Javier Neves Mujica
Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Un panorama general

Palestra Editores
Lima — 2016

Contenido

Introducción 7

Capítulo I
Sindicación

1. Concepto 9
2. Ordenamiento 10
   2.1. Internacional 10
   2.2. Constitucional 13
   2.3. Legal peruano 15
3. Libertad sindical individual 15
   3.1. De organización 15
   3.2. De actividad 21
4. Libertad sindical colectiva 21
   4.1. De organización 21
   4.2. De actividad 25
5. Protección de la libertad sindical. 27
   5.1. Concepto 27
   5.2. Fuero sindical 27

Capítulo II
Negociación colectiva

1. Concepto 33
2. Ordenamiento 33
   2.1. Internacional 33
   2.2. Constitucional 34
   2.3. Legal peruano 35
3. Elementos 35
   3.1. Sujetos 35

3.2. Niveles.....38
3.3. Contenidos.....42
3.4. Procedimientos.....45
3.5. Productos.....49

Capítulo III
Huelga

1. Concepto.....53
2. Ordenamiento.....53
2.1. Internacional.....53
2.2. Constitucional.....54
2.3. Legal peruano.....55
3. Elmentos.....55
3.1. Titulares.....55
3.2. Fines.....56
3.3. Modalidades.....57
3.4. Límites.....59
3.5. Ejercicio.....60
3.6. Efectos.....62

-Anexos-

- Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo.....67
- Decreto Supremo Nº 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo.....85
- Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil.....105
- Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.....111
- Decreto Supremo Nº 041-2014-PCM, Reglamento del Régimen Especial Para Gobiernos Locales.....125

Introducción

Este es un texto de divulgación, que aspira a revisar panorámicamente el Derecho Colectivo del Trabajo a través de sus instituciones fundamentales, de una manera clara, ordenada y breve. Pretende ser una herramienta útil para que estudiantes y trabajadores cuenten con una primera aproximación a esta área.

El Derecho Colectivo de Trabajo, según la apreciación extendida en la doctrina, tiene las siguientes características:

1. Ha desempeñado, mediante los sindicatos y sus principales acciones de negociación y conflicto, un papel indispensable en el surgimiento del Derecho del Trabajo.
2. Tiene vocación instrumental: se constituye el sindicato para negociar y se negocia para obtener mayores ventajas a las previstas por la ley.
3. Es interdependiente, de modo que no existe plena libertad sindical, en el sentido amplio del término, si no se reconocen sus tres instituciones básicas: sindicación, negociación colectiva y huelga. Un sindicato que no puede negociar o hacer huelga, carece de las herramientas esenciales para su funcionamiento.

La Organización Internacional del Trabajo considera que es indispensable el efectivo reconocimiento de las libertades públicas en un Estado, para que pueda ejercerse plenamente la libertad sindical. La experiencia de varias autocracias latinoamericanas, así lo confirma.

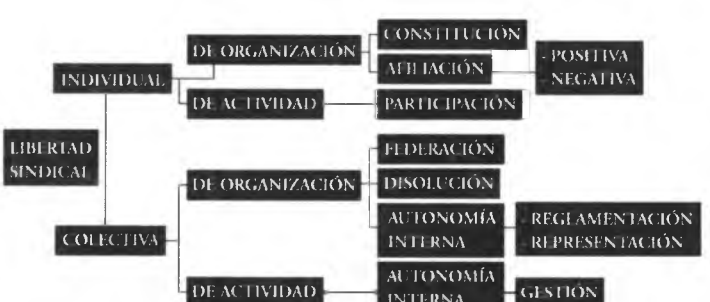
La norma principal en materia de derechos colectivos en el Perú es la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de 1992. Su versión original fue cuestionada por las organizaciones sindicales ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración pocos meses después de expedida. El pronunciamiento de este órgano se conoció en 1993. Las importantes observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical (Casos 1648 y 1650), sin embargo, fueron parcialmente —doce de dieciséis— atendidas recién el 2003, mediante la Ley 27912. El régimen autocrático que culminó el 2000, las ignoró.

Capítulo I: Sindicación

1. CONCEPTO

Cuando se intenta definir la libertad sindical, comúnmente se acude a dos elementos: la titularidad de los derechos que comprende y el contenido de estos. Así, tenemos un aspecto individual y otro colectivo, de un lado, y un aspecto de organización y otro de actividad, del otro. El individual se refiere a los derechos que corresponden a cada trabajador en singular (por ejemplo, el de afiliarse al sindicato), y el colectivo a los que corresponden a la organización sindical (por ejemplo, el del sindicato a afiliarse a una federación). El de organización alude a una dimensión estática (por ejemplo, la constitución de un sindicato), y el de actividad a una dinámica (por ejemplo, el desarrollo de acciones sindicales, como la negociación colectiva), siendo el primero un medio para realizar la segunda. Todos estos aspectos son combinables entre sí. El resultado —inspirado en la doctrina y los convenios internacionales del trabajo— es el propuesto en el Cuadro 1.

CUADRO 1



2. ORDENAMIENTO

2.1. Internacional

2.1.1. Instrumentos de derechos humanos

La libertad sindical se encuentra reconocida expresamente como un derecho humano por todos los instrumentos internacionales genéricos sobre esta última materia, tanto los existentes a nivel mundial (Organización de Naciones Unidas) como los existentes a nivel regional americano (Organización de Estados Americanos). El primero es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (numeral 4 del artículo 23), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8). El segundo es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8).

El grado de concreción con que los instrumentos de ámbito mundial regulan el derecho es mayor en los Pactos Internacionales, sobre todo en el referido a Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en la Declaración Universal. Así, mientras esta última alude únicamente a los derechos a fundar sindicatos y a sindicarse, aquel abarca también los de fundar federaciones y confederaciones, funcionar sin obstáculos y a la huelga. En el ámbito americano, la situación es similar entre la Declaración, la Convención y su Protocolo Adicional. La precisión será aún más grande en los Convenios Internacionales del Trabajo.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos tenían expresamente nivel constitucional en nuestro ordenamiento, por asignación de la Constitución de 1979 (artículo 105), rango que puede sostenerse que conservan, pese a que el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución de 1993 parece atribuirles uno meramente legal. Así puede inferirse de las reglas previstas en el artículo 3 (enumeración abierta de derechos fundamentales) y la Cuarta Disposición Final y Transitoria (referentes indispensables para la interpretación de los preceptos constitucionales que se ocupan de los mismos derechos proclamados por los instrumentos internacionales de derechos humanos), complementada por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (que abarca la jurisprudencia de los tribunales

internacionales) y Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (que comprende también los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo). En los dos primeros casos, de manera vinculante y, en el tercero, de modo consultivo. Todos ellos conforman el bloque de constitucionalidad.

En el ordenamiento internacional, la prevalencia de los tratados sobre las normas internas de los Estados —incluida la propia Constitución— no admite dudas. Así la proclaman las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986 (artículo 27 común): "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Este criterio ha sido ratificado jurisprudencialmente por la Corte Internacional de Justicia. Esta primacía deriva del principio de adecuación del ordenamiento interno al internacional. Esta regla tiene como excepción la preferencia por la norma nacional, si esta resultara más favorable que la internacional. Así lo prevén los propios instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el numeral 2 de su artículo 5 común, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el inciso b) de su artículo 29, su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4 y la Constitución de la OIT, en el numeral 8 de su artículo 19. Esta última, por ejemplo, establece: "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación".

La libertad sindical es, además, el único derecho laboral de tipo económico, social y cultural cuya protección puede invocarse ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (numeral 6 del artículo 19 del Protocolo Adicional).

2.1.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Varios convenios de la Organización Internacional del Trabajo se refieren a la libertad sindical. Entre ellos, los principales son el 87 (La libertad

sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (El derecho de sindicación y de negociación colectiva), 135 (Los representantes de los trabajadores) y 151 (Relaciones de trabajo en la administración pública). Todos, salvo el 135, se encuentran aprobados y ratificados por el Perú. El tema de la libertad sindical es tan relevante para la Organización Internacional del Trabajo, que —de un lado— todos sus Estados miembros están obligados a respetarla, aunque no hubieran ratificado los convenios sobre la materia, y —del otro— se han previsto procedimientos especiales de control para su tutela, consistentes en la presentación de quejas ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. La primera situación deriva de la propia Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, así como de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, que incluye en su listado a la libertad de asociación y la libertad sindical, al lado de la proscripción del trabajo forzoso, el trabajo infantil y la discriminación (punto 2).

Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo referidos a la libertad sindical son instrumentos internacionales de derechos humanos, por cuanto tienen esta condición todos los tratados que desarrollan derechos reconocidos por dichos instrumentos. La propia Organización Internacional del Trabajo, como acabamos de ver, incluye a la libertad sindical entre los derechos fundamentales. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución de 1993 y las citadas normas complementarias, son, pues, perfectamente aplicables a los Convenios 87, 98 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

Hemos dicho en el apartado anterior que los convenios internacionales del trabajo regulan la libertad sindical de modo más completo que las Declaraciones, Pactos y Convenciones de derechos humanos. Esta afirmación podría corroborarse comparando el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en una doble perspectiva: los derechos que comprende y las restricciones que permite. En lo primero, el Pacto se ocupa con precisión solo de los derechos de constitución, afiliación y federación, regulando genéricamente los derechos de actividad, mientras que el Convenio añade a lo anterior la prohibición de restricciones impuestas como condición a la adquisición de la personalidad jurídica y de la disolución o suspensión de

las organizaciones sindicales por vía administrativa, desarrollando después todo el contenido de la autonomía interna.

En lo segundo, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo tolera como exclusión al ámbito subjetivo del derecho únicamente la de los miembros de las fuerzas armadas y la policía (numeral 1 del artículo 9), en tanto que el Pacto agrega la de los miembros de la administración del Estado, así como otras necesarias en una sociedad democrática en resguardo de la seguridad nacional, el orden público o los derechos ajenos.

Para evitar que amparándose en los Pactos, los Estados que los han ratificado a la vez que el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, pretendan desconocer este, aquellos han previsto que en tal situación no se podrá rebajar las garantías contempladas en dicho Convenio (numeral 3 del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y numeral 3 del artículo 8 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Este último señala: "Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías".

La Organización Internacional del Trabajo emite pronunciamientos sobre el cumplimiento de los Estados respecto de los Convenios referidos a la libertad sindical, mediante sus dos órganos de control, que son la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

2.2. Constitucional

2.2.1. Comparado latinoamericano

Todas las constituciones latinoamericanas democráticas reconocen la libertad sindical. La mayoría de ellas no se limita a proclamar el derecho, sino que destaca algunos elementos de su contenido: el carácter voluntario de la afiliación, la naturaleza libre y democrática de las organizaciones sindicales, la constitución sin autorización previa, la disolución por vía judicial y el fuero sindical.

2.2.2. *Peruano*

En la misma línea que las demás constituciones del área, la nuestra de 1979 consagraba la libertad sindical, mencionando sus principales rasgos: derecho de constitución sin autorización previa, libertad de afiliación positiva y negativa, derecho de federación, libre organización y actividad sindical, disolución por acuerdo de sus miembros o por el Poder Judicial y fuero sindical (artículo 51). Por otra parte, señalaba también expresamente las exclusiones al ámbito subjetivo del derecho: los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, los miembros de las fuerzas armadas y la policía y los magistrados (artículos 61 y 243).

La Constitución de 1993 se ocupa de la libertad sindical en dos de sus secciones: al tratar sobre los derechos fundamentales de la persona (numeral 13 de su artículo 2) y sobre los derechos sociales y económicos (artículo 28). Asimismo, aunque en negativo, vuelve a ella para determinar las exclusiones al derecho (artículos 42 y 153).

Al regular la libertad de asociación como un género entre los derechos fundamentales de la persona, queda incluida en ella la sindicación como una especie de dicho género. En esa oportunidad, la Constitución menciona dos importantes elementos de su contenido: la constitución sin autorización previa y la no disolución por vía administrativa.

Al ocuparse de la cuestión entre los derechos sociales y económicos (provistos del mismo grado de protección que los anteriores, ya que para la utilización de las acciones constitucionales no se distingue entre unos y otros derechos), la Constitución en cambio es sumamente escueta: reconoce el derecho, cautela su ejercicio democrático y garantiza la libertad sindical. El recurso a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial a los convenios internacionales del trabajo, al que antes hemos aludido, para determinar los alcances y el contenido del derecho proclamado, no puede ser más necesario que en este caso.

En cuanto a las exclusiones al ámbito subjetivo del derecho, la Constitución de 1993 repite las contempladas en la de 1979, añadiendo explícitamente la de los fiscales. Aquí el nuevo texto —en verdad al igual que el antiguo— concuerda con los Convenios 87 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que autorizan tales segregaciones. El primero señala: "La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio" (numeral 1 del artículo 9); y el segundo: "La legislación nacional deberá determinar hasta qué

punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial" (numeral 2 del artículo 1). La pertenencia a dichas categorías debe interpretarse estrictamente, ya que estamos a una norma que restringe derechos. Así lo prevé el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. De este modo, por ejemplo, no puede comprenderse en la prohibición, dentro del término "Fuerzas Armadas", al personal civil que le presta servicios, ni el Ministerio de Defensa, ni en las empresas militares. El Comité de Libertad Sindical lo ha dicho expresamente: "Los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 deberían ser definidos de manera restrictiva" (párrafo 223 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical).

2.3. Legal peruano

2.3.1. Sector privado

En el sector privado, las normas básicas que regulan la sindicación son la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 010-2003-TR y su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo 011-92-TR.

2.3.2. Sector público

La sindicación en el sector público, cualquiera fuera el régimen al que estuvieran sometidos los trabajadores, se rige por la Ley del Servicio Civil, aprobada por la Ley 30057 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 040-2014-PCM.

3. LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

3.1. De organización

3.1.1. Constitución

Según el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo: "Los trabajadores... sin ninguna distinción y sin autorización

previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...".

En lo que se refiere a los trabajadores comprendidos por el derecho, estos son los regulados por el Derecho del trabajo, es decir, todos aquellos que prestan servicios personales y subordinados a un empleador, siendo remunerados por este, tanto los de la actividad privada como los del sector público, sin interesar la duración de la relación o la jornada, ni el lugar de trabajo, en el propio establecimiento o fuera de él. Además, los independientes.

En nuestro ordenamiento, los trabajadores públicos estuvieron prohibidos de sindicarse por el artículo 49 del Decreto Ley 11377, hasta que por la Decimosétima Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 se ratificó el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo. Aunque la prohibición resultaba manifiestamente incompatible con el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, se consideró vigente dicha ley hasta entonces.

Ya vimos las exclusiones contempladas en la Constitución (artículos 42 y 153), complementada por el artículo 40 de la Ley del Servicio Civil, referidas todas a categorías de trabajadores públicos.

A las organizaciones de los trabajadores no dependientes la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se les aplica supletoriamente (artículo 6), de similar modo al que lo establecía nuestra anterior Constitución (artículo 52). El ejercicio de su libertad sindical será peculiar porque, en estricto, no comprenderá la negociación colectiva ni la huelga.

Los requisitos que debe poseer el trabajador para constituir organizaciones sindicales son los de: pertenecer a la empresa, actividad u oficio, no formar parte del personal de dirección y de confianza —categorías que, sin embargo, pueden formar sus propios sindicatos o integrarse a los de base, si el estatuto de estos lo permite— y no estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito, en el sector privado (artículo 12 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo); para el sector público, se debe pertenecer a la entidad pública (artículos 51 y 56 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). La Ley 27912 suprimió el requisito de no encontrarse en período de prueba, que había sido considerado contrario al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo por el Comité de Libertad Sindical, en el pronunciamiento sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (párrafo 456 de los Casos 1648 y 1650): "El Comité solicita al Gobierno que tome

iniciativas para que la legislación sea modificada de manera que permita a los trabajadores en períodos de prueba constituir, si así lo desearen, las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a ellas, así como a afiliarse a varios sindicatos".

Los menores de edad que sean adolescentes (entre 12 y 18 años) están expresamente autorizados para sindicarse (artículo 66 del Código de los Niños y Adolescentes).

La frase "las organizaciones que estimen convenientes" contenida en el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, permite a los trabajadores constituir organizaciones sindicales por ámbitos distintos, así como varias de ellas por cada ámbito. En lo primero, nuestra legislación del sector privado contempla cuatro ámbitos: la empresa (e incluso unidades menores al interior de ella, como la categoría, sección o establecimiento), la actividad, el gremio y los oficios varios (estos sindicatos tienen de común y de distinto lo que aparece en el Cuadro 2) (artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 4 de su Reglamento). Un ejemplo de sindicato de empresa es el compuesto por trabajadores de una clínica, que reúne a médicos, enfermeras, administrativos, etc. De categoría, es el integrado solo por los médicos de dicha clínica. De establecimiento, es el que afilia a las categorías mencionadas, pero en uno de los locales que posee la clínica en el territorio nacional. De gremio, es en el que se congregan los obreros de construcción civil. Y de rama de actividad, el que conforman los trabajadores empleados y obreros de las empresas de un mismo sector. En este rubro, el Comité de Libertad Sindical desestimó la queja sindical contra la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: "En lo que respecta al artículo 5 de dicho decreto-ley, el Comité observa que ofrece a los trabajadores en forma potestativa varias modalidades de organización sindical (tales como sindicatos de empresa, de actividad, de gremio, etc.). Dado que los trabajadores pueden elegir libremente la forma de organización que estimen conveniente, el Comité considera que esta disposición no constituye una violación al derecho de sindicación" (párrafo 451 de los Casos 1648 y 1650). En el sector público, el ámbito es la entidad pública, aunque se admiten ámbitos mayores (artículos 51 y 56 de la Ley del Servicio Civil).

CUADRO 2

MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN SINDICAL EN LA LRCT		
TIPO	ESPECIALIDAD DE LOS TRABAJADORES	EMPRESA
EMPRESA	≠	=
ACTIVIDAD	≠	≠
GREMIO	=	≠
OFICIOS VARIOS	≠	≠

En este tema, la cuestión central es la del mínimo necesario de trabajadores para constituir una organización sindical, que en nuestra legislación es de 20, tanto en el régimen privado como el público, para la empresa y la entidad pública, respectivamente, y de 50 para los ámbitos mayores (antes era de 100 y se redujo a pedido del Comité de Libertad Sindical), en el sector privado (artículo 14 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912) y en el público (artículo 56 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). El Comité de Libertad Sindical sostuvo respecto del primero: "En cuanto al artículo 14, que exige un número mínimo de 20 trabajadores para constituir un sindicato de empresa, y de 100 tratándose de sindicatos de otra naturaleza, el Comité ha venido sosteniendo que el número mínimo de 20 miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos" (párrafo 451 de los Casos 1648 y 1650). Habría que tener en cuenta la realidad microempresarial abundante en el país, para analizar la cifra en ese contexto. Se estima que existen 869,924 microempresas, que ocupan a 2'748,163 trabajadores; a las que habría que sumar 55,685 pequeñas empresas, en las que laboran 1'568,109 trabajadores (Fuente: ENAHO, 2013).

En los ámbitos en los cuales el número de trabajadores no llegue a 20, estos podrán elegir a sus delegados para que cumplan similares funciones. En ambos sectores no se precisa un número mínimo de trabajadores para estos fines (artículo 15 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 56 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

Si en el ámbito elegido para la constitución del sindicato hubiera más de 20 trabajadores, pero los afiliados no llegaran a esa cifra, los trabajadores

se quedarían sin poder ejercer su libertad sindical, lo que constituiría una flagrante violación de este derecho fundamental. El Comité de Libertad Sindical opina (para el caso del sector público) que excluir de la sindicación a esos trabajadores es incompatible con el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (Caso 1138).

En lo segundo, el fondo del asunto es el del número de organizaciones sindicales que pueden constituirse por cada ámbito: si la legislación admite solo una, estaremos ante lo que la doctrina llama "unicidad sindical", y si admite varias, ante la denominada "pluralidad sindical". En este último caso, si por voluntad de los trabajadores no se constituye sino una organización sindical, tendremos lo que se conoce como "unidad sindical". La citada frase del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, pues, se pronuncia en favor de la pluralidad sindical.

Nuestro ordenamiento interno recoge hoy en día la pluralidad sindical. En el sector privado, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo exige solo 20 trabajadores para formar un sindicato, sin demandar a la vez que ellos representen porcentaje alguno del total (artículo 14). En el sector público, ocurre los mismo (artículo 56 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil) Se ha abandonado, pues, el requisito de que representen al menos el 20% del total, que había sido condenado por el Comité de Libertad Sindical, por constituir una "pluralidad restringida" (Caso 1138).

Finalmente, la prohibición de autorización previa para la constitución sindical, consiste en sujetar el nacimiento de las organizaciones sindicales a la sola voluntad de sus fundadores, aunque no excluye que para la adquisición de la personalidad gremial y/o jurídica sea necesaria la inscripción en el registro, siempre que el registrador no tenga poderes discrecionales (artículo 7 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo).

Nuestro ordenamiento interno obliga a las organizaciones sindicales a inscribirse en el registro (que lleva la Autoridad de Trabajo, regulado por la Ley 27556 y el Decreto Supremo 003-2004-TR), que confiere personalidad gremial en el régimen privado (obteniéndose la jurídica por la inscripción en el registro de asociaciones, que procede por el solo mérito de la anterior) y jurídica en el sector público (también pueden constituirse como asociaciones para efectos civiles). La inscripción en el registro para el sector privado opera automáticamente con la presenta-

ción de la solicitud respectiva (artículos 17 a 19 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 22 de su Reglamento). En el sector público no se establece este aspecto (artículo 59 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

Sobre esta materia, el Comité de Libertad Sindical desestimó la queja interpuesta por las organizaciones sindicales peruanas referida a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, con el siguiente fundamento: "En relación al artículo 17 del decreto-ley, relativo a la inscripción del sindicato, el Comité desea recordar que "si las condiciones para conceder el registro equivaliesen a exigir una autorización previa de las autoridades públicas para la constitución o para el funcionamiento de un sindicato, se estaría frente a una manifiesta infracción del Convenio núm. 87. No obstante, no parece ser este el caso cuando el registro de los sindicatos consiste únicamente en una formalidad cuyas condiciones no son de tal naturaleza que pongan en peligro las garantías previstas por el Convenio", no sujetos a la discrecionalidad de las autoridades (párrafo 453 de los Casos 1648 y 1650).

3.1.2. Afiliación

La afiliación sindical tiene una dimensión positiva, cual es el derecho de los trabajadores a afiliarse a la organización sindical de su elección, con la sola condición de observar sus estatutos, y otra negativa, que conlleva el derecho de desafiliarse y —según algunos autores también— el de no afiliarse —que según otros—, es sólo el no ejercicio del derecho de afiliación-.

El aspecto positivo está claramente garantizado por el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, añadiendo el Convenio 98 de la misma entidad que no podrá sujetarse el empleo, causar perjuicio o provocar el despido de un trabajador para lograr su no afiliación o desafiliación (numeral 2 del artículo 1). Sobre este tema volveremos después, al tratar la protección de la libertad sindical.

El aspecto negativo es controvertido, siendo aceptado por algunos Estados (como los anglosajones y los escandinavos) y por otros, no (como el nuestro). En los primeros existen las llamadas "cláusulas sindicales de exclusión", pactadas en convenios colectivos, en virtud de las cuales se puede prohibir el acceso al empleo de los trabajadores no afiliados o despedírseles si no se afilian al cabo de un tiempo o si se desafilian, obligándolos, pues,

a afiliarse y mantener su afiliación. Estas cláusulas, pues, fortalecen a la organización sindical.

En nuestro ordenamiento interno se consagra también la libertad negativa, impidiéndose, por tanto, la celebración de cláusulas sindicales de exclusión. Aunque la actual Constitución no se pronuncia sobre la cuestión (por contraste con la anterior), sí lo hace la legislación del sector privado y del público (artículos 3 y 11 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para el sector privado; y artículo 51 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, para el sector público). Asimismo, el Código Penal tipifica como delito el obligar a otro a integrar o no un sindicato (numeral 1 del artículo 168), protegiendo la libertad negativa y positiva, respectivamente.

Entre nosotros, entonces, solo cabrían las "cláusulas sindicales de preferencia", que otorgan beneficios exclusivos a los afiliados. Estos no podrían, sin embargo, recaer sobre cuestiones centrales en las relaciones laborales, como remuneraciones o jornadas, pero sí en aspectos periféricos, como un día de descanso en el aniversario de la constitución del sindicato.

3.2. De actividad

3.2.1. Participación

El derecho de participación es de contenido muy amplio, estando normalmente regulado por los estatutos de la organización sindical. Entre otros, comprende los derechos a emitir opinión, participar en las decisiones, elegir y ser elegido, etc.

4. LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA

4.1. De organización

4.1.1. Federación

Así como los trabajadores pueden constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, formando su derecho parte de la libertad sindical individual, las organizaciones sindicales pueden hacer lo mismo respecto de otras de grado superior. De este modo, las organizaciones sindicales de primer grado pueden integrar las de segundo, y estas las de tercero, ya sea en el ámbito nacional, ya sea en el internacional. A las primeras nuestro ordenamiento las denomina sindicatos, a las segundas federaciones y a las terceras confederaciones.

La base normativa internacional de este derecho se encuentra en el artículo 5 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo. A las organizaciones sindicales de cualquier grado, el artículo 6 del mismo Convenio les reconoce los derechos colectivos de disolución y autonomía interna, que vamos a tratar a continuación, así como los de constitución y afiliación, que ya hemos abordado.

Nuestra legislación de ambos sectores reconoce el derecho de federación, exigiendo la unión de no menos de dos sindicatos de la misma actividad o clase para formar una federación y la de no menos de dos federaciones para formar una confederación (artículos 35 y 36 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 57 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, respectivamente).

La legislación del sector público prohibía la concurrencia de organizaciones sindicales de ese campo con las del sector privado para la formación de otras de grado superior. Este impedimento, fue considerado como contrario al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo por el Comité de Libertad Sindical, en el Caso 1138, antes referido. No ha sido recogida en la Ley del Servicio Civil ni en su Reglamento.

4.1.2. Disolución

El artículo 4 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la suspensión o disolución de las organizaciones sindicales por vía administrativa. En consecuencia, ellas serían posibles únicamente por acuerdo de sus miembros o por vía judicial.

En nuestro ordenamiento referido al sector privado, la disolución puede producirse por fusión, absorción, acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros, cumplirse cualquiera de los eventos previstos en el estatuto para ese efecto y resolución en última instancia de la Corte Suprema (artículo 33 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). Los cuatro primeros son supuestos de extinción voluntaria y el último de extinción judicial, razón por la cual no existe incompatibilidad con el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

La disolución judicial puede ser solicitada al Ministerio Público por cualquiera que tenga legítimo interés, para que aquel interponga la acción correspondiente ante el Poder Judicial. El trámite es el previsto en el artí-

culo 96 del Código Civil para la disolución de las asociaciones civiles, por remisión del artículo 33 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Pero dicho precepto del Código Civil, fue modificado por el Código Procesal Civil, adoptándose el trámite del proceso abreviado, con lo que una relación de complementariedad se transformó en una de conflicto. Debido a esta modificatoria, ya no podría llegarse hasta la Corte Suprema, produciéndose por tanto una incompatibilidad con el citado artículo de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Dado que esta no tiene una regulación propia sobre el procedimiento a emplear, deberá utilizarse la establecida en la versión modificada del Código Civil.

Producida la disolución voluntaria o judicial, se cancelará el registro sindical. Sin embargo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo permitía en algunos casos esta cancelación sin aquella previa disolución. Así ocurría en el supuesto de pérdida de alguno de los requisitos exigidos para la constitución o subsistencia de las organizaciones sindicales. Esta posible cancelación del registro por vía administrativa sin una anterior disolución, resulta equivalente a una disolución por vía administrativa, dado que la organización sindical ya no podría actuar. El Comité de Libertad Sindical, se pronunció del modo siguiente: "El Comité observa que el artículo 20 de dicho decreto-ley faculta a la autoridad del trabajo a cancelar el registro de un sindicato, entre otros motivos por haber dejado de cumplir alguno de los requisitos exigidos para su constitución, perdiendo su personería gremial. Al respecto, el Comité desea recordar que "una legislación por la que el ministro puede, a su total discreción y sin derecho de apelación ante los tribunales, ordenar la anulación del registro de un sindicato, es contraria a los principios de libertad sindical". (Véase Recopilación, op. cit., párrafo 493.) Por lo tanto, el Comité señala a la atención del Gobierno que la cancelación por vía administrativa del registro de un sindicato equivale a la disolución del mismo por vía administrativa, lo cual constituye una grave violación del Convenio núm. 87 (artículo 4)" (párrafo 454 de los Casos 1648 y 1650). La Ley 27912 ha corregido este desajuste, modificando el artículo 20 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de modo que la cancelación del registro solo se efectuará después de la disolución. Para el caso específico de construcción civil, dada la proliferación de falsos sindicatos cuyos miembros realizan actividades delictivas, el Decreto Supremo 006-2013-TR, aunque mantiene la inscripción automática en el registro, faculta a la Autoridad

de Trabajo a dejarla sin efecto, si de la fiscalización posterior se constatara alguna irregularidad en cuanto a los requisitos de constitución (artículo 6).

En el sector público también la disolución de una organización sindical procede por acuerdo de sus miembros o mandato judicial (artículo 59 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). Antes, la disolución judicial podía iniciarse de oficio por el registro o a petición de parte interesada, directamente ante la Corte Suprema. De este modo, el trámite se desencadenaba por un funcionario que no tenía la imparcialidad del Ministerio Público y carecía de pluralidad de instancia, vulnerando doblemente el ordenamiento constitucional.

4.1.3. Autonomía interna: reglamentación

El artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo constituye el soporte de la autonomía interna, en sus tres manifestaciones básicas que son la reglamentación, la representación y la gestión, de las que nos ocuparemos en este apartado y en los dos siguientes.

El derecho de reglamentación permite a las organizaciones sindicales redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, sin injerencia estatal.

Tanto en el sector privado como en el público, nuestra legislación contempla un contenido libre para los estatutos de las organizaciones sindicales, sin señalar siquiera las cuestiones de las que estos deberían ocuparse, como lo hace el Código Civil respecto de los estatutos de las asociaciones civiles (artículo 82).

4.1.4. Autonomía interna: representación

La representación está consagrada en el artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, como el derecho de las organizaciones sindicales de elegir libremente a sus representantes, también sin intromisión estatal.

Nuestra legislación del sector privado contemplaba tres requisitos para integrar la junta directiva de un sindicato: ser mayor de edad, ser miembro activo del sindicato y tener una antigüedad no menor de un año al servicio de la empresa. Estos dos últimos requisitos fueron objetados por el Comité de Libertad Sindical por estas razones: "En relación con el inciso b) del artículo 24, que señala como requisito

para integrar la junta directiva el ser miembro activo del sindicato, en opinión del Comité, y de conformidad con la opinión de la Comisión de Expertos, disposiciones de este género pueden impedir que personas calificadas, tales como personas que trabajan para el sindicato a tiempo completo o jubilados, ocupen cargos sindicales, privando a los sindicatos de la experiencia de ciertos dirigentes y sindicalistas, especialmente cuando no disponen en sus propias filas de un número suficiente de personas calificadas (ver Estudio general de la Comisión de Expertos, 1983, párrafo 158). En cuanto al inciso c) de dicho artículo, que exige una antigüedad no menor de un año al servicio de la empresa para ser miembro de la junta directiva, en opinión del Comité esta disposición impide la constitución de sindicatos en empresas que tengan menos de un año de antigüedad. En estas condiciones, el Comité solicita que la legislación permita a los trabajadores ejercer sin trabas el derecho de sindicación y de libre elección de sus dirigentes" (párrafo 457 de los Casos 1648 y 1650) El artículo 24 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912, ha eliminado dichos requisitos y los ha sustituido por el de ser trabajador de la empresa, que resulta similar al segundo de los requisitos anteriores y, por ello, no levanta el cuestionamiento del Comité de Libertad Sindical.

El plazo máximo de un año para el mandato de la junta directiva de los sindicatos, que regía en el sector público, ha sido eliminado.

4.2. De actividad

4.2.1. Autonomía interna: gestión

La última de las manifestaciones de la autonomía interna, cual es el derecho de gestión, está más vinculada con los aspectos dinámicos que estáticos de la libertad sindical. Este derecho permite a las organizaciones sindicales "organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción". En esta fórmula quedan comprendidas las principales expresiones de la actividad sindical, como la negociación colectiva y la huelga, lo que posee la mayor importancia, sobre todo en el caso de esta última, por cuanto carece de un convenio internacional del trabajo que la reconozca expresamente.

Una cuestión central que surge en este rubro es la de las actividades que el ordenamiento les prohíbe realizar a las organizaciones sindicales. Nuestra legislación señalaba tres materias vedadas a las organizaciones sindicales, que eran los asuntos políticos (con el añadido de partidarios en el sector privado), religiosos y económicos de índole lucrativa, según el inciso a) del artículo 11 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para el sector privado; y artículo 4 del Decreto Supremo 003-82-PCM, para el sector público. El campo más controvertido de estos es el político, puesto que la actividad sindical —sobre todo la ejercida por organizaciones de segundo y tercer grado— constantemente lo penetra. Debería, pues, entenderse, que la prohibición se refiere solo a la instrumentalización de una organización sindical por un partido político o a la actuación de la primera en un terreno reservado para el segundo. Así lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical: "En cuanto al alegato que prohíbe a las organizaciones sindicales dedicarse a cuestiones de política partidaria, religión o de índole lucrativa (artículo 11, inciso a) del decreto-ley), el Comité señala que si este artículo es interpretado como prohibición de toda actividad política sería incompatible con los principios de la libertad sindical. En efecto, en opinión del Comité, las organizaciones sindicales deberían tener el derecho de expresar su punto de vista sobre la política económica y social del Gobierno. Asimismo, una prohibición general de toda actividad política de los sindicatos carecería de realismo en cuanto a su aplicación práctica. (Véase Recopilación, op. cit., párrafo 356.) El Comité solicita pues al Gobierno que tome iniciativas para que la prohibición en cuestión sea claramente limitada a asuntos puramente políticos que no entran al campo de aplicación de los principios de la libertad sindical" (párrafo 455 de los Casos 1648 y 1650). La Ley 27912 ha salvado esta objeción al precisar que lo prohibido a las organizaciones sindicales es el dedicarse institucionalmente de manera exclusiva a asuntos de política partidaria. Asimismo, ha suprimido la referencia a los asuntos religiosos y económicos. La Ley del Servicio Civil y su Reglamento no hacen mención a este asunto.

5. PROTECCION DE LA LIBERTAD SINDICAL.

5.1. Concepto

La libertad sindical puede estar ampliamente consagrada por un ordenamiento, en su dimensión estática y dinámica, pero si no se contempla en aquel un conjunto de medidas específicas para proteger el ejercicio efectivo del derecho, este será más una declaración que una realidad.

Este tema se aborda en los convenios internacionales del trabajo en una perspectiva doble: en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, atendiendo a la protección de los trabajadores y de las organizaciones sindicales frente al Estado, y en los Convenios 98 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, atendiendo a la protección de los trabajadores y de las organizaciones sindicales frente al empleador. Estos últimos consagran dos modelos de tutela, llamados de "fuero sindical" y de "protección contra prácticas desleales", que consisten —respectivamente— en:

a) Amparar el derecho de afiliación positiva, prohibiendo ya sea la sujeción del empleo a la condición de no afiliación o desafiliación, ya sea el despido o cualquier perjuicio a causa de la afiliación o participación en actividades sindicales (artículo 1 del Convenio 98 y artículo 4 del Convenio 151); y
b) Impedir la injerencia de las organizaciones de empleadores sobre las de trabajadores o viceversa (artículo 2 del Convenio 98 y artículo 5 del convenio 151).

De los dos modelos descritos, vamos a detenemos en el denominado fuero sindical.

5.2. Fuero sindical

Veamos primero el ámbito subjetivo y luego el ámbito objetivo del fuero sindical. En lo que se refiere al ámbito subjetivo, esto es, a los trabajadores amparados por él, el numeral 1 del artículo 1 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo comprende a todos los trabajadores que realicen actividad sindical.

El ordenamiento internacional permite reforzar esta tutela en el caso de los dirigentes sindicales, que —por razones obvias— están más expuestos a sufrir perjuicios por su labor sindical. Este es el caso del Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo, no ratificado por el Perú, y la

Recomendación 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que lo complementa, que abarca a los organizadores, a los candidatos a dirigentes y a los exdirigentes.

La legislación nacional sobre el sector privado, contenida en el artículo 31 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, modificado por la Ley 27912, y artículo 12 de su Reglamento, comprende en el fuero sindical a:

a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud del registro hasta tres meses después;
b) Los miembros de la junta directiva de las organizaciones sindicales y los delegados de las secciones sindicales según el grado de la organización sindical (las de primer grado, conforme al Cuadro 3, hasta un máximo de doce, las de segundo grado hasta dos por cada sindicato y hasta un máximo de quince y las de tercer grado hasta dos por cada federación y hasta un máximo de veinte), correspondiéndole a los estatutos de la organización sindical señalar los cargos comprendidos en la protección; y
c) Los delegados elegidos en las empresas cuyo número de trabajadores no alcanza el requerido para constituir un sindicato y los representantes de la comisión negociadora hasta tres meses después de culminada la negociación.

CUADRO 3

DIRIGENTES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL	
NÚMEROS DE DIRIGENTES	NÚMEROS DE TRABAJADORES EN LA EMPRESA
HASTA 99	TRES
ENTRE 100 Y 149	CUATRO
ENTRE 150 Y 199	CINCO
ENTRE 200 Y 249	SEIS
ENTRE 250 Y 299	SIETE
ENTRE 300 Y 349	OCHO
ENTRE 350 Y 399	NUEVE
ENTRE 400 Y 449	DIEZ
ENTRE 450 Y 499	ONCE
500 O MÁS	DOCE

Asimismo, dicho ordenamiento regula el número y el cargo de los dirigentes con derecho a solicitar permiso del empleador para asistir a actos de concurrencia obligatoria, que es como sigue: dos dirigentes (Secretario General y Secretario de Defensa) en sindicatos que tengan entre veinte y cincuenta afiliados, y cuatro dirigentes (Secretario General, Secretario Adjunto, Secretario de Defensa y Secretario de Organización) en sindicatos con mayor número de afiliados (artículo 16 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

El Comité de Libertad Sindical había pedido al gobierno peruano que pudiera ampliarse por negociación colectiva el número de dirigentes amparados por el fuero sindical, así como el límite de días de permiso al año por dirigente, lo que la Ley 27912 ha acogido expresamente. Los términos de la solicitud fueron los siguientes: "En lo referente al alegato sobre el número de dirigentes amparados por el fuero sindical (artículo 31 del decreto-ley), el Comité observa que el artículo 31 de la ley otorga el fuero sindical entre otros a los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones (inciso b)), y que remite a los artículos 12 y 13 del reglamento para determinar el número mínimo y máximo de los dirigentes amparados, teniendo en cuenta la dimensión y características de la organización. Conforme a lo previsto en los artículos de referencia (véase texto en anexo), en opinión del Comité, el número de representantes sindicales amparados por el fuero sindical se encuentra dentro de los límites razonables, pero se debería poder establecer, a través de la negociación colectiva un número mayor" (párrafo 458 de los Casos 1648 y 1650). En rigor, ello ya era posible con el texto original, que no establecía un máximo sino un mínimo.

La legislación del sector público referida al fuero sindical es de aplicación para todos los servidores civiles, sin precisión adicional (artículo 52 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

En cuanto al ámbito objetivo, es decir, el contenido de la protección, este comprende cualquier conducta lesiva de la libertad sindical, en el sentido más amplio del término. El Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, se refiere ampliamente a "todo acto de discriminación" (numeral 1 del artículo 1).

La tutela de la libertad sindical se hace efectiva a través de mecanismos o facilidades. Los primeros buscan brindar protección eficaz contra todo acto

perjudicial para la libertad sindical y las segundas, permitir el desempeño rápido y eficaz de las funciones sindicales, empleando la terminología de los artículos 1 y 2 del Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo.

Entre los mecanismos previstos por el ordenamiento internacional, se encuentran algunos de tipo: *a) preventivo*: la exigencia de definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo o de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; *b) reparatorio*: establecimiento de una reparación eficaz que comprenda la reintegración en el puesto; o c) procesal: procedimiento especial de recurso accesible o imposición al empleador de la obligación de probar que su acto estaba justificado.

Las facilidades consisten en disfrutar de tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa, y asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales, recibir autorización para entrar en todos los lugares de trabajo en la empresa, entrar en comunicación con la dirección de la empresa, permitir el cobro periódico de las cuotas sindicales, colocar avisos, distribuir boletines, folletos, publicaciones y otros documentos, etc.

Nuestro ordenamiento nacional sobre el sector privado, condena solo dos actos antisindicales: el despido y el traslado (artículo 30 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). Respecto del primero, prevé un único mecanismo que opera cuando la relación laboral se extingue por motivos antisindicales y consiste en interponer una demanda para obtener la nulidad del despido y la reposición del trabajador, regulada en los incisos a) y b) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En cuanto a las facilidades, contempla las licencias sindicales (artículo 32 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912, y artículos 16 y 17 de su Reglamento) y las cuotas sindicales (artículo 28 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha enriquecido considerablemente la protección, en el caso de despidos lesivos de derechos fundamentales, al declarar inconstitucional el despido incausado (en el que no se expresa motivo), regulado en el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Exp. 1124-2001-AA/TC, Caso organizaciones

sindicales contra Telefónica, puntos 2.5 y 2.7 de la aclaración); al crear el despido fraudulento (en el que el empleador actúa con malicia), también calificado de inconstitucional (Exp. 976-2001-AA/TC, Caso Llanos Huasco, fundamento 15 de la sentencia) y al establecer la relación entre la vía laboral y la constitucional, del amparo (Exp. 0206-2005-PA/TC, Caso Baylón Flores, fundamentos 3 y siguientes), que será entre la vía contencioso administrativa y la constitucional en el caso del sector público. Los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral I y II han complementado la tutela al habilitar la vía laboral para pretender la reposición.

Los tres tipos de despidos inconstitucionales señalados: nulo, incausado y fraudulento, brindan una adecuada protección a la libertad sindical, dado que comúnmente un despido antisindical se va a encubrir bajo una apariencia de despido justificado.

La tendencia progresiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sufrió, sin embargo, una notoria regresión con la sentencia expedida en el Caso Huatuco (Exp. 05057-2013-PA/TC), que condicionó la reposición de los trabajadores del Estado sujetos al régimen de la actividad privada, a que hubieran ingresado por "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (fundamento 9). Afortunadamente ha sido precisada por la sentencia recaída en el expediente 06681-2013-AA/TC: "... es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública" (fundamento 11).

También en el régimen privado, existe una importante protección frente a la no renovación de contratos de duración determinada por motivos antisindicales, así como otras conductas discriminatorias. Se encuentra regulada en el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 25245, sobre la tercerización. Es imprescindible que se extienda, legislativa o jurisprudencialmente, a todo el sistema.

La legislación del sector público, se ocupa expresamente de esta cuestión en varios preceptos del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, referidos a mecanismos: 52, 53 y 64; y facilidades: 61 a 63. Adicionalmente, en la citada sentencia del caso Baylón Flores, el Tribunal Constitucional ha creado el despido nulo para los trabajadores del sector público (fundamento 24).

Para el conjunto del ordenamiento nacional, el Código Penal dispone un mecanismo sancionatorio por la violación de la libertad sindical individual de afiliación positiva o negativa, consistente en de pena privativa de libertad a su autor (numeral 1 del artículo 168).

Con respecto a las cuotas sindicales, la retención de estas de la remuneración del trabajador requiere autorización escrita de este (artículo 28 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para la actividad privada), el por una lectura estrecha de la intangilibidad de la remuneración. Debería ser suficiente la consignación de la obligación de aportar en el estatuto de la organización sindical y la afiliación del trabajador a esta, para que procediera automáticamente. Nuestra regulación dificulta la economía sindical.

Capítulo II: Negociación colectiva

1. CONCEPTO

La negociación colectiva puede concebirse como el cauce a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo. Entre negociación y convenio hay, pues, una relación de procedimiento a producto. La existencia de un convenio colectivo supone la previa existencia de una negociación, en cambio la de esta no conduce necesariamente a aquel, ya que podría haber otro producto o no haber ninguno. Además de los procedimientos y productos negociales, nos detendremos en este trabajo en los sujetos, niveles y contenidos negociales.

2. ORDENAMIENTO

2.1. Internacional

2.1.1. Instrumentos de derechos humanos

Ningún instrumento internacional genérico sobre derechos humanos consagra explícitamente el derecho a la negociación colectiva, ni los de ámbito mundial ni los de ámbito regional. Sin embargo, como ya hemos visto en la parte referida a la libertad sindical, todos aquellos se ocupan de este último derecho, que en una acepción amplia y dinámica la comprende sin lugar a dudas. La negociación colectiva, pues, se encuentra implícitamente contenida en expresiones que aluden al derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos, como la formulada por el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales —inciso c) del numeral 1 del artículo 8—, así como en la propia consagración genérica de la libertad sindical.

2.1.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

A nivel de la Organización Internacional del Trabajo, básicamente tres convenios regulan la negociación colectiva. El primero de ellos es el 98 (Derecho de sindicación y de negociación colectiva), 151 (Relaciones de trabajo en la administración pública) y 154 (La negociación colectiva). Este último no está todavía ratificado por el Perú y los dos anteriores sí.

2.2. Constitucional

2.2.1. Comparado latinoamericano

La recepción de la negociación colectiva por el constitucionalismo latinoamericano es mucho menor que la de la libertad sindical. Lo mismo ocurre, en verdad, también en Europa. Solo seis constituciones de la región la mencionan y el número de las que aluden al producto negocial es el doble, aunque con diversas denominaciones, tales como "convenios", "contratos", "convenciones" o "acuerdos colectivos". Tres de estas últimas se refieren además a la naturaleza normativa de dicho producto.

2.2.2. Peruano

La negociación colectiva estuvo regulada por la Constitución de 1979 y lo está por la de 1993. El contraste entre ambos textos podría hacerse a partir de tres elementos: el papel del Estado frente al derecho, los medios de solución de los conflictos laborales y el carácter del producto negocial.

En lo que toca al papel del Estado frente a la negociación colectiva, el texto anterior establecía la garantía y el actual, el fomento del derecho. Aunque ambos términos guardan semejanza, el nuevo supone una actuación estatal decidida para estimular el desarrollo del derecho, mientras el antiguo podría limitarse a la remoción de los obstáculos que lo traban.

En cuanto a la solución de los conflictos laborales (teniendo claro que ese universo comprende diversos tipos entre los cuales se halla la negociación colectiva), se ha redimensionado también la función del Estado. Mientras en el texto de 1979 se le atribuía la de regular por ley los procedimientos

negociales y dirimir en definitiva los desacuerdos entre las partes, en el de 1993 se le encarga solo promover formas de solución pacífica. Esta resulta claramente más respetuosa de la autonomía colectiva. De este modo, cabría ahora desde una autorregulación de los cauces negociales hasta una heterorregulación, pero respetuosa de los medios de solución decididos por las propias partes.

Por último, en lo referido al carácter del producto negocial, se ha sustituido la frase "fuerza de ley" por la de "fuerza vinculante", con los efectos que veremos al tratar el punto correspondiente. Basta adelantar aquí, que ambas expresiones aluden a la naturaleza normativa del convenio colectivo, difiriendo en que la primera conlleva además una remisión a un nivel determinado de la jerarquía normativa y la segunda no.

2.3. Legal peruano

2.3.1. Sector privado

En este campo, el ordenamiento central del sector privado está contenido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

Leído conjuntamente el artículo 1 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo con la Ley del Servicio Civil, queda claro que esta se aplica también a los trabajadores de las entidades y empresas del Estado sujetas al régimen privado, así como que aquella rige supletoriamente.

2.3.2. Sector público

Las normas básicas son la Ley del Servicio Civil y su Reglamento.

3. ELEMENTOS

3.1. Sujetos

Según la Recomendación 91 de la Organización Internacional del Trabajo, son sujetos negociales, por una parte "una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos", y por la otra "un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores" (numeral 1 del artículo 2).

A partir de este concepto, la doctrina concuerda en que la negociación tiene necesariamente carácter colectivo por el lado de los trabajadores mas no por el del empleador, y que es llevada a cabo —nuevamente desde la perspectiva laboral y no patronal— por un sujeto orgánico, preferentemente una organización sindical y solo a falta de ella un conjunto orgánico de trabajadores, representado por delegados negociales.

Si en un ámbito hubiera varias organizaciones sindicales, investidas, por tanto, todas ellas de capacidad negocial (entendida como la aptitud genérica para negociar colectivamente), los ordenamientos podrían reconocerle legitimidad negocial (entendida como la aptitud específica para negociar un convenio colectivo con eficacia general), solo a una de ellas, que sería finalmente la única habilitada para negociar colectivamente. Esta debería ser la organización sindical más representativa, cualidad comprobable a partir de criterios objetivos, como el número de afiliados o de votantes en un proceso electoral al interior del ámbito, entre otros.

Nuestro ordenamiento del sector privado reconoce como sujetos negociales a los mismos que la citada Recomendación 91 de la Organización Internacional del Trabajo, distinguiendo el caso del nivel de empresa de los de rama de actividad o gremio: en el primero tienen capacidad negocial los sindicatos y, en ausencia de estos, los representantes elegidos por la mayoría absoluta de los trabajadores, y en el segundo, solo las organizaciones sindicales. Así fluye del inciso b) del artículo 8 y de los artículos 41, 46, 47 y 48 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

La representación de los trabajadores está a cargo de una comisión negociadora, integrada por no menos de tres ni más de doce miembros plenos. Su número se determinará en función de los trabajadores del ámbito, como en el caso de los dirigentes amparados por el fuero sindical (artículo 36 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

En los supuestos en que hubiera varias organizaciones sindicales en el mismo ámbito, se confiere la legitimidad negocial al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores. Aquel conducirá la única negociación colectiva del ámbito, en representación de todos los trabajadores, afiliados o no a aquel, celebrando un convenio colectivo de eficacia personal general. Si ningún sindicato solo logra dicha condición, pero dos o más minoritarios sumados si la obtienen, podría suceder que:

a) Actuaran conjuntamente, en cuyo caso representarán a la totalidad de trabajadores, o
b) Actuaran separadamente, en cuyo caso podrían negociar colectivamente, pero solo en representación de sus respectivos afiliados, celebrando convenios colectivos de eficacia personal limitada, y se quedarían fuera de la regulación del convenio colectivo los trabajadores no afiliados a ningún sindicato. Esto último ocurriría si hubiera un único sindicato minoritario en el ámbito (artículo 9 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 34 de su Reglamento).

En el caso de las organizaciones sindicales de rama de actividad o gremio, si estas representaran a la mayoría de las empresas y de los trabajadores del ámbito respectivo, el convenio colectivo tendrá eficacia personal general; en caso contrario, la tendrá limitada (artículo 46 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912). De este modo, se supera el cuestionamiento del Comité de Libertad Sindical a la doble mayoría requerida por la versión original de la norma, que dificultaba la negociación colectiva a dichos niveles: "En relación a los alegatos referidos ... al artículo 46, que impone como requisito de validez para celebrar una convención colectiva por rama de actividad o gremio una mayoría tanto del número de trabajadores como de las empresas, el Comité recuerda que la legislación debería permitir a las organizaciones de trabajadores y de empleadores ejercer sin trabas la negociación colectiva conforme al artículo 4 del Convenio núm. 98, y que estas limitaciones presentan el riesgo de hacer muy difícil que se dé la negociación colectiva a este nivel. Al respecto, el Comité solicita que, en consulta con los interlocutores sociales, la legislación sea modificada en el sentido expuesto" (párrafo 460 de los Casos 1648 y 1650).

La legislación sobre el sector público contempla como sujetos negociales, por el lado de los trabajadores, al sindicato de la entidad pública, a falta del cual podrá intervenir una coalición de trabajadores, conforme establece el inciso c) del artículo 43 de la Ley del Servicio Civil. Si aquel fuera mayoritario, representará a la totalidad de trabajadores, sino solo representará a sus afiliados (artículo 67 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). Por el lado de los empleadores, participa la entidad pública Tipo A, que constituye Pliego Presupuestario (artículos 67 y 68 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). También se conforma una comisión negociadora, según se señala en el Cuadro 4 (artículo 71 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

CUADRO 4

COMISIÓN NEGOCIADORA	
REPRESENTANTES	AFILIADOS A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL
3	≤100
1 MÁS (HASTA 6)	> 100 (POR CADA 50 AFILIADOS MÁS)

El único caso en el que nuestra legislación permite negociar directamente a los afectados y suscribir un acuerdo con "fuerza vinculante", es el previsto en el inciso b) del artículo 48 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuando se encuentre en trámite una solicitud de extinción de las relaciones laborales por causas objetivas. En tal situación, se puede sacrificar derechos nacidos de convenios colectivos, con tal de "evitar o limitar el cese de personal". Nos resulta inconcebible que trabajadores individuales puedan disponer de derechos generados por convenios colectivos.

3.2. Niveles

El ámbito al cual se aplica el convenio colectivo se conoce como "unidad de negociación". Esta coincidirá normalmente con el campo sobre el cual una organización sindical ejerce su representación. En otras palabras, dado que las organizaciones sindicales son los sujetos capacitados para negociar colectivamente, el ámbito negocial deriva del ámbito sindical.

En este terreno, interesa determinar las unidades de negociación reconocidas por cada ordenamiento y —en el supuesto de que hubiera negociación colectiva en más de una unidad a la vez— la vinculación o desvinculación entre dichas negociaciones.

La primera cuestión es la de los niveles de negociación, que son en el plano comparado predominantemente los de empresa y rama de actividad. La doctrina le llama modelo "descentralizado" a aquel en que se negocia sobre todo en la empresa (como ocurre en el Perú y los demás países de América Latina, salvo Argentina, Brasil y Uruguay; en Estados Unidos y Japón) y modelo "centralizado" al que tiene como nivel negocial a la rama

de actividad (imperante en los mencionados países de América Latina y en Europa).

El nivel de empresa tiene como principal ventaja el permitir considerar la situación concreta de los interlocutores laborales y como desventaja el dejar casi siempre fuera de la negociación colectiva a aquellas empresas en las que no hubiera organización sindical. Mientras el de la rama de actividad ofrece como virtud central su amplia cobertura, comprendiendo incluso a las empresas en las que no hubiera organización sindical, y como defecto central el establecer condiciones homogéneas para empresas que pudieran tener características más o menos heterogéneas, perjudicando a las empresas más pequeñas. Este último inconveniente se suele superar determinando beneficios no concretos e iguales para todas las empresas, sino en forma de franjas, entre una y otra suma, que serán especificados atendiendo a criterios objetivos de aplicación automática: las empresas que tienen desde tal hasta tal cifra de cierto factor (número de trabajadores, nivel de productividad, etc.) darán tal cantidad, sin necesidad de realizar una nueva negociación para fijarla, porque si no, estaríamos ante el supuesto distinto de negociaciones colectivas simultáneas a más de un nivel.

Conforme con el numeral 1 del artículo 4 de la Recomendación 163 de la Organización Internacional del Trabajo, las legislaciones nacionales deberían permitir que la negociación colectiva se desarrolle a cualquier nivel. Correspondería a las partes determinarlo. El Estado no debe imponer ni prohibir uno.

La segunda cuestión es la de la existencia de dos negociaciones colectivas, realizadas a la vez en niveles diferentes, una en la empresa y otra en la rama de actividad, aplicables ambas a los trabajadores de cada una de las primeras que conforman la segunda. Aquí habría dos posibilidades:

a) Que hubiera habido un reparto previo de materias o funciones, de modo tal que a la negociación por empresa le correspondan unas y a la de rama de actividad otras, en cuyo caso estaríamos ante una negociación colectiva articulada, o
b) Que no la hubiera habido, pudiendo haber superposición de regulaciones, conflictiva o no conflictiva, en cuyo caso de tratará de coordinar los convenios colectivos respectivos.

Son criterios de articulación, por ejemplo, distribuir lo genérico para la negociación por rama de actividad y lo específico para la de empresa, o

atribuirle el establecimiento de mínimos a la primera y de suplementos a la segunda, o asignarle materias determinadas a cada una, etc. Si esto no se hubiera hecho y ambas negociaciones pudieran ocuparse válidamente de los mismos contenidos, podríamos encontramos con convenios colectivos que regulan cuestiones diversas o que tratan sobre las mismas, en este último caso de modo compatible o incompatible. Si esta fuera la situación, debería seleccionarse el convenio colectivo aplicable, habiendo para ello varios criterios de los que el de la norma más favorable es el que goza de preferencia doctrinaria.

Según la citada Recomendación 163 de la Organización Internacional del Trabajo, corresponde a las partes decidir sobre la vinculación entre las negociaciones colectivas de diversos niveles, la que no puede ser decretada por el Estado.

Nuestra legislación referida al sector privado reconoce como ámbitos negociales, la empresa, dos de alcance infraempresarial (la categoría y el establecimiento) y otros dos de alcance supraempresarial (la rama de actividad y el gremio) (artículo 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). La sección sindical solo podría negociar colectivamente por delegación expresa, conforme al artículo 9 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Esta favorece notoriamente la negociación colectiva a nivel de empresa y obstaculiza el de rama de actividad. Así, si estuviéramos ante la primera negociación, las partes decidirán el nivel, pero si no hubiera acuerdo, este será el de empresa. Si ya hubiera un nivel determinado, podría ocurrir que:

a) Este fuera el de empresa, en cuyo caso para establecer otro en sustitución o adición se requerirá el acuerdo de partes (no cabiendo por laudo arbitral), o
b) Aquel fuera el de la rama de actividad, supuesto en el cual se necesitará de dicho acuerdo para mantenerlo, pasándose en caso contrario al nivel de empresa (artículo 45 y Tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, esta derogada por la Ley 27912).

El Tribunal Constitucional en la sentencia del caso construcción civil, determinó que, dadas las características objetivas de dicha actividad, como la temporalidad de las obras y la rotación de los trabajadores, la negociación colectiva debía llevarse a cabo en el nivel de la rama (Exp. 0261-2003-AA/

TC). El caso fue concebido correctamente como uno de pretendido cambio de nivel. Luego, en el caso de los portuarios, que se percibió equivocadamente como uno de primera negociación colectiva, tras una lectura errada del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical sobre construcción civil (Caso 2375), remitió la decisión a un arbitraje potestativo regido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Exp. 03561-2009-PA/TC, fundamento 29 de la sentencia y segunda aclaración). Ello, pese a que la similitud de condiciones entre los trabajadores de una y otra actividad era muy grande.

El mencionado pronunciamiento no impide a un organismo jurisdiccional fijar el nivel. Si bien sostuvo el Comité de Libertad Sindical que el nivel "no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa", puede corresponder "a un organismo independiente de las partes". ¿No es este el caso del Tribunal Constitucional? El Comité de Libertad Sindical señaló —citando a la Comisión de Expertos— que "en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación colectiva, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 93 un sistema establecido de común acuerdo ente las partes..." (Párrafo 1226 del Caso 2375). "Más que...", "se ajusta mejor", no aluden a una prohibición sino a una recomendación.

Asimismo, para el supuesto muy improbable de negociaciones colectivas simultáneas a más de un nivel, se establece la necesidad de articulación, señalando además los criterios para ello (artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). La lesión a la autonomía colectiva es flagrante.

Por último, para una hipótesis que en principio no cabe en el marco de una negociación colectiva articulada como el que se ha adoptado, se prevé la recurrencia a la norma más favorable si hubiera un conflicto entre convenios colectivos, formulando la comparación entre estos en forma global (artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

En el campo del sector público, dado que se admiten diversos ámbitos sindicales (artículo 51 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil), como la entidad pública o niveles mayores, se infiere que también se admiten diferentes ámbitos negociales.

Asunto diferente es el de si una organización sindical de rama de actividad puede negociar colectivamente a nivel de empresa. Los empleadores

se oponen, porque consideran que una organización sindical debe negociar colectivamente en el nivel en el que se ha constituido. Se apoyan en el artículo 47 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que se refiere a que en la negociación colectiva a nivel de empresa debe participar "el sindicato respectivo". En todo caso —según ellos—, podrían constituir secciones sindicales en cada empresa de la rama de actividad. El Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, en los siguientes términos: "En cuanto a la alegada exigencia de varias empresas del sector de la electricidad (EDEGEL S.A., Luz del Sur S.A., EDELNOR S.A. y ELECTROLIMA S.A.) de exigir la constitución de una sección sindical para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar una convención colectiva a nivel de empresa..., el Comité estima que esta práctica constituye una injerencia inadmisible en la organización y estructura internas de los sindicatos, contraria al principio de autonomía y libre funcionamiento de las organizaciones sindicales consagrado en el artículo 2 del convenio núm. 87. El Comité considera que para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar un convenio colectivo de empresa debería bastar la prueba de que dicho sindicato cuenta con suficiente representatividad a nivel de empresa. El Comité pide pues al Gobierno que tome medidas a nivel de la legislación y de la práctica para que a los sindicatos de rama de actividad que desean negociar colectivamente a nivel de empresa no se les obligue a constituir una sección sindical en la misma y puedan negociar si acreditan suficiente representatividad" (párrafo 516 del Caso 1845). "Quien puede lo más, puede lo menos". El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha acogido esta tesis.

3.3. Contenidos

El objeto de la negociación colectiva está constituido por el conjunto de materias susceptibles de ser abordadas por los sujetos negociales. Podría formar parte de él cualquier cuestión que incida sobre los derechos de los trabajadores o del empleador o que afecte sus relaciones.

El Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo —no ratificado por el Perú— en su artículo 2 señala el contenido negocial en términos muy amplios: "fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre

empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores".

La doctrina española ha clasificado el objeto negocial en cuatro grandes rubros: económico, laboral, asistencial y sindical.

El problema principal que se presenta en este campo es el de las limitaciones al contenido negocial impuestas por el Estado. Queda claro que la autonomía privada en general —y dentro de ella la colectiva— está sujeta a la legalidad, razón por la cual se admite que esta pueda señalar ciertas barreras a la negociación colectiva, aunque sin llegar a desnaturalizarla, puesto que se encuentra reconocida y fomentada por la propia Constitución y los convenios internacionales del trabajo. Las exclusiones al contenido negocial podrían ser parciales —y en este caso de mínimos o de máximos— o totales. Una exclusión parcial le permitiría a la autonomía colectiva regular una materia, pero le impondría un tope como piso o como techo, respectivamente, dirigiendo por tanto dicha regulación en un cierto sentido. Una exclusión total le impediría por completo a la autonomía colectiva ocuparse de una materia.

Las exclusiones parciales de mínimos buscan favorecer la posición negociadora de los trabajadores y son muy frecuentes en los ordenamientos. Las exclusiones parciales de máximos y las totales, atienden a los intereses del Estado o de la sociedad y suelen ser excepcionales. Solo se justificarían en circunstancias socioeconómicas en las cuales la autonomía colectiva podría colisionar con otros valores constitucionales superiores. El Comité de Libertad Sindical ha establecido al respecto que: 1) no cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ejecutarse conforme a sus términos, salvo acuerdo de las partes en sentido diferente (párrafos 1001, 1007 a 1011, 1033, 1034 y 1045); 2) en lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deben resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquel (párrafo 999); y 3) las medidas restrictivas deben ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores (párrafos 1007, 1024, 1029 y 1030). Los párrafos citados corresponden a la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical.

En cuanto al contenido negocial, nuestro ordenamiento referido al sector privado señala que aquel está conformado por las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás asuntos, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores —artículo 41 e inciso d) del artículo 51 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo—, y en cuanto a los límites de dicho contenido, el citado ordenamiento contempla exclusiones parciales de máximos y totales, en el caso de las empresas y entidades del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, convalidadas por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículo 1 de esta).

La legislación del sector público, aplicable a todos los trabajadores del Estado, cualquiera que fuera su régimen, veta la negociación colectiva sobre beneficios económicos. Así, las Leyes de Presupuesto desde el 2006 hasta la actualidad (artículo 6 y Quincuagésima Octava Disposición Complementaria y Final) y la Ley del Servicio Civil (artículos 42 a 44), prohíben incrementar o crear beneficios económicos por convenio colectivo o laudo arbitral, los que declaran nulos si transgreden esta regla.

El Comité de Libertad Sindical —en el Caso 2690— ha afirmado que: "El Comité recuerda que al examinar alegatos sobre trabas y dificultades para negociar colectivamente en el sector público expresó que «es consciente de que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y de que el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la Ley de Presupuestos del Estado, lo cual puede plantear dificultades" (párrafo 944). Luego de identificar apropiadamente el problema, propone una solución ponderada: "En otras palabras, debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias" (párrafo 945).

Las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra esta última, obtuvieron solo tres votos de magistrados del Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad de la ley, requiriéndose cinco votos para calificarla como tal (Exp. 00018-2013-PI/TC). Con su nueva composición, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad tanto de

las Leyes de Presupuesto (Exp. 003, 004 y 023-2014-PI/TC, fundamentos 41 y siguientes de la sentencia), como de la Ley del Servicio Civil (Exp. 0025-2013. 003, 008 y 0017-2014-PI/TC, fundamentos 138 y siguientes de la sentencia). El Tribunal Constitucional ha establecido: a) que los derechos laborales constitucionales, rigen tanto para los trabajadores de la actividad privada, como para los del sector público; entre ellos, el derecho de negociación colectiva regulado en el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución; b) que este comprende los beneficios económicos; c) que, no obstante, pueden imponérsele límites, atendiendo a la necesidad de un presupuesto equilibrado, siempre que sean excepcionales; d) que la futura ley de desarrollo podrá prever la necesidad de aprobación legislativa del convenio colectivo y determinar el nivel de la negociación colectiva; etc. Sin embargo, ha diferido los efectos de su sentencia. La Corte Suprema, no obstante, en varias sentencias, ha venido aplicando inmediatamente el criterio de Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las mencionadas leyes. Ver, por ejemplo, el noveno considerando de la sentencia recaída en el expediente N° 02987-2015-0-SU-DC-01, Caso CORPAC.

De este modo, se pone fin a la posición sostenida durante muchos años por el Estado, consistente en que: a) Los trabajadores públicos no tienen reconocido el derecho de negociación colectiva, porque el artículo 42 de la Constitución no lo menciona y el numeral 2 del artículo 28 no les resulta aplicable; b) Igualmente, el artículo 7 del Convenio 151 Organización Internacional del Trabajo permite sustituir ese derecho por otro mecanismo, como la consulta; y c) Las normas restrictivas prevalecen sobre la negociación colectiva, porque responden a intereses generales. Todos estos argumentos han sido desvirtuados por el Tribunal Constitucional.

3.4. Procedimientos

El procedimiento de negociación comprende las tratativas entre los sujetos sobre el contenido negocial. Debería ser lo bastante flexible como para permitir a las partes) utilizar los medios de solución de conflictos colectivos de intereses que consideren más idóneos, en el orden que estimen más adecuado. A estos medios nos referimos en el Cuadro 5.

CUADRO 5

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE INTERESES

La legislación nacional que regula el procedimiento negocial en el sector privado establece los siguientes hitos:

1) Determinación del nivel negocial. Deberían hacerlo las partes conforme a las reglas ya expuestas en el punto 3.2 de este trabajo (artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).
2) Designación de los representantes de las partes. Ya nos hemos ocupado también de esta cuestión en el punto 3.1 de este trabajo (artículos 47 a 49 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).
3) Solicitud de información sobre la situación económica, financiera, social y otros asuntos pertinentes de la empresa. Los representantes de los trabajadores tienen derecho a solicitarla dentro de los 90 días anteriores al vencimiento del convenio colectivo vigente y el empleador está obligado a otorgarla. Si los trabajadores no guardaran reserva absoluta sobre la información recibida, se suspenderá el derecho de información y se les podrá sancionar por ello (artículo 55 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 38 de su Reglamento). La Ley de Productividad y Competitividad Laboral califica —en el inciso d) del artículo 25— como falta grave: "El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador...". El Comité de Libertad Sindical considera que esta última posibilidad no contraviene la libertad sindical. Lo dice con estas palabras: "En cuanto a los alegatos referidos a los derechos de información y de opinión en relación con la negociación colectiva y a las sanciones en caso de divulgación (artículo 55 del decreto-ley y artículo 5 de la ley núm. 24514), el Comité considera que la sanción de despido prevista (artículo 5 de la ley núm. 24514), en caso de que los representantes sindicales comuniquen a terceros informaciones de que disponen a causa del proceso de negociación colectiva que puedan

perjudicar a la empresa, no es contraria a los principios de la libertad sindical" (párrafo 461 de los Casos 1648 y 1650).

4) Presentación del pliego. Los representantes de los trabajadores presentan su pliego en forma de proyecto de convenio colectivo, entre los 60 y los 30 días anteriores al vencimiento del convenio vigente (artículo 52 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). También el empleador puede hacer lo propio, en la misma forma, aunque en este caso no se especifica el plazo (artículo 57 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 43 de su Reglamento). La recepción del pliego de la organización sindical es obligatoria para el empleador (artículos 53 y 54 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).
5) Valorización de las peticiones. Por pedido de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo valorizará las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico-financiera de la empresa y su capacidad para atender dichas peticiones. El dictamen será puesto en conocimiento de las partes, las que podrán formular observaciones (artículo 56 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912, y artículo 39 de su Reglamento).
6) Inicio de la negociación directa. Dentro de los 10 días siguientes a la presentación del pliego debe iniciarse la negociación directa, que es la única etapa de realización imperativa (artículo 57 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).
7) Utilización de otros medios de solución de conflictos colectivos de intereses. Terminada la negociación directa, las partes podrán emplear diversos medios de solución de estos conflictos, como la conciliación, la mediación o el arbitraje. La utilización de uno de esos medios no excluye el uso de los demás (artículos 58 a 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 42 y siguientes de su Reglamento).
8) Opción entre el arbitraje y la huelga. Los trabajadores podrán elegir entre el arbitraje y la huelga como mecanismos para resolver la controversia (artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 46 de su Reglamento). Si eligieran esta última, necesitarían la conformidad del empleador para sustituirla luego por el arbitraje (artículo 63 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). En el primer caso tenemos, pues, un sistema de arbitraje potestativo y en el segundo, uno de arbitraje voluntario.

Ver el Cuadro 6. El Tribunal Constitucional ha señalado en sendos pronunciamientos que el arbitraje previsto en el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es de naturaleza potestativa (Exp. 03561-2009-PA/TC, Caso SUTRAMPORC, fundamento 29 de la sentencia y segunda aclaración; Exp. 03909-2011-PA/TC, Caso FETRATEL, fundamento 11 de la sentencia; y Exp. 02566-PA/TC, Caso SINAUT, fundamento 12 de la sentencia). Asimismo, la Corte Suprema, al resolver la acción popular contra el Decreto Supremo 014-2011-TR, ha convalidado el arbitraje potestativo (considerando trigésimo y siguientes de la sentencia 5132-2014). El fundamento de dichas resoluciones se encuentra en que el Estado debe promover formas de solución pacífica del conflicto y el arbitraje voluntario empujaría a los sindicatos a la huelga. Tenemos en nuestro ordenamiento, por tanto, el arbitraje potestativo incausado, previsto en el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y el causado, regulado por el Decreto Supremo 014-2011-TR —que introdujo el artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo—, que opera en la primera negociación colectiva o cuando se demuestre mala fe del empleador. La Resolución Ministerial 284-2011-TR precisa los actos que configuran mala fe. El arbitraje, conforme al Decreto Supremo 013-2014-TR, modificatorio del inciso a) del artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, solo podrá constituirse luego de tres meses de negociación infructuosa.

CUADRO 6

SISTEMAS DE ARBITRAJE	
VOLUNTARIO PARA AMBAS PARTES	VOLUNTARIO
VOLUNTARIO PARA EL SINDICATO Y OBLIGATORIO PARA EL EMPLEADOR	POTESTATIVO
OBLIGATORIO PARA AMBAS PARTES	OBLIGATARIO

La regulación del arbitraje por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo plantea importantes problemas, como: a) El nombramiento de un árbitro por cada parte y su retribución a cargo de ella suele afectar la imparcialidad; b) Dada esta situación, el Presidente podría ser quien, en

definitiva, resolviera la controversia; c) Las polarizadas propuestas finales, la obligación de escoger entre ellas y los límites de la atenuación; d) La frecuente impugnación de los laudos; etc.

El ordenamiento referido al sector público establece un procedimiento negocial que transita por varias etapas, las más importantes de las cuales son las siguientes (artículos 44 de la Ley del Servicio Civil y 70 a 74 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil):

1) Presentación del pliego: el pliego de reclamos se presenta entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del siguiente año.
2) Las negociaciones deben efectuarse necesariamente hasta el último día del mes de febrero. De no haber acuerdo, se podrá acudir a la conciliación hasta el 31 de marzo.
3) A falta de acuerdo, los trabajadores podrán requerir la instalación de un arbitraje potestativo o declarar la huelga.
4) El convenio colectivo o el laudo arbitral tendrán una duración de dos años. Si se celebran o expiden, respectivamente, hasta el 15 de junio, regirán el año siguiente; si ello ocurre después, regirán en el subsiguiente.

El Reglamento de la Ley del Servicio Civil, en artículo 76, permite combinar en el laudo arbitral las propuestas de las partes.

En ambos ordenamientos, el privado y el público, las partes negocian periódicamente (una o dos veces al año, respectivamente). Configuran, por tanto, sistemas "estáticos".

3.5. Productos

La negociación colectiva como procedimiento podría desde no conducir a ningún producto hasta arribar a distintos tipos de productos, de los cuales el natural será el convenio colectivo. La primera hipótesis se verificará en ordenamientos en los que es posible que los conflictos colectivos de intereses queden abiertos, lo que es propio de los sistemas más libres. La segunda permitirá que en ausencia de acuerdo entre las partes, alcanzado con o sin intervención de tercero, estas o una de ellas puedan remitir la controversia a un tercero dirimente, comúnmente un tribunal arbitral, que expedirá un laudo.

Nuestra legislación referida al sector privado tiende a cerrar el conflicto, aunque admite una excepcional posibilidad de que este permanezca abierto: que los trabajadores opten por la huelga, esta resulte ineficaz y el empleador no quiera aceptar el arbitraje voluntario (artículo 63 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). En todos los demás supuestos, vía convenio colectivo o vía laudo arbitral, el conflicto se cerrará, y se llegará a un producto.

Los productos negociales serán básicamente los mencionados, pero también excepcionalmente podría aparecer uno diferente, que es una resolución administrativa: ante una huelga que viene prolongándose excesivamente, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo puede resolver definitivamente (artículo 68 de la Ley d Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912). El Comité de Libertas Sindical había objetado que se pudiera ordenar en tal caso la culminación de la huelga, facultad que se ha eliminado (párrafo 465 de los Casos 1648 y 1650). Cualquiera que fuera el producto negocial, un convenio colectivo, un laudo arbitral o una resolución administrativa, tendrá la misma naturaleza y los mismos efectos (artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). Sin embargo, esta solo permite determinar la rama de actividad como nivel negocial (artículo 45), por convenio colectivo. En el ya citado caso de los portuarios, sin embargo, el Tribunal Constitucional admitió que pudiera hacerse por arbitraje.

Las características básicas del producto negocial —teniendo en cuenta especialmente el convenio colectivo— son las siguientes:

1) Carácter normativo y contractual. El convenio colectivo tiene cláusulas que regulan las relaciones individuales comprendidas en la unidad de negociación respectiva y cláusulas que rigen las relaciones entre las partes pactantes. Las primeras son normativas y las segundas obligacionales (artículo 42 e inciso a) del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículos 28 y 29 de su Reglamento).
2) Nivel jerárquico. El rango del convenio colectivo en el sistema de fuentes del derecho no está determinado por el ordenamiento, será tarea de una futura ley. El hecho de que no se le atribuya en adelante el rango de la ley, como lo hacía la Constitución de 1979, no significa que el Estado pueda vulnerar la autonomía colectiva, por cuanto esta continúa reconocida y es fomentada por la Constitución de 1993.
3) Eficacia personal. El convenio colectivo podrá tener eficacia personal general o limitada, como ya vimos en el punto 3.1 de este trabajo. Lo

primero sucederá cuando se suscriba con una organización sindical mayoritaria y lo segundo, cuando se celebre con una organización sindical minoritaria.

4) Vigencia temporal. La duración del convenio colectivo es de un año, a falta de acuerdo entre las partes, que podría fijar un plazo mayor o menor; los beneficios previstos en él rigen indefinidamente, hasta que sean regulados por un nuevo convenio colectivo; y se aplican retroactivamente desde el vencimiento del convenio colectivo anterior. Así lo prevén los incisos b), c) y d) de artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificados por la Ley 27912. Los beneficios contenidos en los convenios colectivos preexistentes a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, fueron revisados para determinar cuáles de ellos perderían vigencia. Esta figura se conoció como "revisión integral" (Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 30 de su Reglamento). El Comité de Libertad Sindical había objetado a la versión original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que impusiera a las partes la obligación de renegociar los convenios colectivos vigentes, por considerarla contraria a los principios de la negociación colectiva: " En lo que concierne al alegato relativo a la obligación de renegociar convenios colectivos vigentes y a la quiebra del principio de la autonomía colectiva (cuarta disposición transitoria, artículos 43, inciso d), 57, 65 y 66 del decreto-ley, y artículo 30 del reglamento de la ley), el Comité observa que la cuarta disposición transitoria dispone que: "La negociación colectiva cuya convención, laudo, o resolución rija a partir de la vigencia del presente decreto-ley, deberá incluir la revisión integral de todos los pactos y convenios colectivos vigentes sobre condiciones de trabajo y remuneraciones. A falta de acuerdo se procederá conforme a las normas establecidas en el presente decreto-ley". Por otra parte, el artículo 43, inciso d) establece que la convención colectiva: "caduca de modo automático al vencimiento de su plazo, salvo en aquello que se haya pactado con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial". Asimismo, el artículo 30 del reglamento de la ley establece que: "La caducidad a que se refiere el inciso d) del artículo 43 de la ley, se aplica a las convenciones colectivas celebradas antes de la entrada en vigencia de la ley

si como resultado de la revisión que se efectúe en virtud de la cuarta disposición transitoria y final de la ley, tal caducidad es acordada por las partes o establecida en el laudo arbitral, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 57 de la misma". Dicha disposición establece que el empleador podrá proponer cláusulas nuevas o sustitutorias de las establecidas en anteriores convenciones. En relación con las disposiciones antes mencionadas, a juicio del Comité, cuando una legislación obliga a las partes a negociar nuevamente convenios colectivos vigentes es contraria a los principios de la negociación colectiva. Al respecto, el Comité solicita que se tomen las medidas necesarias para que se permita a las organizaciones de trabajadores negociar libremente las condiciones de trabajo con los empleadores" (párrafo 462 de los Casos 1648 y 1650).

5) Interpretación. En caso de oscuridad sobre el sentido de una cláusula, esta debería interpretarse con las reglas de las normas si es una cláusula normativa y con las reglas de los contratos si es una cláusula obligacional (artículo 29 del Reglamento de la LRCT).

6) Control de legalidad. No se han previsto vías para determinar la disconformidad de un convenio colectivo con la legalidad. Solo se ha mencionado indirectamente que cabría la impugnación de un convenio colectivo si se demuestra la mala fe o si se hubiera celebrado bajo violencia o ejercicio de modalidades irregulares de huelga (artículos 49 y 69 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, respectivamente). Sí se ha establecido, en cambio, causales y vías para la impugnación del laudo arbitral (artículo 66 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

En lo que atañe al ordenamiento específico del sector público, el producto negocial podría ser un convenio colectivo o un laudo arbitral, conforme se prevé en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento.

Capítulo III: Huelga

1. CONCEPTO

La huelga puede ser entendida como una medida de conflicto colectivo de los trabajadores, consistente en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral debida.

En el derecho comparado se constata la existencia de dos modelos sustancialmente diferentes de regulación de la huelga: el estático o laboral y el dinámico o polivalente. El primero define a la huelga como la cesación continua y total de labores, con abandono del centro de trabajo, decidida colectivamente en procura de objetivos profesionales. El segundo, en cambio, la conceptúa como toda alteración en la forma habitual de prestar el trabajo, acordada colectivamente, que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores. El ordenamiento peruano, como veremos luego con más detalle, acoge claramente el modelo estático.

En este trabajo vamos a referirnos a los titulares, fines, modalidades, límites, ejercicio y efectos del derecho de huelga. En varios de estos elementos las diferencias entre uno y otro modelo son significativas.

2. ORDENAMIENTO

2.1. Internacional

2.1.1. Instrumentos de derechos humanos

La huelga cuenta con reconocimiento expreso como derecho humano por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

en el inciso d) del numeral 1 del artículo 8. Los demás instrumentos genéricos de derechos humanos omiten mencionarla directamente, aunque puede considerársele incluía en la libertad sindical proclamada por todos ellos, sobre todo en la dimensión dinámica de este derecho.

2.1.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Ningún convenio internacional del trabajo se ocupa del derecho de huelga. Sin embargo, los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, como la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical, lo han considerado tácitamente comprendido en la libertad sindical colectiva de gestión: el derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción (numeral 1 del artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo).

2.2. Constitucional

2.2.1. Comparado latinoamericano

Prácticamente la totalidad de las constituciones latinoamericanas reconocen el derecho de huelga y remiten a la ley la regulación de su ejercicio. Varias de ellas, además, tratan algunos aspectos específicos del derecho, sobre todo las restricciones que cabe imponerle en los servicios esenciales para la comunidad.

2.2.2. Peruano

Nuestra Constitución de 1979 reconocía a los trabajadores el derecho de huelga, derivando a la ley la determinación de su forma de ejercicio (artículo 55). Asimismo, señalaba las categorías de trabajadores excluidas de aquel: funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza y miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (artículo 61).

La Constitución de 1993 reconoce también el derecho de huelga, pero sin señalar al titular del mismo, y cautela su ejercicio democrático. Ordena al Estado regular el derecho para que se ejerza en armonía con el interés social y señalar sus excepciones y limitaciones (numeral 3 del artículo 28).

El propio texto indica como categorías excluidas del derecho a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (artículo 42), y los jueces y fiscales (artículo 153). Como ya vimos a propósito de la sindicación, dichas exclusiones resultan compatibles con los Convenios 87 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

La referencia al interés social como límite al ejercicio del derecho de huelga es extraña en una Constitución que ha abandonado aquel concepto y que solo lo emplea en este caso. Más apropiado nos hubiera parecido señalar que la huelga no podría impedir el ejercicio de otros derechos fundamentales para la población.

La remisión al Estado para determinar las excepciones y limitaciones a la huelga constituye, desde nuestro punto de vista, una puerta gravemente abierta a la degradación del derecho.

2.3. Legal peruano

2.3.1. Sector privado

En esta materia, la regulación de nuestro ordenamiento privado se encuentra en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

2.3.2. Sector público

La huelga en el sector público se rige por la Ley del Servicio Civil y su Reglamento. Antes estuvo regida por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

3. ELEMENTOS

3.1. Titulares

Los ordenamientos comparados se agrupan en dos grandes sectores respecto de la titularidad del derecho de huelga: los que la reconocen a los trabajadores y los que la reconocen a las organizaciones sindicales. En el primer caso, se trata de un derecho de titularidad individual y en el segundo, de uno de titularidad colectiva. En ambos casos, es claro que el ejercicio del derecho deberá ser colectivo.

La Constitución de 1993, como ya vimos, no se pronuncia sobre la titularidad del derecho de huelga, a diferencia de la de 1979 que la otorgaba a los trabajadores. El ordenamiento infraconstitucional de la actividad privada parece haber transitado del modelo universal a uno mixto, según el artículo 72 e inciso b) del artículo 73 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, este modificado por la Ley 27912. En el del sector público, se reconocen ambas titularidades: la universal y la sindical, conforme a los incisos a) y b) del artículo 79 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, respectivamente).

En lo que toca a las exclusiones al ámbito subjetivo del derecho, estas son las mismas que las previstas para la libertad sindical, a las cuales ya nos referimos antes.

3.2. Fines

La huelga debería tener como móvil satisfacer algún interés colectivo de los trabajadores. En este rubro quedarían comprendidos —conforme al modelo estático— solo los intereses profesionales (o laborales en sentido amplio), y podrían cobijarse —conforme al dinámico— otros intereses sociales, que tuvieran elementos profesionales combinados en alguna dosis con elementos solidarios, políticos, etc. De este modo, solo se excluiría la huelga desarrollada con fines puramente no profesionales. Un caso de este tipo, sería el de una huelga política dirigida a subvertir el orden constitucional o a presionar el funcionamiento de las instituciones democráticas. Así lo han estimado el Tribunal Constitucional italiano y el Comité de Libertad Sindical, al aludir a las huelgas políticas que pueden quedar prohibidas por los ordenamientos sin infringir el derecho.

Nuestro ordenamiento de la actividad privada admite la huelga que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos, según el inciso a) del artículo 73 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912). El del sector público no hace referencia a esta materia. Quedarían, por tanto, aceptadas las huelgas con móviles puramente socioeconómicos o profesionales, o que combinaran estos con los políticos o solidarios, siempre que los primeros fines fueran relevantes dentro de ellos;

y rechazadas, las que tuvieran objetivos exclusivamente políticos o solidarios y las mixtas cuyos fines socioeconómicos o profesionales fueran irrelevantes.

El Comité de Libertad Sindical consideró que los fines admitidos por nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que eran solo los profesionales, resultaban limitativos del derecho, por estos motivos: "En cuanto al alegato relativo a los requisitos para la declaración de la huelga, incisos a) y b) del artículo 73, el Comité observa que, conforme al inciso a) de dicho artículo, para la declaración de la huelga se requiere que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores. A este respecto, el Comité desea recordar que "los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores" (párrafo 468 de los Casos 1648 y 1650). El cuestionamiento ha sido levantado.

3.3. Modalidades

Al realizar una huelga en procura de ciertos fines, los trabajadores emplean las modalidades de presión que estiman más eficaces. Los ordenamientos, sin embargo, no admiten todas las modalidades que la práctica huelguística ha ido descubriendo, por considerar que alguna o algunas de ellas podrían originar un daño excesivo para el empleador. La gama de modalidades permitidas por un ordenamiento muestra, pues, el grado de eficacia que aquel está dispuesto a concederle al derecho de huelga.

Un punto de consenso entre los modelos estático y dinámico es el de impedir que la huelga cause la destrucción o deterioro de las personas o bienes de la empresa afectada. En otras palabras, ambos modelos coinciden en pregonar el carácter pacífico de la huelga. Más allá de este acuerdo, el modelo dinámico no efectúa otras prohibiciones, mientras que el estático excluye aquellas modalidades desencuadradas con su concepto cerrado. De este modo, estarían proscritas las huelgas que no supusieran paralización sino alteración del trabajo habitual (huelga de bajo rendimiento, o a reglamento, o activa), o que conllevaran una paralización que afectara solo a

grupos de trabajadores o fuera discontinua (huelga neurálgica, o turnante, o intermitente), o que no se materializaran con abandono del centro de trabajo (huelga de brazos caídos, u otras modalidades ya mencionadas).

La legislación peruana para la actividad privada señala, en primer lugar, el carácter necesariamente pacífico de la huelga (artículos 72 y 79 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), para admitir, en segundo lugar, como modalidades válidas las de ámbito espacial general o parcial y las de ámbito temporal indefinido o determinado (artículo 76 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), siempre que encuadren con una cesación total y continua de labores, con abandono del centro de trabajo y, en tercer lugar, prohibir las demás modalidades, consideradas irregulares: paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo (artículo 81 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). Algo similar sucede con la legislación del sector público (artículos 79, 81 y 82 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

Además, la legislación sobre estabilidad laboral contempla como falta grave la realización de una huelga bajo varias de estas modalidades: reiterada paralización intempestiva, disminución deliberada y reiterada en el rendimiento y toma de rehenes o locales, conforme a los incisos a), b) y f) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El Comité de Libertad Sindical en su pronunciamiento sobre nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ha sostenido que las modalidades prohibidas por esta deberían ser tenidas como válidas siempre que la huelga fuese pacífica: "En cuanto a los alegatos referidos a los artículos 81 y 84, que señalan que las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc., no están amparados por el presente decreto-ley, el Comité ha considerado que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica" (párrafo 466 de los Casos 1648 y 1650). En este punto, por tanto, no se ha adecuado nuestro ordenamiento a los requerimientos del Comité de Libertad Sindical.

3.4. Límites

En este tema también el disenso entre el modelo estático y el dinámico es muy significativo. Este último no reconoce al derecho de huelga más límites que los surgidos de la confrontación con otros derechos también fundamentales, equivalentes o prevalentes (límites externos), mientras el anterior reconoce además la existencia de límites derivados del propio concepto: aquello que no coincida con la definición no será considerado como huelga (límites internos). El principal límite externo al derecho de huelga son los llamados servicios esenciales para la comunidad. El Comité de Libertad Sindical los entiende como aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (párrafo 581 de la Recopilación de decisiones y principios). Conforme a esta definición serían servicios esenciales en sentido estricto los relacionados con la atención de la salud, el suministro de agua y electricidad, los medios de comunicación, etc. Los ordenamientos podrían optar por señalar los derechos que no pueden ser vulnerados, como lo hace el Comité de Libertad Sindical (cláusula general), o formular un listado de actividades que constituyen servicios esenciales (cláusula especial), o hacer una combinación de las anteriores. La vía a través de la cual se concilia el interés de los huelguistas con el de los usuarios, es la designación de servicios mínimos en los servicios esenciales. De este modo, se pondera ambos intereses, atendiendo al valor que les confiere la Constitución, pero sin suprimir ninguno de ellos en aras del otro. Tal balance es lo que corresponde tratándose de la confrontación entre derechos fundamentales.

Nuestro ordenamiento de la actividad privada no se refiere a los derechos que no pueden ser afectados sino a las actividades consideradas como servicios esenciales, y lo hace mediante una relación amplia y abierta (artículo 83 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley 27912). La fórmula no solo es muy extensa, al incorporar actividades difícilmente encuadrables en el concepto, sino que además permite su crecimiento, añadiéndosele nuevas actividades. La relación ya ha sido ampliada por Decreto Supremo 075-92-PCM, comprendiendo como servicio esencial a los de administración, operación equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles en el país, sean marítimos, fluviales o lacustres (artículo 1).

El Comité de Libertad Sindical ha considerado: "Asimismo, el Comité observa que la lista de servicios públicos esenciales contemplados en el ar-

tículo 83 es demasiado larga e incluye servicios que no lo son en el sentido estricto del término (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) (véase Recopilación, op. cit., párrafo 387). Específicamente, el inciso j) de dicho artículo que señala como servicios públicos esenciales aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para bienes, a criterio del Comité por su vaguedad podría ser interpretado de tal manera que limite ampliamente el derecho de huelga, por lo que debería ser suprimido del artículo 83 del decreto-ley" (párrafo 464 de los Casos 1648 y 1650). La objeción no ha sido levantada por la Ley 27912, que sigue la misma lógica.

En el sector público, se prohíbe la interrupción de los servicios indispensables y, en el caso de los servicios esenciales, se exige la dotación de servicios mínimos (artículos 83 a 85 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

3.5. Ejercicio

Independientemente de la titularidad individual o colectiva del derecho de huelga, su ejercicio es siempre colectivo. De este modo, los ordenamientos exigirán comúnmente el acuerdo mayoritario de los trabajadores (del ámbito implicado, en el caso de titularidad individual, y de los afiliados a la organización sindical, en el caso de titularidad colectiva). Otros requisitos frecuentes son el del otorgamiento de un preaviso al empleador y el de la designación de los servicios mínimos y de mantenimiento. Estos últimos están dirigidos a la conservación de los bienes y equipos indispensables para la posterior reanudación de las labores.

En nuestro ordenamiento de la actividad privada —Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo—, los requisitos para la declaración de la huelga —además de los que se desprenden de los puntos anteriormente tratados— son:

a) Previo agotamiento de la negociación directa entre las partes respecto de la materia controvertida,
b) Decisión adoptada por más de la mitad de los trabajadores comprendidos, eventualmente sujeta a ratificación, y
c) Comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo, con no menos de cinco días útiles de anticipación en las actividades comunes y de diez en los servicios esenciales, conforme a los incisos b) y c) del artículo 73 y los artículos 75 y 80 de la Ley de Relaciones

Colectivas de Trabajo y artículos 62 a 65 de su Reglamento. Además, en el caso de estos últimos, se requiere designar los servicios mínimos.

En caso de servicios esenciales, corresponde a los empleadores señalar en el primer trimestre de cada año el número y ocupación de los trabajadores que los componen, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad de los reemplazos; y a los trabajadores, la nómina. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá la divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores. Las mismas reglas operan para la designación de los servicios de mantenimiento, también contemplados en nuestra legislación (artículos 78 y 82 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, este último modificado por la Ley 27912, y artículos 67 y 68 de su Reglamento). El Comité de Libertad Sindical cuestiona tal intervención de la Autoridad de Trabajo, por cuanto no la considera un órgano independiente: "Respecto al alegato sobre el artículo 82, relativo a la exigencia de un servicio mínimo cuando se trate de una huelga en los servicios públicos esenciales (definida en el artículo 83), y cuya divergencia en cuanto al número y ocupación es resuelta por la autoridad del trabajo, en opinión del Comité, la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente" (párrafo 467 de los Casos 1648 y 1650). Nuestro ordenamiento no prevé la situación de incumplimiento de su obligación por el empleador o por los trabajadores en la oportunidad debida, que acarrearía la necesidad de hacerlo con ocasión de la huelga. Esta omisión es una adicional fuente de conflictos entre las partes.

La regulación de los servicios esenciales en la Ley del Servicio Civil prevé que anualmente el titular de la entidad pública a los trabajadores o su organización sindical, el número, ocupación u horarios necesarios (artículo 85 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil). No se establece la posibilidad de desacuerdo de estos. Lo mismo vale para los servicios indispensables.

En el sector público, el preaviso es de 15 días, según el numeral 1 del artículo 45 de la Ley del Servicio Civil e inciso e) del artículo 80 de su Reglamento. No vemos justificación alguna para que el plazo sea mayor incluso que el de los servicios esenciales en la actividad privada.

Si la huelga estuviera arreglada a la ley, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo a los huelguistas (artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). Peligrosamente, esta figura sí se

permite en la Ley del Servicio Civil (numeral 2 del artículo 45), que vendría a convalidar el esquirolaje externo.

Por último, se contempla que la huelga termina por:

a) Acuerdo de las partes en conflicto,
b) Decisión de los trabajadores,
c) Resolución Suprema (en el caso de las huelgas que se prolonguen excesivamente, asumiendo características graves), y
d) Ser declarada ilegal (artículo 85 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículos 72 y 73 de su Reglamento).

No hay reglas al respecto en la Ley del Servicio Civil ni en su Reglamento.

3.6. Efectos

En este rubro se plantea básicamente dos cuestiones: el momento y el organismo al que le corresponde la calificación de la huelga y los efectos de una huelga legal o ilegal sobre las relaciones individuales de los trabajadores comprendidos.

Respecto de lo primero, la mayor garantía para el ejercicio del derecho derivaría de una declaración posterior y judicial sobre la legalidad de la huelga. La ruta seguida por nuestro ordenamiento es la inversa: calificación previa y administrativa.

La Autoridad de Trabajo se pronunciará sobre la improcedencia de la huelga, de modo previo a su inicio, si esta no cumple con los requisitos antes señalados, y la declarará ilegal si:

a) Se materializa no obstante haber sido declarada improcedente,
b) Se produce violencia sobre personas o bienes,
c) Se incurre en una de las denominadas modalidades irregulares,
d) Se incumple la cobertura de los servicios mínimos o de mantenimiento, y
e) No se levanta después de notificado el laudo o resolución definitiva (artículos 74 y 85 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 71 de su Reglamento). Si se produjera esta última declaración, los trabajadores deberían reincorporarse a la empresa (artículo 73 del Reglamento).

Respecto de los efectos, deberíamos distinguir los de una huelga legal de los de una ilegal. En el primer caso se suspende las relaciones individuales,

exonerándose al empleador del pago de las remuneraciones. No se afecta la acumulación de antigüedad para la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones, conforme a los incisos b) y d) del artículo 77 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, inciso d) del artículo 8 del Decreto Legislativo 650 e inciso i) del artículo 12 del Decreto Legislativo 713).

En el segundo caso, además de perderse las remuneraciones y no ganarse la citada acumulación de antigüedad, se incurre en la posibilidad de un despido por falta grave, consistente en ausencias injustificadas.

Nos parece razonable que las huelgas legales acarreen pérdida de remuneraciones en el caso de un conflicto económico, en el que los trabajadores sacrifican parte de su ingreso actual para lograr, mediante la negociación colectiva, uno mayor en el futuro cercano; pero en un conflicto jurídico, en el que se pide el cumplimiento de un convenio colectivo vigente, creemos que estamos ante una doble sanción: no se paga la remuneración pactada y, encima, se pierde la de los días de huelga. Hay que tener en cuenta que hoy la mayoría de huelgas se produce por reclamación del cumplimiento de convenios colectivos.