es un derecho fundamental cuyos límites están sujetos a ley y que requiere de un desarrollo legislativo para que sus titulares puedan ejercerlo de modo pleno⁽¹³⁾. La propia CP manda al Estado regular este derecho y a señalar sus excepciones y

(13) Sobre la aplicación inmediata de las normas constitucionales, como regla general; y, las normas constitucionales cuya aplicación requiere actos posteriores del poder político. Ver, CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, pp. 209-213.

limitaciones (art. 28.3 del CP). Si bien no se indica el instrumento normativo que debe utilizar el Estado para tal regulación, debe afirmarse que se trata de una materia reservada a la Ley, como ha manifestado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en reiteradas ocasiones⁽¹⁴⁾. Esta garantía normativa de los derechos constitucionales se recoge en la Octava Disposición Final y Transitoria CP⁽¹⁵⁾: “Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional”. A esto se añade el artículo 40 del CP que dispone: la “ley regula (...) los derechos (...) de los servidores públicos”. Así, el contenido constitucional y las limitaciones al derecho de huelga deben regirse por Ley. Claro está, que el reglamento servirá para complementar, precisar, definir, etc., lo regulado por las leyes “sin transgredirlas ni desnaturalizarlas” (art. 118.8 del CP).

- No puede alegarse que la LSC ha actuado como una ley de remisión general, limitándose a recoger unos cuantos artículos y dejando el resto a su reglamento, para que este desarrolle el contenido esencial del derecho de huelga y sus restricciones. Esta técnica de delegación legislativa, conocida en doctrina española como “deslegalización”⁽¹⁶⁾, está prohibida también en el ordenamiento constitucional peruano (en atención a las disposiciones mencionadas en el punto anterior).
- Es importante tener claridad sobre esto, pues la usurpación por parte del reglamento de contenidos reservados a la ley o de los recogidos anteriormente por una ley, no es una práctica inofensiva. Ya que, al degradar formalmente el rango de la norma que regula el derecho fundamental, se la expone a que “pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos”⁽¹⁷⁾. Con la consecuente falta de imparcialidad que pudiera existir, pues la Administración Pública –en calidad de empleador– es la afectada directa con la medida de fuerza colectiva (huelga).

(14) SSTC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003, f. j. 4; Exp. N° 1115-1999-AA/TC, del 19 de enero de 2000, f. j. 6; Exp. N° 0031-2004-AI/TC, de 23 del setiembre de 2004, f. j. 6.

(15) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Ob. cit., pp. 489 y 491.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo*. I. 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 282 y 288.

(17) *Ibidem*, p. 287.

IV. REGULACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

1. Definición

La definición legal de este derecho permite conocer –por contraste– qué tipo de huelgas son ilícitas en un ordenamiento. Se debe acudir a la LRCT (art. 72) a falta de precisión en la LSC, por lo que en el Sector Público se mantiene el modelo de definición restrictiva, es decir, la que exige que la medida de fuerza consista en la paralización de labores, con abandono del centro de trabajo⁽¹⁸⁾. Definición que el RLSC (art. 79) refuerza, con un texto muy similar a la LRCT.

En concordancia con la definición restrictiva, la LRCT (art. 81) considera irregulares las modalidades de huelga distintas a la mencionada: la huelga a celo o reglamento (sin cese de labores y con ocupación del centro de trabajo), la huelga de brazos caídos (con cese de labores y ocupación del centro de trabajo), entre otros. Estas modalidades de huelga prohibidas por la ley, son propias de la definición extensiva, es decir, “toda perturbación concertada colectivamente del proceso de producción”⁽¹⁹⁾, con o sin abandono del centro de trabajo.

Por otro lado, el CLS se pronuncia de forma categórica –en reiteradas ocasiones– a favor de que los Estados acepten las modalidades de huelga propias de una definición extensiva⁽²⁰⁾. En dos de estas ocasiones se ha dirigido al Estado peruano, señalando: “respecto a los alegatos relativos al desconocimiento del presente decreto-ley [Decreto Ley N° 25593, de 1992] de las modalidades tales como paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc. (arts. 81 y 84), el Comité considera que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”⁽²¹⁾. Ya entonces, la LRCT disponía que sus reglas sobre huelga eran aplicables al sector público, por lo que el criterio del CLS puede considerarse extendido a las huelgas de los servidores públicos. En este orden

(18) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 384.

(19) *Ibidem*, p. 384.

(20) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 545: “En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”.

(21) CLS, Informe núm. 291, Noviembre 1993, Caso núm. 1648 (Perú), disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902424>. También, Caso núm. 1648 (Perú), desarrollado en el mismo informe, disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438>.

de ideas, las disposiciones legales bajo comentario (arts. 72 y 81 LRCT), no soportarían el control de convencionalidad, pues rechazan las modalidades de huelga defendidas por los órganos de control de la OIT (según la definición extensiva).

Cabe destacar, que el RLSC (art. 81) prácticamente repite la lista de modalidades irregulares de huelga de la LRCT, esta vez bajo el nombre de: “huelgas atípicas”. Además, la lista que recoge el RLSC calza con la definición restrictiva de huelga de la LRCT, por lo que formalmente no habría inconveniente. Sin embargo, como esta ley no supera los estándares internacionales sobre libertad sindical, puede decirse que tampoco los supera el RLSC que la complementa.

2. Requisitos

Si bien el artículo 45.1 de la LSC señala que es “ilegal el ejercicio del derecho de huelga que no haya cumplido con lo establecido” en él (es decir, con los únicos dos requisitos que contempla), ello no quiere decir que “solo” sería ilegal una huelga en estos casos. La habilitación para establecer limitaciones al derecho de huelga está prevista en la CP (art. 28.3), esta disposición se fundamenta en la inevitable afectación de los intereses de terceros que genera la medida de fuerza laboral. De ahí que sea necesario regular el ejercicio de este derecho y en particular los requisitos para ello.

En ese sentido se debe interpretar que la LSC en su artículo 45 solo puntualiza dos requisitos para declarar una huelga, a los que deben añadirse los demás requerimientos de la LRCT como norma supletoria (art. 73). De esta forma se garantiza que la huelga convocada tenga fines lícitos (la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores art. 73.a); que la decisión sea adoptada por la mayoría de trabajadores y que esta decisión sea refrendada por notario o juez de paz competente (arts. 72 y 73.b), exigencia que deriva también de la propia constitución al imponer al Estado que cautele “el ejercicio democrático” de los derechos colectivos; que se comunique la decisión no solo al empleador sino también al Ministerio de Trabajo, quien garantizará que se hayan cumplido los requisitos necesarios para ejercer regularmente el derecho (art. 74)

A continuación, se analizarán algunos requisitos en atención a su relevancia y a su regulación en las distintas normas comentadas.

A) Objeto

El RLSC (art. 80.a) menciona como objeto de la huelga la “defensa de los derechos e intereses de los servidores civiles”, se entiende que se trata de los derechos e intereses “socioeconómicos o profesionales” en concordancia con la LRCT (art. 73.a).

Asimismo se exige que el objeto de la huelga se refiera a los “trabajadores en ella comprendidos” (art. 73.a) LRCT y art. 80.a) RLSC). Este requisito excluye la posibilidad de las huelgas solidarias en el sector público⁽²²⁾, es decir, las que apoyan una huelga legal de terceros trabajadores; pues en ellas, “el interés en juego no les afecta directamente” a los huelguistas⁽²³⁾.

El CLS se pronuncia sobre este tipo de medida de fuerza, pero no de manera contundente, por lo que parece dejar un margen de interpretación a cada Estado. El órgano de control de la OIT señala 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”⁽²⁴⁾ (nótese el uso de verbos en condicional. El énfasis es añadido). Por otro lado, si bien es cierto, en un primer momento (año 1994) el CLS solicitó al Estado peruano que modifique el artículo 73.a), lo hizo de forma muy genérica: “a fin de permitir a los trabajadores ejercer el derecho de huelga conforme a los principios de la libertad sindical”; nuevamente, deja abierta la posibilidad al Estado de concretar este tema⁽²⁵⁾. A su vez, la CEACR parece admitir supuestos de exclusión de las huelgas de solidaridad⁽²⁶⁾. Finalmente, este órgano de control en una Observación individual al Estado peruano, no solicitó una modificación normativa en este extremo, aunque tuvo la oportunidad de hacerlo, pues se refirió al art. 73 pero para comentar otro inciso⁽²⁷⁾.

En atención a lo anterior, podría defenderse en el Sector Público un margen de regulación del legislador en este tema. En vista de que tal prohibición no afecta la esencia del derecho de huelga, pues los servidores afectados pueden igualmente

(22) Cabe mencionar que en el sector privado, se ha ubicado una sentencia en la que se considera falta grave la inasistencia de un trabajador que acudió a una huelga convocada por un sindicato del que no era parte, ya que: “tal eventual solidaridad no es una figura prevista en la legislación laboral respectiva”, Expediente N° 1272-92-CD, del 28 de diciembre de 1992, f. j. Único.

(23) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 385.

(24) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 534.

(25) Ver, CLS, Informe núm. 291, Noviembre 1993, Caso núm. 1650 (Perú), disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438>.

(26) “(...) La Comisión subraya que a este respecto es preciso hacer muchas distinciones (por ejemplo, en cuanto a la definición exacta del concepto de huelga de solidaridad, a la relación que justifica el recurso a este tipo de huelgas, etc.)”, pero considera que la prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y que los trabajadores deberían poder emprender esas acciones cuando la huelga inicial con la que se solidarizan sea, en sí misma, legal”. CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 162.

(27) CEACR: Observación individual sobre el Convenio 87, 1948, Perú (ratif. 1960), Publicado: 2005. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:cea-cr-observacionindividual-sobre-el-convenio-87-1948-peratif-1960-publicado-2005&catid=288:peru&itemid=1337>.

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. comunicaciones en prensa o apoyar a la marcha ajena pero fuera de la jornada de trabajo). Además, siguiendo el principio de unidad de la Constitución⁽²⁸⁾ debe conciliarse el derecho de huelga de los servidores públicos (arts. 28 y 42 del CP) con el mandato por el cual “todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación” (art. 39 del CP)⁽²⁹⁾. En este orden de ideas, la huelga significaría nada menos que suspender el “deber de lealtad” del servidor público al interés general en la prestación del servicio⁽³⁰⁾, por ello debe existir una justificación especial para realizarla, es decir, la presencia de un “interés directo” de quienes convocan la huelga.

B) Agotar los mecanismos de negociación o mediación

Esta exigencia se fundamenta, por un lado, en el carácter instrumental y de última *ratio* del derecho de huelga, que no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar los objetivos del grupo, al que se llega luego de agotar las vías pacíficas de solución, en especial la negociación entre las partes⁽³¹⁾. Y por otro, en el principio de fomento de la negociación colectiva y de solución pacífica de los conflictos colectivos (art. 4 Con. 98 OIT)⁽³²⁾. Que en el Perú además se recoge como mandato constitucional para el Estado (art. 28 del CP).

B.1. El alcance facultativo de agotar las vías previas

El artículo 45.1 de la LSC recoge tal requisito haciendo referencia solo a la negociación directa y la mediación como vías que se deben agotar, pero debe entenderse incluida la conciliación aunque no se mencione expresamente⁽³³⁾, ya que esta es una etapa del procedimiento de negociación considerada en la misma ley

(28) CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Ob. cit., pp. 247-248.

(29) En la LSC (art. 39.b) este se concreta en: “Privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares”.

(30) MARTÍN VALVERDE, A. “El Estatuto del Empleado Público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo”. En: Cabeza Pereiro, J. y Martín Girón, J. (Coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Laborum-Universidad de Vigo, Murcia, 2008, pp. 226-230.

(31) PASCO COSMÓPOLIS, M. (Coord.). “La huelga en el Perú”. En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 212.

(32) El TC menciona la norma internacional y la nacional de las cuales extrae la siguientes conclusión: ambas disposiciones normativas “encarga[n] al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no solo que este debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo”.

(33) ARÉVALO VELA, J. “Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil”. En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*, SPDTSS, 2013, p. 459. Este autor al comentar la LSC destaca que “se omite hacer referencia a la ‘conciliación’, a pesar de ser un medio de autocomposición” de conflictos.

(art. 44.c). Las reglas de dicho procedimiento establecen que, si las partes no llegaran a un acuerdo “pueden utilizar” la conciliación primero (art. 44 de la LSC) y luego “autorizar” la mediación (art. 72 del RLSC). Aunque pareciera una mera facultad para ambas partes transitar por estas tres fases (trato directo, conciliación o mediación) antes de acudir a la huelga, otra debe ser la lectura. Así, para la Administración Pública (dentro de una negociación), no puede hablarse de una facultad, pues como parte del Estado tiene el deber de “promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales” (art. 28.3 del CP). Por lo tanto, lo que se exige –y debe ocurrir en la práctica– es que se agoten las vías pacíficas de diálogo antes de la convocatoria de la huelga⁽³⁴⁾, salvo que los empleados públicos den por terminadas las negociaciones.

Cabe resaltar el nuevo escenario del ejercicio del derecho de huelga tras la regulación de las materias negociables por los servidores. De acuerdo al artículo 5 de la Ley Orgánica del TC, no se han alcanzado los votos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LSC sobre la materia (arts. 31.2, 40, 42, 44.b), Tercera Disposición Final). Solo los magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Álvarez Miranda, han considerado constitucionales las disposiciones que prohíben aumentos de sueldo a través de convenios colectivos en el sector público, señalando que en este caso el legislador debe regular a la brevedad “procedimiento de consultas” entre las partes (ff. jj. 77 a 79)⁽³⁵⁾. Al no existir un pronunciamiento vinculante del TC al respecto, las disposiciones cuestionadas siguen vigentes y son vinculantes para las administraciones públicas, incluyendo a la Autoridad Administrativa de Trabajo quien debe calificar la procedencia o no de las huelgas en Sector Público.

En ese orden de ideas, si la convocatoria de huelga en el ordenamiento nacional se hace depender de la previa negociación colectiva y esta solo puede referirse a “compensaciones no económicas” (art. 42, 44.b) LSC), la autoridad administrativa debería declarar ilícita la huelga convocada para generar presión sobre aumentos de sueldo o beneficios conexos a este en el sector público. Correspondiendo a la autoridad judicial resolver la impugnación de tal decisión administrativa.

B.2. El modelo de huelga contractual y las huelgas mixtas

La LSC recoge un “modelo de huelga contractual”, como en el caso español, es decir, un modelo de huelga fundamentalmente “de apoyo a la negociación

(34) Las frases: “pueden utilizar” referida la conciliación (art. 44 de la LSC) o “si estas [las partes] lo autorizan” referida a la mediación (art. 72 de la RLSC), son al mismo tiempo la precisión de una facultad para la parte sindical y una habilitación legal para la Administración Pública, de acudir a tales mecanismos.

(35) Ver, STC Exp. N° 00018-2013-PI/TC, del 21 de mayo de 2014,

colectiva”, por lo que solo la negociación infructuosa es la condición previa de la huelga⁽³⁶⁾. Pero incluso en ese sistema la doctrina científica defiende la posibilidad, si bien ocasional y limitada, de las huelgas como expresión de protesta de los servidores públicos ante líneas de actuación del Estado⁽³⁷⁾. Lo que también debe defenderse en la realidad nacional.

Con apoyo en los criterios de los órganos de control de la OIT⁽³⁸⁾, se puede acudir a la categoría de huelgas mixtas, las que combinan razones políticas pero de incidencia directa sobre los derechos e intereses socio-económicos y profesionales de los huelguistas⁽³⁹⁾. Precisamente, la ley bajo comentario (como parte de una política de reforma de la Administración Pública), ha sido blanco de marchas de protesta por distintos gremios de servidores públicos.

El CEACR señala la validez de los sistemas donde “solo se permite recurrir a la huelga como medio de presión para conseguir la adopción” de un convenio colectivo. “No obstante, no debería impedirse a las organizaciones de trabajadores realizar huelgas en contra de la política económica y social del gobierno”⁽⁴⁰⁾, que tengan “consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general”⁽⁴¹⁾. En la misma línea se pronuncia el CLS⁽⁴²⁾. Esta cuestión no es solo teórica, la importancia de conocer la posibilidad de las huelgas mixtas en el sector público, permite calificarlas como válidas por haber cumplido los requisitos legales. Por ello, para hacer compatibles los criterios de los órganos de control de la OIT sobre las huelgas mixtas y el requisito de la LSC (art. 45.1) sobre agotamiento de las negociaciones (en sentido estricto, es decir, las que culminarían en un convenio colectivo), debe entenderse que dicho requisito es exigible siempre y cuando tal negociación exista. Además, la huelga mixta cumple con el requisito previsto en el artículo 73.a) LRCT, pues tiene por objeto “la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores”.

(36) MARTÍN VALVERDE, A. Ob. cit., pp. 234-235.

(37) *Ibidem*, pp. 235-236.

(38) En el mismo sentido, ARCE ORTIZ, E. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. N° 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), p. 5. Disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.

(39) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 380.

(40) CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994, párrafo 166.

(41) *Ibidem*, párrafo 165.

(42) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 531.

Dicho lo anterior, cabe señalar que es tarea del poder político prevenir estas huelgas mixtas, a través de canales adecuados de diálogo social, antes de emprender alguna reforma importante para la clase trabajadora. Ello no garantiza una paz social absoluta pero puede prevenir conflictos colectivos de grandes dimensiones.

B.3. El modelo de huelga contractual y las huelgas motivadas por conflictos colectivos jurídicos

El modelo de huelga contractual de la LSC (art. 45.1) solo habilitaría a acudir a huelga frente a conflictos colectivos “de intereses o económicos”, es decir, la huelga que deriva ante el fracaso de una negociación colectiva. Lo que descarta –de manera implícita– las huelgas derivadas de conflictos colectivos “jurídicos”, es decir, las que tienen como causa problemas de interpretación y aplicación de normas (leyes o convenios colectivos)⁽⁴³⁾.

Debe mencionarse que este supuesto legal cumple los estándares internacionales de la OIT. Sobre el tema, el CLS señala que: “La solución de un conflicto de derecho resultante de una diferencia de interpretación de un texto legal debería incumbir a los tribunales competentes. La prohibición de la huelga en semejante situación no constituye una violación de la libertad sindical”⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, la Ceacr indica que: “Si se prohíben las huelgas durante la vigencia de los convenios colectivos, esta importante restricción (...) debe ser compensada con el derecho de recurrir a un procedimiento de arbitraje imparcial y rápido (...) Ese tipo de procedimiento no solo permite resolver durante la vigencia de los convenios las inevitables dificultades de aplicación y de interpretación que puedan surgir, sino que también tiene la ventaja de preparar el terreno para las rondas de negociaciones futuras, dado que permite determinar los problemas que se han planteado durante el periodo de validez del convenio colectivo de que se trate”⁽⁴⁵⁾.

Puede decirse que lo previsto en el artículo 45.1 de la LSC es válido no solo porque cumple los estándares internacionales de los órganos de la OIT sino también porque el artículo 28 del CP manda al Estado promover “formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. Ello supone no extender los supuestos de huelga ante conflictos colectivos que pueden solucionarse por otras vías. Por lo anterior, puede interpretarse que cuando el artículo 45.1 de la LSC exige para

(43) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. Ob. cit., p. 385.

(44) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafo 532.

(45) CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Ob. cit., párrafo 167.

acudir a huelga: “haber agotado la negociación”, se refiere al procedimiento de negociación regulado en misma norma (arts. 43 y 44 de la LSC), y no a negociaciones (o conversaciones) entabladas por las partes frente a problemas de aplicación o interpretación de normas.

Finalmente, nada impide que ante conflictos colectivos jurídicos los interlocutores sociales inicien negociaciones (en sentido amplio) o acudan a medios de solución alternativa de conflictos; sin embargo, el fracaso de estos exigirá acudir a la vía judicial o arbitral pero no a la huelga.

C) Decidida por la mayoría de los trabajadores

Esta regla se sustenta en la tarea asignada al Estado de garantizar el ejercicio democrático de los derechos colectivos (art. 28 del CP). La decisión mayoritaria de realizar una huelga, está muy vinculada a quién tiene legitimidad para convocar y declarar la misma: ¿los trabajadores en sentido lato, los trabajadores adscritos a un sindicato o ambos?

Al respecto el CLS ha señalado que “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87 (...)”⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, este no es el modelo seguido por el ordenamiento laboral peruano. Sirve a esta explicación conectar nuevamente el derecho de huelga con el de negociación colectiva.

La LSC (art. 43.c) permite que un pliego de peticiones lo negocie tanto un sindicato como una “coalición de trabajadores”, “de no existir sindicato”. Si el paso previo para declarar la huelga es el agotamiento de la negociación, directa o indirecta (art. 45.1 de la LSC), y si esta negociación puede darse por sindicatos o un grupo de trabajadores debidamente representados; luego, ambos pueden convocar y declarar una huelga como medio de presión a la Administración Pública sobre lo que están negociando.

Caso distinto, pero vinculado al derecho de huelga, es la negociación iniciada por un grupo de trabajadores aunque exista un sindicato (o más) en el ámbito. Esta posibilidad no se contempla en la LSC, al menos expresamente (la ley habla de negociación “de no existir sindicato”). Pero cabe reflexionar sobre la posición en la que quedan tales empleados públicos ante este panorama, quienes deberían inscribirse en el sindicato existente para ejercer su derecho

(46) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., párrafo 524.

a la negociación colectiva y a la huelga (como instrumento de aquel). Lo que atentaría contra el derecho de no afiliación y de libre afiliación sindical de estos servidores (aspecto de la libertad sindical garantizada por varias sentencias del TC y en la LRCT).

Con la salvedad del párrafo anterior, queda claro que tanto los trabajadores (como grupo) como el sindicato, pueden convocar y declarar la huelga⁽⁴⁷⁾. Por ello es que cuando la LRCT (art. 73.b) exige que la decisión “sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos”⁽⁴⁸⁾, debe entenderse como “requisito potencial”, que se activará cuando exista un sindicato y este convoque la huelga⁽⁴⁹⁾. La misma lectura debe darse al artículo 80.b) de la RLSC, con idéntico texto.

Ahora bien, para considerar válida la decisión de paralización colectiva de labores, la ley exige que esta represente a la mayoría “de los trabajadores comprendidos en su ámbito” (art. 73.b de la LRCT y art. 80.b) de la RLSC). Es decir, para la contabilidad de las mayorías se tienen en cuenta a todos los servidores del ámbito respectivo y no solo a los que acudieron a la votación; se incluyen a todos estén o no afiliados al sindicato; o, tengan o no interés o beneficio en lo que se reclama, en cuyo caso el requisito se torna, además de exagerado⁽⁵⁰⁾, innecesario. Al respecto se comparte el criterio del CLS cuando señala que tal requisito “es demasiado elevad[o] y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga (...)”⁽⁵¹⁾.

(47) En el mismo sentido aunque con otros argumentos, ARCE ORTIZ, E. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. N° 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), p. 3. Disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.

(48) UGAZ OLIVARES, M. “La huelga en el ordenamiento laboral peruano”. En: A.A.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013, p. 418. El autor propone utilizar el procedimiento de decisión ordinario, a falta de un procedimiento específico establecido en el Estatuto.

(49) Esta interpretación se extrae también de lo señalado por el TC al respecto: “de conformidad con lo establecido en los artículos 72 y 73 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical” (f. j. 41). Ver: STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, de 12 de agosto de 2005.

(50) Con total claridad, el autor destaca algunos supuestos donde se verifica esta situación, por ejemplo: “cuando el conflicto alcanza exclusivamente a un sindicato minoritario que se encuentre negociando un convenio colectivo de eficacia limitada”. BOZA PRÓ, G. “La protección constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en la sentencia del 5 de enero de 2006”. En: A.A.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008, p. 348.

(51) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ob. cit., (párrafo 556. También 547, 548 y 557).

No cabe duda del problema que supone conseguir la presencia física de la totalidad de servidores para dicha votación. Si este requisito es condición *sine qua non* para acceder al derecho y en la práctica resulta difícil de cumplir, los servidores se encuentran con un obstáculo que impide su ejercicio⁽⁵²⁾. En esa línea de ideas, puede defenderse que la ley de desarrollo constitucional (LRCT) vulnera el contenido esencial de este derecho. Ello no quiere decir que se elimine cualquier tipo de mayoría, como se verá a continuación.

Esta postura se refuerza con la Observación que recibió el Estado peruano a través de la CEACR respecto a este punto (art. 73.b) de la LRCT), quien señala claramente que: “si un Estado Miembro considera adecuado prever en su legislación disposiciones que exijan que las acciones de huelga deban ser votadas por los trabajadores, dicho Estado deberá asegurar que solo se tomen en consideración los votos emitidos, y que el quórum o la mayoría necesaria se fije a un nivel razonable. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que tome medidas para que el inciso b) del artículo 73 sea modificado de manera que para poder declarar una huelga solo se requiera que la decisión sea adoptada por la mayoría de los trabajadores *votantes*”⁽⁵³⁾ (énfasis añadido).

Ahora bien, hasta que el legislador modifique esta regla, la primacía de la Constitución sobre el texto legal (art. 51 del CP), el principio de conservación de las normas y el principio *in dubio pro legislatore* democrático, exige acudir al “criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución”, por el cual, una disposición legal no será inconstitucional si entre las interpretaciones posibles, existe al menos un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución⁽⁵⁴⁾. Por ello, siguiendo la solución dada por el órgano internacional, puede entenderse que el requisito legal se refiere a la “mayoría de los trabajadores del ámbito” *votantes en asamblea*.

Todo lo anterior, debe trasladarse a la interpretación del RLSC (art. 80.d), que repite textualmente la regla de la LRCT.

(52) En el mismo sentido, haciendo también referencia a los criterios del CLS, VILLAVICENCIO RÍOS, A. “Huelgas y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (La educación básica regular)”, p. 479, en: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.

(53) CEACR. *Observación individual sobre el Convenio 87, 1948, Perú (ratif. 1960), publicado: 2005*. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:ceacr-observacindividual-sobre-el-convenio-87-1948-peratif-1960-publicado-2005&catid=288:peru&itemid=1337>.

(54) Ver: STC Exp. N° 01761-2008-AA/TC, del 7 de julio de 2010, f. j. 18.

D) Plazos de preaviso

D.1. Preaviso: de los servidores a la entidad pública

El CLS considera admisible la presencia de un preaviso al empleador antes de declarar la huelga, incluso acepta un pre-aviso de 20 días en “los servicios de interés social o público”⁽⁵⁵⁾. La LSC (art. 45) exige que los representantes de los trabajadores notifiquen a la entidad el ejercicio del derecho de huelga con una anticipación no menor de 15 días (se repite en el RLSC, arts. 79 y 80.e). Esta disposición puede considerarse compatible con los criterios del CLS antes mencionados, si de datos numéricos se trata.

Sin embargo, al analizar el orden interno en este tema, no puede dejar de darse la siguiente reflexión. Se trata de un plazo distinto al previsto en la LRCT donde se exige la notificación con 5 o 10 días de anticipación, en este último caso cuando está en juego un “servicio público esencial”. Por lo tanto, sin importar el tipo de servicio que se preste al ciudadano (“esencial” o no) los servidores civiles habrán de notificar a su Administración Pública empleadora con una antelación mayor que la de los trabajadores del sector privado.

La diferencia de trato en este requisito no parece razonable, hubiera bastado la igualación del plazo de 10 días previsto para los “servicios públicos esenciales” en la LRCT. La razón de ser de este plazo mayor en la LRCT (10 días en vez de 5 días) radica en la importancia de determinados servicios para la vida en sociedad de los ciudadanos (que la LRCT ha llamado “servicios públicos esenciales”). Aunque 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 razonable que el plazo sea el mismo (10 días).

En cualquier caso, en la actualidad existen tres plazos distintos de preaviso (5, 10 y 15 días), que deberán tener en cuenta los trabajadores para validar la medida de fuerza. Pudiendo darse el caso incluso de que frente a un mismo tipo de actividad (servicios de salud por ejemplo), se deban cumplir plazos diferentes.

D.2. Preaviso: de la entidad pública a los usuarios del servicio

Es importante mencionar este “requisito”, sobre todo porque no puede calificarse como tal. No puede condicionarse la validez de una huelga a una actuación

(55) OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, párrafos 552 y 553.

de la contraparte (Administración Pública), en la medida que se trata de un acto sobre el cual los titulares del derecho (de huelga) no tienen dominio.

Finalmente, esta exigencia no se encuentra en la LRCT ni en la LSC; sin embargo, al ser una ordenación de la actividad administrativa, no hay inconveniente en que se recoja solo en el RLSC⁽⁵⁶⁾ (art. 80.e): “la entidad deberá avisar a los usuarios de los servicios del inicio de la huelga”.

3. Efectos de la huelga: ¿a quién obliga?

Luego de decidirse la realización de la huelga por mayoría, interesa saber a quiénes obliga. En este punto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el TC, para quien el derecho de huelga es de titularidad individual (aunque de ejercicio colectivo) en el sentido de que es al trabajador (servidor público) a quien compete la decisión de “hacer la huelga” junto con sus demás compañeros, por lo que debe constatarse que “no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga”⁽⁵⁷⁾.

Siendo así, las reglas expresadas en el RLSC sobre los efectos de la huelga declarada, trastocan el contenido individual de este derecho, en el sentido dado por el supremo intérprete de la Constitución. Y respaldada por la doctrina científica⁽⁵⁸⁾. Para mayor precisión, el artículo 79.a de la RLSC señala:

“a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los servidores civiles del ámbito comprendido en la huelga, se produce la suspensión perfecta del servicio civil *de todos los servidores comprendidos en este*. Se exceptúan los puestos de dirección y los servidores que deben ocuparse de los servicios indispensables y esenciales.

b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de servidores del sindicato, pero no por la mayoría de los servidores del ámbito comprendido,

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo. I*. Ob. cit., pp. 215-216, 225. El autor señala que los asuntos del ámbito interno de la Administración son la materia por excelencia de la potestad reglamentaria. Por ello, en estos casos bastará invocar la potestad reglamentaria genérica que le atribuye la Constitución. De ahí que existan, “Reglamentos independientes” a la ley, y dentro de ellos los “Reglamentos Organizativos”, a través de los cuales “la Administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma, para cumplir mejor los fines públicos que la Constitución le encomienda”.

(57) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, f. j. 41.

(58) PLÁ RODRÍGUEZ, A. “La huelga en Uruguay”. En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 258; MONTOYA MELGAR, A. “La huelga en España”. En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996, p. 102.

se produce la suspensión perfecta del servicio civil *de los servidores del sindicato* con las excepciones antes señaladas” (el énfasis es añadido).

Solo dos comentarios finales al respecto:

- Si se lee bien, nada se dice sobre qué pasaría (efectos) si la decisión se adoptara por la mayoría de servidores, no del ámbito, sino de los votantes en asamblea. La omisión no puede entenderse como una posibilidad excluida, por las siguientes razones: a) la disposición del RLSC no está regulando las reglas de mayoría como requisito de validez para convocar una huelga, sino sus efectos; b) existe una interpretación latente sobre las reglas de mayorías en la LRCT⁽⁵⁹⁾ que permite este supuesto. c) Finalmente, el RLSC no puede ir contra el sentido de la ley (LRCT).
- Respecto a que, no puede obligarse a acudir a huelga a los opositores de la medida, cabe hacer una matización al criterio del TC, en vista de su formulación general. Dicho criterio estaría dirigido a los siguientes casos: a los servidores que votaron en contra de una huelga que se convocó por una “coalición de trabajadores” y a los servidores que votaron en contra de la huelga convocada por un sindicato al que no están afiliados. Si debería obligarse en cambio a los servidores afiliados al sindicato convocante, a pesar de haberse opuesto a la decisión de la mayoría. Aquí el derecho de huelga de tales servidores tiene una delimitación distinta, pues al afiliarse al sindicato convocante han decidido voluntariamente acogerse a las reglas del mismo, lo que conlleva plegarse a la decisión de la mayoría. Si no lo hiciera se le podría someter a las medidas disciplinarias previstas en el estatuto sindical.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL DURANTE LA HUELGA: LA PROHIBICIÓN DEL ESQUIROLAJE EN LA LSC

La LSC (art. 45.2) señala 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

(59) Ver apartado III.2, C) de este trabajo.

y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga y hasta su efectiva culminación”.

La redacción poco clara de la disposición antes transcrita, pudo llevar a error a algún jurista haciendo pensar que la LSC permitía 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”⁽⁶⁰⁾. 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 RLSC).

Para analizar si en la práctica existe esquirolaje, la pregunta clave es: ¿a quiénes reemplazan los nuevos contratados? Es importante señalar, que aunque una huelga se lleve a cabo, en determinados supuestos se deben mantener unos “servicios mínimos” con el fin de no afectar en exceso a los usuarios de la actividad. Por tanto, quienes deban cubrir esos servicios son trabajadores “no huelguistas”, en ellos se mantiene la obligación a trabajar, por lo que incumplir, además de acarrearles medidas disciplinarias, permite al empleador (Administración Pública) cubrir sus tareas para garantizar la prestación de los “servicios mínimos” a los ciudadanos. En este caso, no se afecta la eficacia de la huelga pues las funciones asumidas por el servidor de reemplazo igualmente debían estar atendidas durante la medida de fuerza. Por ello, puede afirmarse que, a pesar de la redacción confusa del artículo 45.2 de la LSC, se prohíbe el esquirolaje.

La virtualidad del artículo 45.2 de la LSC sería doble: a) la de servir de norma de habilitación para la contratación de personal fuera de los periodos normales de convocatoria de puestos en la entidad pública; y, b) la de prohibir, *a sensu contrario*, el esquirolaje, ya que se puede contratar personal de nuevo ingreso durante la huelga, pero solo cuando dicho personal reemplace a “los servidores civiles [que] no atendieran adecuadamente los servicios mínimos” (como aclara el art. 85 del RLSC)⁽⁶¹⁾.

(60) SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. Ob. cit., p. 410.

(61) Artículo 85 RLSC: “*En el caso 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 acuerdo a lo establecido en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley*” (el énfasis es añadido).

Por otro lado, no puede perderse de vista que la condición para contratar personal durante la huelga es que los servidores no atiendan “adecuadamente” los servicios mínimos (art. 85 de la RLSC). Esa atención “adecuada” de los servicios mínimos significa que habrá trabajadores de nuevo ingreso, tanto si no se atienden los servicios mínimos, como si se atienden pero no “adecuadamente”, es decir, sin la diligencia debida (con un evidente y voluntario bajo rendimiento)⁽⁶²⁾.

Por último, es importante tener presente que cada entidad pública al detallar en el primer trimestre del año los puestos y ocupaciones considerados como servicios mínimos (art. 82 de la LRCT y 85 del RLSC), lo hace de manera abstracta. Por ello, los servicios mínimos deben concretarse en cada convocatoria de huelga, con el fin de evitar contrataciones de personal injustificadas que puedan neutralizar la eficacia la acción sindical. Esta concreción debe realizarse de acuerdo a una serie de factores como: la extensión de la huelga (puede tratarse de una huelga en una sola sede, pudiendo los usuarios acudir a las restantes), su duración (la huelga puede durar pocos días, 2 o 3), las concretas necesidades del servicio que se dejan de cubrir (tal vez se trate de labores que puedan omitirse sin afectar excesivamente a la entidad y a los usuarios), la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos⁽⁶³⁾. En definitiva, el mantenimiento de los servicios mínimos durante la huelga no puede significar el funcionamiento normal del servicio ni perturbar de manera irrazonable el interés de la comunidad⁽⁶⁴⁾.

VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de que formalmente el RLSC recoge gran parte del contenido esencial del derecho de huelga (definición, requisitos, límites, supuestos ilícitos), este debe aplicarse luego de acudir e interpretar las normas internacionales, la CP, la LSC y, de manera supletoria, la LRCT.
2. En términos generales, el régimen de la huelga en el sector público se mantiene inalterado como consecuencia de su mínima regulación en la LSC, lo que exige aplicar –de forma supletoria– la LRCT, norma que se venía aplicando en este ámbito.

(62) Así, el servidor desconoce una de sus obligaciones con la entidad y la comunidad: “Cumplir leal y diligentemente los deberes y funciones que impone el servicio público” (art. 39.a) de la LSC).

(63) Estos criterios se han extraído de la jurisprudencia española, pero son válidos para el tema bajo comentario. Ver, STC español 43/90, de 15 de marzo de 1990, f. j. 5.d)

(64) *Ibidem*, f. j. 5.e).

3. Por aplicación de la LRCT, se mantiene la definición restrictiva de huelga en el sector público (con abandono del centro de trabajo) y –como consecuencia de ello– la prohibición de las modalidades irregulares (art. 81 de la LRCT y art. 81 de la RLSC). Sin embargo, puede afirmarse que tales disposiciones (aplicables al sector público y al privado) no cumplen los estándares internacionales previstos por el CLS, por lo que deberían ser objeto de modificación, permitiendo como manifestación de la acción sindical las huelgas a ritmo lento o a reglamento, la huelga de brazos caídos y todas las compatibles con la definición extensiva de huelga.
4. De acuerdo al “criterio de interpretación conforme a la Constitución” y a lo dispuesto por el CLS expresamente para el Perú, debe entenderse que el requisito de la LRCT (art. 73) –aplicable al Sector Público y Privado– sobre la mayoría para declarar la huelga, se refiere a la mayoría de los servidores votantes en asamblea y no a la mayoría de los trabajadores del ámbito.
5. Existen razones para defender un margen de decisión del legislador sobre las huelgas de solidaridad en el sector público. Aquel podría excluirlas en atención a que no se vulnera el contenido esencial del derecho y los órganos de control de la OIT parecen otorgar dicho margen a los Estados Miembros.
6. Según lo señalado por el TC, no puede obligarse a los servidores opositores a plegarse a la medida de fuerza. Sin embargo, este criterio debe matizarse cuando la huelga es convocada por un sindicato y el opositor es un afiliado, ya que existe la voluntad previa de someterse a la decisión de la mayoría, como en todo vínculo asociativo; por lo tanto, al acatar la medida de fuerza sindical no puede decirse que el afiliado esté forzado jurídicamente.
7. Tras la LSC, existen 3 plazos distintos de preaviso de huelga (5, 10 y 15 días), pudiendo suceder que frente a un mismo tipo de actividad (servicios de salud por ejemplo), se deban cumplir plazos diferentes según se trate del Sector Privado o Público, lo que no parece razonable.
8. El “modelo de huelga contractual” acogido por la LSC –también por la LRCT– es válido según los estándares internacionales de la OIT, siempre que se permitan las huelgas mixtas ante políticas socioeconómicas que afecten a los trabajadores huelguistas.
9. La exclusión de las huelgas ante conflictos colectivos derivados de problemas de interpretación o aplicación de normas, propias de un “modelo de

huelga contractual” (art. 45.2 de la LSC y art. 47 de la LRCT), es válida de acuerdo a estándares internacionales de la OIT y la obligación del Estado de promover las formas de solución pacífica de conflictos laborales (art. 28 del CP).

10. Se puede afirmar que el esquirolaje externo está prohibido luego de realizar una interpretación sistemática y teleológica del artículo 45.2 de la LSC, a pesar de la redacción confusa este. Asimismo, la virtualidad del artículo 45.2 de la LSC radica en habilitar al Estado a convocar vacantes fuera de los periodos normales de contratación (en este caso, durante una huelga).
11. De acuerdo a la precisión del artículo 85 del RLSC, habrá trabajadores de nuevo ingreso durante la huelga, tanto si no se atienden los servicios mínimos, como si se atienden pero no “adecuadamente”, es decir, sin la diligencia debida (con un evidente y voluntario bajo rendimiento).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, E. “Límites internos y externos al derecho de huelga”. En: *Boletín electrónico del Ministerio de Trabajo*. N° 22, Lima, octubre de 2012 (Derecho de huelga), disponible en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_22.html>.
- ARÉVALO VELA, J. “Las relaciones colectivas de trabajo en la Ley del Servicio Civil”. En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013.
- BOZA PRÓ, G. “La protección constitucional de la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en la sentencia del 5 de enero de 2006”. En: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2005.
- CEARC. *Estudio General: Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. *Curso de Derecho Administrativo*. I. 15ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- MARTÍN VALVERDE, A. “El Estatuto del Empleado Público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo”. En: Cabeza Pereiro, J. y Martín Girón, J. (Coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Laborum-Universidad de Vigo, Murcia, 2008.
- MONTOYA MELGAR, A. “La huelga en España”. En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.

- OIT. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (Coord.). “La huelga en el Perú”. En: *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. “La huelga en Uruguay”. En: Pasco Cosmópolis, M. (Coord.). *La huelga en Iberoamérica*. AELE, Lima, 1996.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. *Derecho Sindical*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- UGAZ OLIVARES, M. “La huelga en el ordenamiento laboral peruano”. En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Veinticinco años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. SPDTSS, 2013.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. “Huelgas y servicios esenciales: alcances, estándares internacionales y nueva afectación (La educación básica regular)”. En: AA.VV. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley-SPDTSS, Lima, 2008.
- *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. 1ª ed., PLADES, 2010.