

LA HUELGA EN LOS SERVICIOS DE SALUD Y EL ARBITRAJE OBLIGATORIO⁽¹⁾

JESÚS CARRASCO MOSQUERA⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas dos huelgas en el sector salud, la de los médicos en el Ministerio de Salud, así como la de las enfermeras en el Seguro Social de Salud - EsSalud⁽³⁾, que han superado en un caso la barrera de los cien días, y en otro, los cincuenta días, en un hecho sin precedentes, se han convertido en un problema recurrente para el Estado⁽⁴⁾, el mismo que descubre sobre el tapete un inconfundible conflicto de derechos fundamentales que el gobierno y la sociedad, al parecer no han advertido en su real dimensión: La Huelga versus la Salud.

Qué debe primar, ¿El deber del Estado de garantizar la libertad sindical (y por tanto la Huelga) o el deber de protección de la Salud? Menudo problema que es el que se encuentra detrás de estos especiales conflictos laborales que se repiten

(1) Este trabajo contó con la valiosa colaboración hemerográfica de la Dra. Victoria Ampuero Alata de Fuertes.

(2) Abogado constitucionalista, socio de C y C abogados, Consultor de diversas entidades públicas en temas de Derecho del Trabajo y previsional. Licenciado por la UNMSM (2000) y egresado de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP (2004, actualmente en proceso de titulación) y del Curso de Post Grado en derecho Constitucional por la USAL (España, 2007). Alumno libre del Programa de Segunda Especialidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la PUCP.

(3) Conducidas por la Federación Médica peruana- FMP en el MINSA y por el Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud - Sinesss en EsSalud, respectivamente.

(4) Si recordamos el año 2012, se produjeron dos huelgas médicas sucesivas de 33 días cada una. La primera conducida por el Sindicato Médico del Seguro Social del Perú - SINAMSSOP contra EsSalud, y la segunda, por la FMP contra el Ministerio de Salud. Posteriormente, en el año 2013 la FMP vuelve a paralizar labores por espacio de otros 35 días.

en el Sector Público, máxime si tenemos en cuenta que ambos son deberes constitucionales, que a su vez provienen de dos derechos fundamentales de igual dimensión. Nace pues un nuevo conflicto constitucional, que hasta la fecha –creemos– que no ha sido abordado de la mejor manera.

Pero al mismo tiempo, estos conflictos laborales en la salud pública, desnudan otra inocultable realidad de consecuencias jurídicas no menos importantes, como es el caso de la interrupción de las atenciones hospitalarias y/o de la prestación de servicios de salud de los millones de pacientes a nivel nacional (asegurados y no asegurados), y la aparente pasividad del Estado en evaluar la aplicación de mecanismos impositivos de solución de conflictos, puntualmente del Arbitraje Obligatorio regulado en el artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y reglamentado por la Directiva N° 005-2012-MTPE, aprobado por Resolución Ministerial N° 076-2012-TR.

El presente trabajo intenta dar una mirada a la figura del arbitraje obligatorio, tratando de apuntar en que casos se debería aplicar, y como debería proceder el Estado en las huelgas en los servicios de salud, y al mismo tiempo echa un breve vistazo a las verdaderas causas de los recientes conflictos laborales sucedidos en los hospitales de nuestro país.

Es preciso advertir que no pretendemos alentar conductas estatales intervencionistas en contra del derecho de huelga ni contra sus titulares, y mucho menos el uso indiscriminado del arbitraje obligatorio para todos los conflictos laborales, por el contrario el presente trabajo apunta aquellos casos de huelgas inmotivadas prolongadas excesivamente en el tiempo, llevadas por la insensatez u obstinación sindical, mas no de las huelgas legítimas cuya duración prolongada se deba exclusivamente a la falta de voluntad del empleador estatal por resolverlo.

II. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO

1. Definición de arbitraje y arbitraje obligatorio

El Arbitraje en sentido amplio es un mecanismo de solución de conflictos individuales o colectivos al cual recurren dos partes enfrentadas. Consiste en la designación de un tercero, el árbitro, cuya decisión, el laudo, se impondrá sobre las diferencias de las partes y deberá ser acatada obligatoriamente. Si bien formalmente su ejercicio es privado, cierto es también que es una actividad constitucional

de orden público desde el momento en que la propia Constitución, en sus artículos 62⁽⁵⁾ y 139 inciso 1⁽⁶⁾ reconocen la existencia de la jurisdicción arbitral.

En ese sentido, Oswaldo Hundskopf señala que si bien las partes escogen a los árbitros o se someten a un Tribunal Arbitral, la facultad de los mismos está, más que en la autonomía de la voluntad de las partes, en el reconocimiento por la Constitución⁽⁷⁾, lo que Edgardo Balbín Torres complementa correctamente, afirmando que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, Subjetiva, ya que su fin es proteger los intereses privados de las partes, pero también tiene una dimensión Objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución Política del Perú⁽⁸⁾.

Es por ello que cuando hablamos de arbitraje, normalmente se concibe a este mecanismo resolutorio, como aquel arbitraje voluntario o clásico, es decir aquel por el cual las partes en conflicto se someten manifestando su consentimiento para ello. Sin embargo en el Derecho del Trabajo, o más específicamente, en las Relaciones Colectivas del Trabajo, este arbitraje consensual coexiste con otros dos tipos que no necesariamente requieren del consentimiento del trabajador o del empleador. Uno de ellos es el Arbitraje Potestativo⁽⁹⁾ y el otro es el Arbitraje Obligatorio, al cual nos centraremos seguidamente.

Así tenemos que el artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR

(5) **Constitución Política del Estado**

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...). **Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley** (énfasis es nuestro).

(6) **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral** (énfasis es nuestro)

(7) Cita extraída de su artículo “El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral”, publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 91, Año II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 1.

(8) Interpretación efectuada en el Fundamento 15 del Laudo Arbitral Obligatorio expedido por Balbín Torres el 11/09/2012 como Autoridad Administrativa de Trabajo para poner fin a la huelga nacional indefinida de 33 días desarrollada por el Sindicato Nacional Médico del Seguro Social del Perú - SINAMSSOP en EsSalud.

(9) Mecanismo arbitral que depende la Autoridad laboral (MTPE) y que se activa a solicitud de una de las partes, en los siguientes supuestos, según el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 014-2011-TR:

- Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido
- Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo

dispone que cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. **De fracasar esta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva.**

Es así que el arbitraje obligatorio, implícitamente, se encuentra contenido en la última línea del precitado dispositivo, la que posteriormente ha sido desarrollada mediante la Directiva N° 005-2012-MTPE, aprobada por Resolución Ministerial N° 076-2012-TR de fecha 5 de marzo de 2012, norma que en su ítem 5.1, letra F) lo define como: Aquel arbitraje en el que, por mandato del artículo 68 de la LRCT, la intervención resolutoria de la Autoridad Administrativa de Trabajo se produce dentro de supuestos excepcionales y en calidad de árbitro obligatorio, por lo que se desarrolla en instancia única; siendo inimpugnables los actos emitidos, salvo en los supuestos de impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial.

En resumen, ambas normas nos indican que el arbitraje obligatorio consiste en la atribución del Estado de intervenir obligatoriamente en una huelga, luego de fracasadas las negociaciones para remediarla, siempre en cuando se presenten situaciones excepcionales, con el propósito de resolver en definitiva el referido conflicto laboral y así evitar daños mayores a la sociedad. Es decir, se autopermite la imposición de la jurisdicción arbitral obligatoria, cuando otros derechos se vean afectados, sin necesidad de contar con la aceptación de las partes en conflicto. Sin duda, un *ius imperium light*, aun cuando la propia directiva que lo regula indique que dicha intervención es de naturaleza exclusivamente arbitral⁽¹⁰⁾, interesante discrepancia que para el objeto del presente análisis no será profundizado.

Y es que claro, este tipo de arbitraje no es comparable ni debe ser confundido con el arbitraje voluntario, ni con el arbitraje potestativo, ya que en ambos casos las partes acuden a un tribunal imparcial conformado por tres miembros ajenos al gobierno, sin embargo, en el presente caso, el arbitraje obligatorio no solo es impositivo, es también estatal y unipersonal, ya que quien va laudar según las propias normas heterónomas del Estado no es otro que el director general de

(10) Al respecto, Edgardo Balbín Torres sostiene que el arbitraje obligatorio no constituye un ejercicio del *ius imperium* del Estado, toda vez que lo considera como parte del derecho de negociación colectiva y al mismo tiempo no es una instancia administrativa. Interpretación efectuada en los fundamentos 24 y 25 del único laudo arbitral emitido por la Autoridad de Trabajo respecto de una huelga en servicios de salud, del 11 de setiembre del año 2012 (Sinamssop vs. EsSalud).

Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a la sazón, un funcionario del gobierno.

2. Supuestos que habilitan el arbitraje obligatorio

Pero vayamos mas allá de este debate, y analicemos cuales son esos supuestos excepcionales por los que el Estado está autorizado a intervenir mediante un arbitraje obligatorio. Encontramos que la Directiva N° 005-2012-MTPE establece una suerte de principio de legalidad para su aplicación, al delimitar los siguientes tres supuestos:

- A) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que comprometa gravemente a una empresa o sector productivo.
- B) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que derive en hechos de violencia.
- C) Determinación de un supuesto de huelga excesivamente prolongada que asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

Puede notarse que en todos los supuestos, subsiste como elemento común denominador, la huelga excesivamente prolongada en el tiempo, a la que se suman situaciones no menos importantes como los actos de violencia o las graves consecuencias o afectación de un servicio y/o sector productivo. Pero ¿Cuándo estamos ante una *huelga excesivamente prolongada en el tiempo* si la propia norma no impone un plazo para calificarla como tal?

En principio, consideramos que la norma hace bien en no fijar un plazo determinado para señalar a una huelga como excesiva, ello hubiera significado una intromisión restrictiva al derecho de huelga, sin embargo, a criterio nuestro, dicha prórroga excesiva debe tratarse de aquella que revista **insensatez u obstinación del gremio o dirigencia** en hacerla perdurar en el tiempo, sumada a una **imposibilidad manifiesta del empleador** en atender el pliego o la plataforma de lucha. Evidentemente, dicha prolongación debe afectar o amenazar gravemente el ejercicio de otros derechos fundamentales, o poner en riesgo la conservación de determinada actividad productiva o servicio esencial.

A criterio nuestro, un supuesto de **insensatez u obstinación sindical**, podrá considerarse a aquella huelga que tenga por objeto alterar lo pactado en un convenio colectivo, cuando se encuentra en periodo de vigencia, persistiendo en dicho cometido. Lo que Sala Franco califica como Huelga Novatoria por alterar el deber de paz laboral, conforme a la legislación laboral española que sanciona a esta

justificación como un supuesto de ilegalidad de la huelga⁽¹¹⁾. Este tipo de paralización, solo debería admitirse como excepción, cuando uno de los tramos económicos del convenio vigente haya sido incumplido por el empleador.

En nuestro país, el estudioso del derecho laboral y gran conocedor de la práctica sindical peruana, Francisco Gómez Valdez, llama severamente a este mismo supuesto como una Huelga Abusiva, cuando están erigidas por los trabajadores para modificar el espíritu de la convención colectiva, *ante tempus*. La misma calificación le otorga a aquellas paralizaciones sucesivas en el tiempo, destinadas a perjudicar el manejo regular de a empresa⁽¹²⁾.

En cuanto a **imposibilidad manifiesta del empleador**, consideramos que esta se dará cuando la huelga tenga por objeto reclamar un beneficio económico o estatus laboral que jurídicamente se encuentra prohibido de otorgarse, es decir que requiere previamente de una modificación legislativa o decisión jurisdiccional que autorice al empleador concederlo⁽¹³⁾. La OIT no es ajena a esta situación, al punto de señalar en la Decisión N° 532 del Comité de Libertad Sindical que, la prohibición de las huelgas que deriven de conflictos de derecho no constituyen una violación a la Libertad Sindical⁽¹⁴⁾.

3. Procedimiento arbitral obligatorio

Como quiera que el arbitraje obligatorio es en estricto sensu un mecanismo resolutorio de última ratio, dichos supuestos deberán ser objetivamente verificados por los órganos inspectivos de la autoridad de trabajo y demás opiniones sectoriales competentes, quienes utilizando una apreciación restrictiva deberán considerar, en forma indistinta, situaciones tales como, el grado de afectación que la huelga genera a la población o la sociedad, la interrupción de los servicios públicos o esenciales, así como la inseguridad o los daños que generen los actos de violencia producidos durante la huelga.

(11) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho sindical*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. 2013, pp. 339-340).

(12) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo, relaciones colectivas de trabajo*. Editorial San Marcos, 3ª ed., Lima, 2009, p. 596.

(13) Un buen ejemplo de este supuesto, constituye la reciente huelga de trabajadores administrativo-jurisdiccionales del Poder Judicial (marzo y abril de 2014), quienes reclamaban su exclusión del Régimen del Servicio Civil, pretensión que no podía ser atendida por dicho poder del estado, sino por el Congreso de la República.

(14) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La libertad sindical, recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., Ginebra 2006.

La competencia para la intervención arbitral obligatoria, según la misma Directiva N° 05-2012-MTPE, será de los directores regionales de trabajo cuando las graves consecuencias de una huelga prolongada irradie sobre determinada región o localidad. Cuando tenga repercusiones supra regionales o a nivel nacional, será competente el Director General de Trabajo. En ambos casos, dicha competencia arbitral será declarada de oficio o a solicitud de parte invocándose los supuestos previstos en el artículo 68 de la LRCT y la directiva mencionada, la misma que deberá ser debidamente motivada mediante auto regional o resolución directoral, según sea el caso, y notificada a las partes en conflicto, la que a su vez, servirá para que ambas presenten sus propuestas finales por escrito⁽¹⁵⁾.

El laudo arbitral deberá ser emitido inmediatamente después de recibida las propuestas, tomando en cuenta principalmente los últimos acercamientos que hayan tenido las partes durante el desarrollo de la huelga, debiendo circunscribirse el pronunciamiento al punto que desencadenó el conflicto (que generalmente, son de naturaleza económica), sin considerar aquellos temas sobrevinientes o ajenos a las negociaciones, que bien pueden ser objeto de acuerdos directos⁽¹⁶⁾. El objeto de esto, es que el laudo sea lo más justo posible para las dos partes del conflicto, y evite rebeldías ante su obligatorio cumplimiento.

No cabe duda de que, desde una visión autonomista, no debería haber intervención del Estado, la autonomía colectiva por sí sola debería resolver el conflicto, es decir sindicato y empleador estatal deberían ponerse de acuerdo soberanamente para evitar una huelga o para ponerle fin luego de iniciada esta. Es lo ideal sin duda alguna, sin embargo cuando se trata de sindicatos que realizan actividad esencial para el sector público, resulta pertinente recurrir a una solución heterónoma estatal, máxime cuando la paralización afecta directamente derechos de terceros. Y es que el Estado no puede permanecer de brazos cruzados cuando una huelga afecta gravemente a la sociedad o se producen actos de violencia que altera la seguridad interna del país.

En ese sentido, si bien el deber constitucional de garantizar la libertad sindical y de fomentar la negociación colectiva, expresado en el artículo 28 Incisos 1) y 2) de la Constitución⁽¹⁷⁾, supone la no intervención del Estado en asumir

(15) Ver ítem 6.6 de la Directiva N° 005-2012-MTPE

(16) BALBÍN TORRES, Edgardo. *Fundamento 11 del laudo arbitral obligatorio del 11/09/2012 (Sinamssop vs. EsSalud)*.

(17) **Constitución Política del Estado**

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

prácticas que desincentiven su ejercicio mediante la emisión de normas y actos administrativos que afecten su contenido, ello no implica un abstencionismo estatal absoluto, por el contrario subiste el deber constitucional del Estado de estimular y fomentar el ejercicio de todos esos derechos, incluyendo el deber de promover formas de solución pacífica de los conflictos, siendo el arbitraje obligatorio una típica solución heterónoma de naturaleza pacificadora.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la Oficina Internacional del Trabajo - OIT, no restringe o prohíbe este mecanismo resolutivo, tal es así que en la Recomendación 564 del Comité de Libertad Sindical, señala expresamente que el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga solo es aceptable en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población⁽¹⁸⁾.

III. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES DE SALUD

Es sabido que la huelga es una paralización colectiva concertada de trabajadores, que deriva de un conflicto con el empleador, y que tiene por finalidad obtener de este la reivindicación de sus derechos. Para Sala Franco la huelga es la cesación temporal del trabajo decidida por una colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses⁽¹⁹⁾.

En esa misma línea, Rendón Vásquez señala que la huelga no tiene un carácter de un fin en sí mismo, sino el de un medio coadyuvante con los fines de la organización sindical. La finalidad de la huelga estriba en desarrollar una presión sobre los empleadores o sobre las autoridades o contra ambos al mismo tiempo para obtener de ellos la terminación del desconocimiento de un derecho, o su establecimiento si no existiera⁽²⁰⁾.

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

(18) Oficina Internacional del Trabajo - OIT, *La Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Año 2006, 5ª ed.

(19) SALA FRANCO, Tomás. Ob. cit., p. 327.

(20) RENDÓN VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo, relaciones colectivas en la actividad privada*. 8ª ed., Grijley, Lima, 2014. p. 280.

En consecuencia, el derecho constitucional de huelga supone y entraña a su vez, un derecho de afectación al empleador, toda vez que se trata de un instrumento de presión. No hay huelga sin afectación de la producción de la empresa. Sin duda, es un acto dañoso contra el empleador, por lo que su ejercicio pocas veces resulta pacífico. Sin embargo, este efecto dañino que tiene la huelga, no puede ni debe confundirse con un efecto destructor de la empresa o del servicio que presta.

Al respecto, una doctrina italiana muy interesante, señala que toda huelga conlleva el derecho de afectar la *producción*, mas no la *productividad*⁽²¹⁾, advirtiéndose que la primera, la *producción*, no puede preservarse frente a la huelga sin dejar a esta vacía de contenido; la segunda, la *productividad*, impone un límite al conflicto que deriva del contenido esencial de la libertad de empresa e implica preservar capacidad productiva de la empresa impidiendo que la huelga ocasiona la “destrucción del adversario”⁽²²⁾.

Es precisamente por esto que la Huelga, como todo derecho tiene sus límites, no es absoluta ni podría serlo, mas aun tratándose de una que afecta servicios tan esenciales como los de la salud, es por ello que la propia normatividad vigente y las recomendaciones de OIT imponen la obligación a estos sindicatos de trabajadores hospitalarios de garantizar determinados áreas mínimas de todo el servicio esencial que prestan, lo que por ningún caso autoriza a que, cumplida tal limitación, el conflicto lo puedan mantener eternamente.

Uno de los ejemplos más gráficos y elocuentes de huelgas que afectan servicios esenciales, constituyen aquellas que se producen en los servicios sanitarios estatales, es decir en lugares donde se prestan servicios de salud pública, tales como hospitales, centros médicos y consultorios, lo que incluso es objeto de reconocimiento expreso por la propia LRCT⁽²³⁾. Si bien no se prohíbe del todo la huelga en dichos servicios, si se imponen restricciones a su ejercicio cuando se obliga a que el sindicato garantice el funcionamiento de áreas mínimas.

(21) GAETA L. “Las teorías sobre la huelga en la doctrina italiana”. En: *Relaciones Laborales*. Tomo II, 1993, p. 1352 y ss. Citado por el profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla La Mancha, Joaquín Pérez Rey en su artículo *El Enfrentamiento entre Huelga y derecho al trabajo (A propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril)*, publicado en la revista *Relaciones Laborales*. Nº 2, La Ley, Madrid, pp. 453-467.

(22) Frase acuñada por DURÁN LÓPEZ, F. *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, CARL, Sevilla, 1998, p. 21. Obtenido del mismo artículo de Joaquín Pérez Rey.

(23) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
Artículo 83.- Son servicios públicos esenciales:
a) **Los sanitarios y de salubridad.** (énfasis es nuestro).

Así tenemos que el artículo 82 de la misma LRCT señala que cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Esta limitación resulta válida desde que la propia Constitución en su artículo 28, inciso 3, establece que la Huelga debe ejercerse en armonía con el interés social. Al respecto la OIT, define al Servicio Esencial como aquel cuya interrupción determine la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población⁽²⁴⁾, incluyendo como una de sus principales exponentes al servicio hospitalario. Más prolijamente, García Blasco y Ermida Uriarte advierten que la limitación en los servicios esenciales no deviene de los perjuicios que pueda generar en la economía nacional, sino en la esencialidad (se asocia al trabajador) o en la imprescindibilidad del servicio que se presta⁽²⁵⁾.

En nuestra práctica laboral colectiva, cuando se trata de huelgas en servicios de salud, dichas áreas mínimas de obligatorio mantenimiento por parte de un sindicato médico o de otros profesionales de la salud, constituyen las áreas de Emergencia (incluyendo equipos básicos de guardia: cirugía, anestesia, reanimación y servicios de ambulancia, farmacia y laboratorio), Cuidados Intensivos e Intermedios, Hospitalización y procedimientos impostergables (Diálisis, banco de sangre, Etc). Todos los demás servicios hospitalarios, como atención en consultorios externos, cirugías electivas⁽²⁶⁾ y procedimientos electivos⁽²⁷⁾, incluyendo sus respectivos laboratorios y farmacias, pueden ser paralizados⁽²⁸⁾.

En teoría, estos servicios citados que sí son pasibles de paralización en un centro hospitalario no tienen la condición de servicio esencial, ya que *a priori* su interrupción no va afectar la vida de ninguna persona ni podrá en riesgo la salud de una colectividad, sin embargo una paralización prolongada en el tiempo de estos servicios, va generar indiscutiblemente, postergación y acumulación de pacientes que requerían atención en consulta, con el riesgo de que sus males se vayan

(24) Decisión 581 del Comité de Libertad Sindical

(25) GÓMEZ VALDEZ, F. Ob. cit., p. 632.

(26) Cirugías medianas o menores, como extracción de vesícula, operación de próstata, tumores benignos o controlados, etc.

(27) Radiografías, electro cardiogramas, ecografías pre natales, endoscopías, colposcopías, colonoscopías, radiología intervencionista, etc.

(28) Información obtenida de los Instructivos de Huelga Indefinida 2012 y 2013, publicado por el Sinamssop en su respectiva páginas web (<www.sinamssop.org>).

agravando. Lo mismo sucederá con las cirugías o procedimientos electivos, que de ser menores o medianos podrían convertirse en cirugías mayores o en eventuales cuadros de emergencia. En estos casos, no solo se pone en riesgo la vida y la salud de los pacientes, sino también la obligación constitucional del Estado de proteger la salud pública en general⁽²⁹⁾.

Es por ello, que la propia OIT advierte en la Decisión N° 582 del Comité de Libertad Sindical que **el concepto de servicio esencial no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población**⁽³⁰⁾.

En consecuencia, no debería permitirse una huelga eterna en servicios tan importantes como los de la salud, aun cuando estén garantizados el funcionamiento de los servicios mínimos, ya que indefectiblemente acarreará transgresiones o amenazas latentes al derecho a la vida, lo que sumado a la falta de justificaciones certeras que motiven el conflicto, bien podría configurar el ejercicio abusivo de un derecho por parte de una organización sindical, lo que además de encontrarse prohibido por la Constitución, el Estado debe tomarlos en cuenta para evaluar una intervención arbitral obligatoria.

1. Breve repaso a las últimas huelgas en la salud pública: La verdad de los conflictos

Pero la huelga no solo genera daños al empleador. También genera secuelas a al titular de su ejercicio, es decir, a la propia organización gremial, ya sea de índole económico, institucional, pero sobretodo social. Los conflictos acentúan la animadversión entre las partes y entre los sectores de la colectividad que simpatizan con ellas, situación que podría dar lugar a un estado de hostilidad permanente y generalizado⁽³¹⁾.

Es así que el peor enemigo de un sindicato o una huelga, es la opinión pública y una prensa en contra, razón por la cual todo gremio conformado por

(29) Constitución Política del Perú

Artículo 7.- Derecho a la Salud

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

(30) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed., Ginebra, 2006.

(31) RENDÓN VÁSQUEZ. Ob. cit., p. 151.

profesionales que gozan de determinado status y cuyas acciones son de repercusión mediática, antes de dar inicio a una paralización de labores, debe tener una estrategia clara que le indique qué reclamar y hasta donde debe forzar el conflicto, así como evaluar las consecuencias de su medida, más aun si estas son sucesivas en un breve periodo de tiempo.

Gremio que no tome en cuenta estos factores, podría estar condenado al fracaso de su plataforma de lucha y al descrédito profesional de su gremio ante la sociedad, sin embargo, tal parece que ese no ha sido el criterio que adoptaron los gremios médicos del Ministerio de Salud (Minsa) y de las enfermeras de EsSalud, en los últimos meses, y ciertamente el Estado ha sido muy condescendiente con dichos conflictos. Veamos por que:

- **Huelga Médica Minsa**

Los médicos del Ministerio de Salud agrupados en la Federación Médica Peruana - FMP, suscribieron en agosto de 2013 luego de una primigenia Huelga Indefinida de 30 días, un Acta de Solución⁽³²⁾ en el que aceptaron una nueva escala salarial regida por ley (D.L. N° 1153) cuya implementación debía darse en el plazo de dos (02) años, siendo el primer tramo de dicha escala un incremento sobre el sueldo básico de S/. 1,500.00, el mismo que se ejecutó a nivel nacional a partir de setiembre del mismo año 2013.

Posteriormente, una nueva dirigencia asume la conducción de la FMP a partir de enero de 2014, y “advierde” que los S/. 1,500.00 otorgados en realidad solo ascendían en la práctica a S/. 700 u 800, en el mejor de los casos, sin advertir que dicho incremento al ingresar al haber básico se encontraba sujeto a las retenciones de ley (Impuesto a la Renta, AFP, etc.), como todo incremento remunerativo. Es así que considera que el Minsa habría “estafado” al gremio, y decide desatar una nueva huelga a partir del 13 de mayo de 2014 que hasta la fecha del presente trabajo no concluye.

Claramente se trataba de una Huelga Novatoria o Huelga Abusiva, según la clasificación de Sala Franco y Gómez Valdez, respectivamente, toda vez que en puridad, la FMP inconforme con los términos del pacto que había firmado tan solo 9 meses atrás, busca a través

(32) Véase: <<http://es.scribd.com/doc/160498495/Acta-de-acuerdo-entre-el-Ministerio-de-Salud-y-la-Federacion-Medica-Peruana>>.

de una nueva paralización, alterar el referido convenio colectivo encontrándose este en pleno periodo de vigencia, a lo que se suma una falta de cultura remunerativa o asesoría jurídica en dicho gremio que le haga ver que a la larga dicho incremento resultaba beneficioso, toda vez que repercutirá favorablemente sobre su fondo pensionario y sobre Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) al momento de la jubilación⁽³³⁾.

Lamentablemente, el Estado lejos de resolver definitivamente dicho conflicto imponiendo un necesario arbitraje obligatorio, ha emitido declaratorias de emergencia del sector⁽³⁴⁾ y lanzado amenazas de despido que lo único que han generado es calentar más el conflicto, permitiendo que esa paralización se prolongue por más de 100 días con innecesarias negociaciones y negativas, exponiendo al desgaste de los hospitales públicos del Minsa y el descrédito de dicho sector ante la sociedad.

- **Huelga de Enfermeras (EsSalud)**

Las enfermeras del Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud (Sinesss), desarrollaron una huelga de 53 días, entre junio y agosto del presente año 2014, en la que reclamaban básicamente una homologación remunerativa con los haberes que perciben los profesionales cirujanos dentistas y químicos farmacéuticos de la misma institución (quienes reciben aproximadamente un 20 % más que ellas), plataforma que no podía ser atendida por EsSalud en razón que existen normas legales vigentes que estipulan un razonable distanciamiento remunerativo entre dichos grupos ocupacionales, en razón de los años de estudios universitarios y el nivel de responsabilidad ante los pacientes⁽³⁵⁾.

(33) Antes de ese incremento la CTS de los médicos del Minsa, al ser trabajadores regidos por el régimen laboral público D.L. N° 276, se calculaba en base al exiguo sueldo básico que en la mayoría de casos no superaba los un mil soles.

(34) Con la finalidad de tercerizar servicios a terceros privados y de contratar en vía directa personal de reemplazo en calidad de suplencia CAS.

(35) La Ley N° 23536, considera a los odontólogos y químicos farmacéuticos como profesión médica junto a la de los médicos, mientras que los D.S. N° 019-83-PCM y D.S. N° 024-83-PCM, consagran la distancia remunerativa entre ambos profesionales con respecto a las enfermeras, por el nivel de responsabilidad que asumen en los hospitales frente a los pacientes, y por la cantidad de años de estudios en el pregrado universitario (6 años vs. 5 años). Criterios razonables desde todo punto de vista, que EsSalud no podía violentar, mientras dichas normas no fueran modificadas por los poderes competentes.

Se trataba claramente de una huelga derivada de un conflicto de derecho o incluso de una Huelga Inmotivada (*ad nütum*), según la clasificación de Gómez Valdez⁽³⁶⁾, sin embargo, el Ministerio de Trabajo lejos de resolver definitivamente dicho conflicto, mediante arbitraje obligatorio, invocando la prohibición normativa para atender el reclamo y en todo caso, derivar en consulta al Parlamento y Minsa la modificación normativa, se abocó durante más de 50 días a negociar con dicho gremio el entendimiento de la norma, permitiendo que se afectara seriamente la atención de las cirugías en todos los hospitales de EsSalud.

Aun mas, las enfermeras transgredieron los propios límites internos que le impone la ley para desarrollar su medida de fuerza (actuar en forma pacífica), al haber cometido actos de violencia, tales como haber bloqueado la pista exclusiva del Metropolitano en Lima y toma de algunos hospitales, todo lo cual habilitaba al Estado a la aplicación del arbitraje obligatorio. Si bien la huelga es un derecho constitucional, la propia Constitución limita su ejercicio al interés público.

- **Huelga Médica en EsSalud**

Un buen ejemplo de una paralización médica bien plasmada y bien resuelta, constituye la Huelga Médica indefinida del año 2012 convocada por el Sindicato Médico del Seguro Social del Perú (Sinamssop)⁽³⁷⁾, quienes luego de fracasar en sus negociación directa con EsSalud, por no otorgar una bonificación diferenciada⁽³⁸⁾ que los separe económicamente de los demás profesionales de la misma institución, desarrollaron una huelga de 33 días entre el 7 de agosto y el 4 de setiembre de 2012.

Ante la negativa manifiesta de las autoridades de EsSalud en conceder dicho beneficio en los más de 25 días de paralización, el Ministerio de Trabajo intervino con un arbitraje obligatorio, a través del director general de trabajo de entonces, Dr. Edgardo Balbín

(36) GÓMEZ VALDEZ, F. Ob. cit., p. 596.

(37) Gremio que agrupa a médicos, odontólogos y químicos farmacéuticos en EsSalud.

(38) Se reclamaba una Bonificación por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad, basada en la especial actividad diferenciada que realizan los médicos, odontólogos y químicos farmacéuticos en EsSalud, la misma que esta determinada en la ley.

Torres, cuyo laudo arbitral de fecha 11/09/2012 puso fin al conflicto laboral, concediendo la bonificación solicitada en un valor del 25 % sobre la remuneración, el mismo que en su momento no solo fue acatado, sino saludado por el sindicato.

Este final feliz, se debió a que dicho sindicato no se enfrascó a reclamar una alteración de un pacto vigente, o el pago de un beneficio económico prohibido por ley, por el contrario, su estrategia se basó en sustentar una actividad laboral diferenciada establecida en la ley y que no realizaran los demás profesionales del mismo empleador, lo que ameritaba una bonificación económica de la misma naturaleza.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Toda huelga que se respete responde a una estrategia, tanto desde su convocatoria, su desarrollo y, por supuesto su solución. No hay una sola decisión que se tome en cualquiera de estas etapas, que no obedezca a una estrategia bien diseñada por sus dirigentes o asesores, que tome en cuenta un factor fundamental: El marco jurídico al que se enfrenta.

Una buena estrategia jurídica, permitirá saber al sindicato qué reclamar en su plataforma de lucha, cual debe ser el punto mínimo negociable y si esta es jurídicamente posible obtenerla, es decir si lo que se reclama no se encuentra prohibido legislativamente o sujeto a un plazo de ejecución. Superado este primer tamiz, esa misma estrategia jurídica, deberá indicar hasta que punto se debe forzar la huelga, y lo más importante, en que momento deberá decidirse la conclusión de la misma.

En casos de sindicatos o gremios conformados por profesionales de la salud que brindan un servicio esencial como la salud propiamente dicha, resulta ineludible la estimación del artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, norma que habilita al Estado a intervenir definitivamente mediante el Arbitraje Obligatorio cuando una huelga se prolonga excesivamente en el tiempo y afecta la prestación del servicio básico que brinda, cuyo laudo pone fin al conflicto y es inimpugnable.

Una acertada dirigencia debería ser consciente de que el Estado no puede permanecer impávido ante una huelga médica que suspende las atenciones de consultorios y difiere las cirugías electivas, afectando la salud de millones de pacientes diariamente, siendo evidente que la posibilidad de la aplicación de este arbitraje resultará mayor a medida que la huelga se siga prolongando, con el consabido riesgo

de que una vez impuesto, el gremio no podrá rehusarse a aceptarlo. Ciertamente, el Estado debe ser conciente de ello también y de la herramienta de la que goza.

Dicho esto, permitir extender más de la cuenta una huelga en el sector salud y/o pretender radicalizarla, cuando ya se tienen propuestas económicas concretas, sería irresponsable y debería exponer indefectiblemente a la inminente aplicación del citado arbitraje obligatorio por parte del gobierno, con el riesgo del evidente debilitamiento institucional y descrédito profesional que una intervención como esa le ocasionaría al sindicato.

En ese mismo sentido, pretender imponer servicios mínimos post inicio de huelga o sorpresivas declaratorias de emergencia por parte del Estado, no constituye una solución correcta, como tampoco lo son las amenazas de despido de trabajadores en este contexto, ello se encuentra reñido por la Constitución y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, antes bien deben agotarse las etapas resolutorias que la ley establece para proceder a dichas medidas extremas, siendo la última de ellas precisamente la expedición del laudo arbitral obligatorio. Persistir en lo anterior, solo generaría mayor cohesión e intransigencia de los dirigentes y afiliados, además de la continuidad de la protesta.

Siempre debe tenerse en cuenta que no por muy larga que sea una huelga, esta será exitosa, máxime cuando la propia Constitución limita a este derecho al interés público.