

## PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ÚLTIMO LUSTRO (2008-2012): EL APORTE DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO<sup>(1)</sup>



**Daniel ULLOA MILLARES**

*Abogado. Magister en relaciones laborales. Profesor ordinario en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en ESAN.*

### SUMILLA

I. La libertad sindical individual positiva. **a.** La constitución de organizaciones sindicales. **b.** La actividad sindical y las facilidades para su ejercicio: negativa de permisos o autorizaciones (licencia sindical). **c.** Comunicaciones con terceros y libertad de expresión. **II.** La libertad sindical colectiva: actos de injerencia. **a.** Actos de hostilidad: cambio de jornada e imposición de descanso vacacional. **b.** Retención de cuotas sindicales. **c.** Poder disciplinario y actuaciones sindicales. **III.** La huelga y el esquirol

La interpretación y la práctica de las instituciones laborales del despido y de las relaciones colectivas en Perú han variado en los últimos años a pesar de estar reguladas por las mismas normas emitidas en la década de los noventa<sup>(2)</sup>, debido principalmente a la labor del Tribunal Constitucional (mediante la emisión de diversas sentencias como última instancia, varias de ellas precedentes vinculantes) así como de la Autoridad Administrativa de Trabajo (principalmente mediante la actuación de la inspección del trabajo<sup>(3)</sup>). Si bien la primera tiene más años realizando esta función

- (1) El autor quiere agradecer a Eliana Villa Zambrano y a Ricardo Herbozo Colque por el valioso apoyo recibido para la elaboración de este trabajo.
- (2) Si bien no son las normas originalmente publicadas (Decreto Legislativo 728 y Decreto Ley 25592), los cambios realizados a las mismas no han cuestionado el contenido esencial de las mismas, tanto que en ambos casos tenemos "textos únicos ordenados" de las citadas normas y no nuevas normas, como ha ocurrido con la ley procesal del trabajo.
- (3) También han contribuido a esta nueva lectura de los derechos otras dependencias como la Dirección General de Trabajo, la Dirección General de Derechos Fundamentales y Salud en el Trabajo y la Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo

de transformación<sup>(4)</sup>, la segunda ha venido reforzada por la suscripción de tratados comerciales, en especial el celebrado con Estados Unidos de América<sup>(5)</sup> y que supuso darle una mayor atención a esta función todavía olvidada por el Estado<sup>(6)</sup> pero vigente y con plena exigibilidad en nuestro ordenamiento desde 1960, año de ratificación del Convenio de la organización internacional del trabajo (OIT) N° 81, convenio sobre la inspección del trabajo (1947)<sup>(7)</sup>.

El propósito de este trabajo es confirmar lo que ya dos intuitivos especialistas previeron pocos años atrás, cuando en su trabajo titulado "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú"<sup>(8)</sup> señalaron en concreto que "la inspección laboral puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical, mediante la prevención, la disuasión y las sanciones que puedan establecerse"<sup>(9)</sup>. Y esto ha sido consolidado por la Dirección General de Inspección del Trabajo, que en segunda instancia ha podido resolver diferentes temas y precisar varios de los conceptos previstos en las normas de derecho colectivo del trabajo utilizando, al igual que las instancias inferiores, una fuente que siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento pero sin poca aplicación práctica, esto es, las normas internacionales del trabajo<sup>(10)</sup>, en especial los convenios y recomendaciones de la OIT<sup>(11)</sup>. Para reflejar lo que viene ocurriendo actualmente, en este trabajo comentaremos las decisiones emitidas por las instancias

- (4) Pareciera que el inicio de la transformación en este tema fue la emisión de la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001 de fecha 11 de julio de 2002, complementada con las emitidas en los casos Llanos Huasco (Exp. N° 976-2001-AA de fecha 13 de marzo de 2003) y Baylón Flores (Exp. N° 206-2005-AA de fecha 28 de noviembre de 2005).
- (5) Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 28766 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 30-2006-RE publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo N° 9-2009-MINCE-TUR publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de enero de 2009. Fecha de entrada en vigor: el 1 de febrero de 2009.
- (6) Basta comparar las condiciones en las que trabajan los inspectores fuera de Lima (y la disparidad de criterios sobre un mismo tema según cada región) para darnos cuenta que no existe una planificación adecuada, aspecto que busca corregirse con la creación de una superintendencia.
- (7) La primera ley de inspección peruana fue creada y publicada recién en el año 2006, Ley 28806, dado que las normas anteriores no tenían esta formalidad (eran decretos supremos o decretos legislativos).
- (8) BOZA PRO, Guillermo y MENDOZA LEGOAS, Luis, "La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú", En: *Revista Laborem* N° 10, 2010, pp. 329-354
- (9) *Ibidem*, p. 331.
- (10) Un análisis general de esta apertura se puede ver en BEAUDONNET, Xavier "La utilización de las fuentes universales del Derecho Internacional del trabajo por los tribunales nacionales". En: *Revista Derecho del Trabajo*, Ediciones La ley, Buenos Aires, julio de 2006, pp. 1-45.
- (11) Situación que resulta muy halagadora a pesar que por allí algún empleador haya cuestionado este proceder alegando que dichas normas "no se constituyen (sic) en el bien jurídico tutelado por el sistema nacional de inspecciones, por cuanto carecen de contenido jurídico material que otorguen derechos reales para ser tutelados, siendo solo aspiraciones y principios del derecho en general, por lo que el requerimiento carece de legalidad". Argumento citado en el sexto considerando de la resolución subdirectoral N° 008-2010-MTPE/2/12.340 de fecha 6 de enero de 2010.

administrativas de trabajo en los últimos cinco años<sup>(12)</sup> para concluir, felizmente, que a pesar de que los textos de las normas son iguales, su interpretación siempre puede variar, tal como ya lo señalaban siglos atrás los presocráticos.

Siguiendo un orden reconocido doctrinalmente<sup>(13)</sup>, hemos agrupado los casos revisados<sup>(14)</sup> según los derechos objeto de la inspección de trabajo, a saber:

## I. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL POSITIVA

### a. La constitución de organizaciones sindicales

A diferencia de otros países, donde la participación en partidos políticos o en organizaciones sindicales forma parte del ADN de los ciudadanos, en nuestra sociedad resulta extraño<sup>(15)</sup> que participemos en alguna de dichas instituciones<sup>(16)</sup>. Por tanto, la creación de un sindicato es normalmente percibido en nuestro país como algo peyorativo cuando en realidad debe quedarnos claro que estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental, reconocido expresamente no solo en nuestra Constitución sino también en diversos documentos internacionales<sup>(17)</sup>: la importante y emblemática libertad de asociación pero en tono laboral, esto es, la libertad sindical, que casualmente es el primer derecho en la jerarquía normativa de la OIT<sup>(18)</sup> y que nuestra legislación reconoce también expresamente como "derecho fundamental"<sup>(19)</sup>.

Claro, como todo producto humano, este derecho puede tener un ejercicio adecuado como también un ejercicio abusivo: Lo ideal es que prevalezca lo primero y no lo segundo, por lo que entendemos equivocado o falaz que critiquemos el derecho solamente por su práctica. O que le pongamos un determinado color para así generar su repulsa.

- (12) Sin considerar si las decisiones de última instancia han sido cuestionadas en la vía contencioso administrativa, aspecto que no hemos verificado para propósitos de este trabajo.
- (13) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, 2010.
- (14) Debo señalar que no participé en ninguno de los procedimientos que son objeto de comentario en el presente trabajo.
- (15) Según información del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la afiliación sindical en el 2007 fue del 7.1% del total de trabajadores asalariados privados de empresas con más de cuatro trabajadores, comprendiendo algo más de cien mil trabajadores sindicalizados.
- (16) De repente lo más cercano a nuestra realidad (y ello por evidentes razones históricas) supone la participación en actos o grupos religiosos.
- (17) A saber, y entre otras, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988). Para una exposición del tema ver CANESSA, Miguel. "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N° 72, pp. 111-151.
- (18) Ver la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de junio de 1998.
- (19) Artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, ley MYPE, aprobado por D.S. 7-2008-TR.

En este sentido, existe en nuestro país un famoso caso emblemático, que a pesar de ser algo antiguo<sup>(20)</sup> todavía es muy útil revisarlo para erradicar esta negativa visión de la sindicación: en una empresa los trabajadores deciden constituir una organización, se registran ante la autoridad de trabajo y, a los pocos días, cambia la junta directiva y esta pide a la citada autoridad la cancelación del registro, pues también muchos de los flamantes afiliados habían renunciado. Cuando la inspección de trabajo verifica la renuncia de los trabajadores, descubre que todas las legalizaciones de las firmas de las cartas fueron realizadas en una sola notaría y generaron un solo documento de pago, el mismo que había sido asumido por el empleador y que, luego de comunicada esta decisión, muchos de los trabajadores habían vuelto a afiliarse. Asimismo, los inspectores recibieron del poseedor del lugar donde supuestamente se realizó la asamblea que decidió disolver el sindicato que en la fecha que se señala ello ocurrió nunca hubo personas en su local. Todo esto, más las versiones de los dirigentes despedidos arbitrariamente y de otros trabajadores que declararon haber recibido dinero del empleador para renunciar al sindicato (y luego volverse a afiliarse) supuso que los inspectores de trabajo determinen la existencia de actos antisindicales y sugieran el pago de una multa de S/. 103,500. Por su gravedad este caso tuvo acogida de organizaciones sindicales internacionales<sup>(21)</sup>.

No obstante, también hace pocos años (verano de 2009) otra empresa reaccionó de una forma similar: cuando se inscribe un sindicato se decide el despido arbitrario de diez personas "porque no estaban comprometidos con la estrategia de la empresa (...) constantemente reclamaban por facilidades en el trabajo y azuzaban a los demás trabajadores", alegándose que el despido había sido decidido antes de conocer la existencia formal del sindicato (en los hechos se observa que entre la comunicación de los despidos y la del sindicato existe una diferencia de 1 a 2 días). Casualmente los despedidos sin justificación legal eran el secretario general, el secretario de defensa, el secretario de organización, el secretario de actas, el secretario de prensa, el secretario de relaciones exteriores, el secretario de economía y tres secretarios adjuntos.

En este caso las dos instancias confirmaron lo expuesto por el inspector, ordenándose el pago de una multa de S/. 22,720 por haberse constatado en este caso la existencia de una infracción muy grave en materia de relaciones laborales.

Estas situaciones no cuestionan la existencia de prácticas empresariales opuestas, que han permitido la existencia —especialmente en la actividad minera— de organizaciones sindicales en empresas contratistas (o "sindicatos de contratistas") que negocian directamente con la empresa principal o cliente y que celebran entre ellas convenios colectivos, a pesar que esta figura no figura expresamente prevista en nuestra legislación. Aunque ello resulta válido cuando el objetivo de las partes es solucionar, de buena fe, los conflictos sociales.

(20) De junio de 2007. Generó la orden de inspección N° 5628-2007-MTPE/2/12.3.

(21) Se puede revisar el número 539 de la edición electrónica del periódico digital semanal español "Gaceta sindical" de fecha 4 de julio de 2007.

#### b. La actividad sindical y las facilidades para su ejercicio: negativa de permisos o autorizaciones (licencia sindical)

Hemos podido observar que un tema recurrente que ha venido resolviendo la autoridad ha sido la procedencia de las medidas disciplinarias del empleador (amonestaciones o suspensiones) impuestas por la ausencia al trabajo de afiliados o dirigentes sindicales. Los afectados, antes que obedecer al empleador, faltaron a trabajar para realizar su actividad, a pesar que conocían que se les había negado expresamente el permiso o licencia luego de que esta había sido previamente solicitada. Y eso seguramente enervaba al empleador y lo motivaba a sancionar a los desobedientes.

Entonces, el principal tema que han tenido que ver en estos casos los inspectores ha sido la procedencia de la negativa del empleador pues se parte de la presunción de validez del permiso o licencia oportunamente solicitado, citándose para ello diversas normas, entre ellas la recomendación N° 143 de la OIT.

Y en ninguno de los casos revisados el empleador pudo demostrar la razón objetiva de su negativa para así evitar pensar que se había configurado un acto sindical: por ejemplo, en un primer caso no probó la necesidad de contar con el servicio del trabajador para el día del permiso o licencia por las alegadas necesidades operativas del servicio (orden de inspección N° 13546-2009-MTPE/2/12.3, Expediente N° 644-2010), en otro no fue relevante la falta de intención de perjudicar a la organización sindical (orden de inspección N° 17737-2010-MTPE/2/12.3, Expediente N° 1917-2010) y en un tercer caso la discusión de si el acto al cual quería ir el trabajador era o no de concurrencia obligatoria (orden de inspección N° 5494-2011-MTPE/1/20.4, expediente N° 2000-2011), tal como lo prevé el artículo 16 del reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo, no fue acogido pues se entendió que este aspecto correspondía definirlo a la organización sindical y no al empleador.

Claro, también hubo un caso en el cual el empleador, una conocida tienda dedicada a la venta al por menor de productos en almacén, no otorgó la licencia simplemente porque lo consideraba un acto discrecional (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, Expediente N° 28-2011), aceptando algunas veces las ausencias y otras no, sin brindar un sustento. Obviamente que en este último caso, como en los anteriores, la autoridad de trabajo decidió sancionar al empleador.

#### c. Comunicaciones con terceros y libertad de expresión

Si bien hay situaciones en las que resultan medianamente evidentes las vulneraciones a los derechos colectivos, hay otros casos donde entendemos que la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo puede crear alguna discusión.

En un caso muy específico (orden de inspección N° 21534-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 966-2010), la Autoridad Administrativa de Trabajo sancionó a un

empleador por pedirle explicaciones (un descargo) a un delegado de la organización sindical que había remitido una comunicación a la presidencia de una cámara de comercio, porque la empresa consideró que el contenido de dicha comunicación afectaba la verdad de los hechos y la imagen de la entidad. A pesar que en este caso el empleador acreditó que no había sancionado al delegado y que solo le pidió que explique las razones de su manifestación, la autoridad de trabajo entendió en sus dos instancias, al igual que el inspector que generó el acta de infracción, que se había cometido una afectación a la libertad sindical, aunque se redujo la multa inicialmente impuesta de S/. 64,152 a S/.1,980.

Como es obvio, el ejercicio de todo derecho (en este caso el de libertad de expresión) no debe ser abusivo. Y si toda persona se siente afectada por una opinión, entendemos que, inicialmente, tiene el derecho de saber las razones de emisión de la opinión. Cuestión diferente hubiera sido en este caso si el empleador sancionaba directamente al generador de la opinión. Pero ello no fue lo que ocurrió.

## II. LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA: ACTOS DE INJERENCIA

Otra forma más sutil de cuestionar el ejercicio de los derechos colectivos tiene que ver con el ejercicio del poder de dirección del empleador. A continuación podemos conocer varios casos que tranquilamente podrían ser objeto de procesos judiciales, lo cual otorga relevancia a la labor de inspección del trabajo como medio de atención y solución de conflictos sociales, mensaje que debe ser entendido por los actores laborales para evitar así producir obstrucciones durante el procedimiento de inspección.

### a. Actos de hostilidad: cambio de jornada e imposición de descanso vacacional

Una empresa dedicada a la fabricación de tejidos y artículos de punto tenía establecida en sus áreas de producción un sistema de trabajo de dos turnos, cada uno de doce horas que curiosamente<sup>(22)</sup> fue aceptado por los trabajadores porque ello les suponía recibir el respectivo pago adicional por el sobretiempo laborado. Asimismo, el descanso semanal se disfrutaba cada domingo.

Sin embargo, cuando en la empresa se crea un sindicato, el empleador impide a los trabajadores afiliados a laborar en sobretiempo, alegando que este es voluntario.

(22) Curioso es un eufemismo para enunciar la cuestionable situación de muchas empresas que bajo la excusa del trabajo en sobretiempo imponen a sus trabajadores (la mayoría de las veces obreros) jornadas regulares mayores de 48 horas semanales para así poder otorgarles una remuneración más atractiva que la ordinaria, a pesar que el límite horario figura en la Constitución (art. 25) y en el Convenio OIT N° 1 (industrias). Por definición el trabajo en sobretiempo es extraordinario, contradiciéndose su concepto si dicho sobretiempo se vuelve ordinario. Esto fue precisado hace muchos años atrás por la Corte Suprema en la casación N° 813-99 de fecha 17 de agosto de 2000.

Asimismo, cambia unilateralmente el día de descanso semanal pero solamente de dichos afiliados. Esta situación es constatada por los inspectores de trabajo (orden de inspección N° 16159-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 1898-2009), además de observar que con estas medidas la remuneración habitual de los trabajadores sindicalizados se redujo entre el 50 y el 75%.

Otras conductas que se dieron en la empresa investigada en esas semanas fueron el despido del secretario y subsecretario general por una supuesta avería de las máquinas de trabajo así como la confesión de un supervisor de los trabajadores que señaló haber aconsejado a dos trabajadores a que se retiren del sindicato, entregándoles dos formatos de renuncia.

En el mismo sentido, el acta de infracción emitida en este caso deja constancia del caso de un trabajador que laboraba en turnos de doce horas diarias hasta que la empresa conoce que forma parte del sindicato recién constituido, pasando a laborar ocho horas. Cuando en los días siguientes el trabajador presenta su renuncia al sindicato, la empresa le reasigna un turno de doce horas de labor. Cabe señalar que todo lo anterior ocurrió en un solo mes.

Adicionalmente, en el acta de infracción se deja constancia de que al secretario de actas y archivos del sindicato recién creado lo mandaron de vacaciones en el mismo mes de las ocurrencias y sin solicitud previa por 41 días, alegando la empresa que se le debían 82. Para empeorar la situación el inspector acredita que no se le pagó al trabajador estos 41 días de vacaciones.

Obvio es que el poder de dirección puede sustentar todas estas medidas realizadas unilateralmente, pero para que ello sea válido debe cumplir con los requisitos ya previstos desde 1991 en la otrora ley de fomento del empleo, hoy Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL), esto es, la razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo<sup>(23)</sup>.

### b. Retención de cuotas sindicales

En un caso ya mencionado anteriormente (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, expediente N° 28-2011) la inspección de trabajo verificó que el empleador no retenía o demoraba la entrega de las cuotas sindicales a la organización colectiva, lo cual finalmente realizó durante el desarrollo del procedimiento de inspección, esto es, transcurridos cuatro y cinco meses después de generadas las cuotas. Fue por esta subsanación que la propuesta de multa incluida en el acta de infracción

(23) Artículo 9 de la LPCL: "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

no fue acogida por las instancias administrativas y la actuación de la inspección supuso solucionar un problema laboral.

En otro caso (orden de inspección N° 8076-2008-MTPE/2/12.3, Expediente N° 171-2009) también hubo negativa de retenciones de cuotas sindicales y demora en su entrega pero sin subsanación, por lo que la autoridad administrativa de trabajo procedió con la multa pertinente (S/. 17,010, es decir 81% de 6 UIT del año 2008). Al alegar la empresa que en las normas no existe un plazo para efectuar el descuento y entregar las cuotas sindicales, la autoridad de trabajo señaló que “al momento de efectuarse el pago de las remuneraciones el empleador está en la obligación de deducir el monto por concepto de cuota sindical y hacer entrega de las retenciones en forma inmediata, en términos razonables, teniendo en cuenta que dicha cuota está destinada a cubrir los gastos de administración y operación del Sindicato o para las actividades que este realice<sup>(24)</sup>”, circunstancia que nos permite entender un concepto no detallado en nuestras normas.

### c. Poder disciplinario y actuaciones sindicales

En el caso anteriormente indicado de la tienda de venta de productos en almacén (orden de inspección N° 25547-2010-MTPE/1/20.4, expediente N° 28-2011) el empleador también suspendió a más de cien miembros del sindicato por no haber concurrido a laborar el día en el cual la organización había convocado a un paro nacional en apoyo de otro sindicato, medida que fue declarada improcedente por la autoridad de trabajo. El inspector cuestionó la suspensión disciplinaria de un día realizada por la empresa porque ella fue formalizada transcurridos entre 28 y 50 días de producida la inasistencia, esto es, sin respetar –en su criterio– el principio de inmediatez y, además, porque la inasistencia al trabajo sin justificación figuraba en el reglamento interno de la empresa como una falta leve sancionada con amonestación escrita. Por tanto, el inspector considera que la suspensión disciplinaria tuvo fines antisindicales, decisión que fue confirmada en las dos instancias administrativas.

En otro caso (orden de inspección N° 5822-2010-MTPE/2/12.3, expediente N° 710-2010) el empleador sancionó con una amonestación severa al secretario general de uno de los sindicatos minoritarios existentes por haber utilizado el correo electrónico de la empresa para comunicar su ausencia a laborar debido a que iba a participar en actividades sindicales (una reunión para negociación colectiva). La empresa alegó que el correo no fue utilizado en este caso para fines laborales, tal como lo establece su reglamento interno de trabajo, y que la comunicación de ausencia debía realizarse por otra vía, pero la autoridad de trabajo consideró que esta sanción restringía “el derecho a la libertad sindical” del dirigente, pues en otros casos acreditados en el procedimiento de uso no laboral del correo electrónico, el empleador no había sancionado a los trabajadores vinculados.

(24) Quinto considerando de la resolución directoral N° 732-2009-MTPE/2/12.3 de fecha 25 de agosto de 2009.

También hemos podido conocer que en otra tienda de venta de productos en almacén (orden de inspección N° 24860-2010-MTPE/1/20.4, Expediente N° 422-2011) el empleador sancionó con suspensión de dos días al secretario general, al secretario de organización y a dos afiliados, y con un día de suspensión al secretario de defensa, al secretario de relaciones exteriores, al secretario de economía, al secretario de bienestar y a un afiliado, por no haber asistido a laborar un día en el que les correspondía por participar en una marcha, conductas que según la empresa suponían el “incumplimiento de políticas, reglamentos y/o procedimientos internos incurridos en forma reiterada, que pongan en riesgo la imagen de la empresa u origine perjuicio económico”. Esto, que podría ser justificado, lo incluyó el inspector en el contexto laboral que tenía el empleador con el sindicato, a saber:

- Día 1: Se crea el sindicato.
- Día 2: El secretario de economía renuncia a la empresa.
- Día 4: El sindicato comunica a la empresa su existencia.
- Día 5: El sindicato presenta su pliego de reclamos.
- Día 6: Empresa pide a la autoridad de trabajo la nulidad de la inscripción del sindicato por la renuncia del secretario de economía.
- Día 9: Jefe de recursos humanos de la empresa devuelve el pliego de reclamos y se opone al nacimiento y validez del sindicato.
- Día 11: Autoridad de trabajo señala que sindicato está válidamente inscrito.
- Día 26: Empresa apela decisión de autoridad de trabajo.
- Día 34: Autoridad de trabajo declara improcedente apelación y exhorta a que la empresa se abstenga de realizar actos antisindicales.
- Día 39: Empresa se queja sobre apelación y decisión del día 11.
- Día 45: Jefe de recursos humanos vuelve a devolver el pliego de reclamos.
- Día 73: Autoridad de trabajo declara nulo decreto del día 11.
- Día 93: Sindicato comunica nueva junta directiva por la renuncia del secretario de economía.
- Día 97: Sindicato realiza marcha de protesta por devolución de pliego de reclamos.
- Día 97: Se realiza un informe del departamento de seguridad de la empresa sobre participación de trabajadores en la marcha.

Asimismo, el inspector confirmó que la empresa realizó un “seguimiento” a los trabajadores afiliados al sindicato que participaron de la marcha del día 97. Y que el reglamento interno de trabajo del empleador no contemplaba sanción o medida disciplinaria alguna para el caso de las inasistencias injustificadas, siendo que lo incluido en los memos de sanción no correspondía con la falta cometida.

Entonces, como el inspector no pudo conocer cuál era la base de las sanciones impuestas, interpretó que la razón era una conducta antisindical por lo que sugirió una multa de S/. 19,008, decisión que fue confirmada por ambas instancias.

### III. LA HUELGA Y EL ESQUIROL<sup>(25)</sup>

La huelga es un concepto muy peculiar pues es el derecho fundamental a hacer daño. De repente el primer derecho laboral que fue creado, es actualmente el más regulado por nuestro ordenamiento, el cual lo limita casi a su mínima expresión<sup>(26)</sup>. Sin perjuicio de tener una mala fama, no debemos olvidar que la huelga también es un derecho constitucional que supone, además de buscar crearle un perjuicio al empleador (y normalmente, de manera indirecta, a los clientes, consumidores o la sociedad en general) el sacrificio del trabajador, pues durante los días de huelga no percibe remuneración o subsidio.

A tal nivel de reconocimiento de este derecho ha llegado la regulación de la huelga que el legislador peruano prohíbe expresamente el esquirolaje externo, esto es, que el empleador contrate de manera directa<sup>(27)</sup> o indirecta<sup>(28)</sup> personal para cubrir los vacíos dejados por los trabajadores huelguistas. Pero nada se dice del esquirolaje interno, esto es, la posibilidad de cubrir los puestos de los huelguistas con el personal ya contratado por el empleador.

Pues bien, sin perjuicio de lo expresado en el oficio circular N° 59-2011-MTPE/2/16 emitido por la Dirección General de Inspección del Trabajo con fecha 7 de octubre de 2011, la autoridad de trabajo ya había concluido en un caso determinado (orden de inspección N° 18027-2009-MTPE/2/12.3, expediente N° 1786-2009) que un empleador no puede sustituir a los huelguistas con su personal no huelguista.

(25) La palabra esquirol según la Real Academia Española viene del catalán esquirol, y este de L'Esquirol, localidad barcelonesa (hoy Santa María de Cordó) de donde procedían los obreros que, a fines del siglo XIX, ocuparon el puesto de trabajo de los de Manlleu durante una huelga. Jack London, el autor estadounidense de “Colmillo blanco” y “El llamado de lo salvaje” señaló que el esquirol “traiciona a su dios, a su mujer, a su familia y a su clase”.

(26) Nuestra legislación no acepta modalidad de huelga diferente a la que suponga el abandono del centro de trabajo.

(27) Artículo 70 del reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo, D.S. 11-92-TR.

(28) Las normas que regulan la intermediación laboral consideran nula aquella que tenga por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores, esto es, la contratación de personal para sustituir a los huelguistas (art. 4 de la ley 27626).

En efecto, en una huelga que se inició a mediados de setiembre de 2009 por un sindicato mayoritario, el empleador elaboró un plan de contingencia frente a la misma haciendo que su personal que no optó por la huelga sustituya en sus puestos de trabajo a los huelguistas. Mediante varias visitas a la empresa, dos inspectores de trabajo verificaron (conversando también con el personal que laboraba durante la huelga), que la labor de los trabajadores en huelga era cubierta con personal no comprendido en la misma, utilizándose inclusive a practicantes para realizar las labores de los huelguistas. La empresa también centralizó en dos turnos, de doce horas cada uno, los tres turnos de ocho horas que tenía antes de la huelga. Para ello pagaba horas extras a los trabajadores que se quedaban a laborar durante el lapso que duró la huelga.

Como los inspectores elaboraron un acta de infracción por entender que el empleador contravino los numerales 25.9. y 25.10 del reglamento de la ley de inspección<sup>(29)</sup>, la empresa realizó su descargo señalando, según lo reseña la decisión de primera instancia, que la rotación de su personal es una facultad del empleador que no está prohibida por el ordenamiento. Ante esto, la subdirección de inspección laboral confirmó mediante decisión de fecha 16 de noviembre de 2009 la decisión de los inspectores citando diversas citas del comité de libertad sindical de la OIT y sentencias del Tribunal Constitucional, para ratificar la prohibición del esquirolaje interno pues con ello se realizan “actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga a favor de los trabajadores afectados pertenecientes al sindicato (...)” conducta que también afecta la libertad sindical (gestión interna y externa), ordenando el pago de una multa de S/. 19,525.

Esta decisión fue apelada por la empresa, generando la resolución directoral de fecha 11 de febrero de 2010 mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia dado que según lo señala en su cuarto considerando “el hecho que las labores desarrolladas por los trabajadores en huelga fueran cubiertas por personal de la empresa no comprendidas en el ámbito de la medida de fuerza, transgrede este derecho fundamental (...) (siendo que) la sustitución de trabajadores en huelga que ha realizado la inspeccionada vulnera en forma manifiesta este extremo, toda vez que impide la abstención total de actividades de los trabajadores en huelga”.

En consecuencia, el esquirolaje interno también se entiende prohibido por la autoridad de inspección del trabajo.

(29) Los indicados numerales, modificados por el D.S. 19-2007-TR, señalan lo siguiente: “25.9 La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo. 25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos”.

En conclusión, mediante visitas, comparencias, revisión de documentos y diferentes estrategias de investigación de unos cuantos casos que hemos podido revisar, podemos confirmar que los inspectores de trabajo han venido reformulando la práctica sindical, fundamentado sus decisiones en muchos casos en normas internacionales y en decisiones del Tribunal Constitucional. Esto ha mejorado la comprensión, la práctica y el desarrollo de estos temas, así como el cambio de postura de muchos empleadores y creemos que obliga a cubrir la necesidad de contar con una publicación de las principales decisiones realizadas, al estilo del comité de libertad sindical de la OIT, para lograr con ello la ansiada predictibilidad de las decisiones de la administración.

Lima, 27 de agosto de 2012



## TERCER TEMA

### JUICIOS ORALES LABORALES