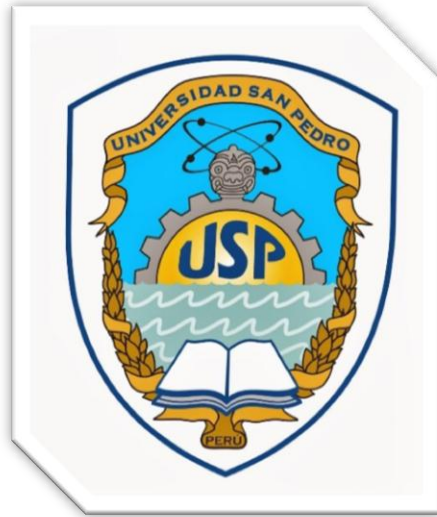


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE DERECHO



**“El esquirolaje interno como practica vulneratoria del
derecho constitucional a la huelga”**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL
DE ABOGADO

Autor

Torres Muñoz, Dayanne Manuela

Asesor

Abog. Abrego Herrera Marcelo

Huacho – Perú

2018

PALABRAS CLAVES

Tema	Esquirolaje interno y Huelga
Especialidad	Derecho laboral

Text	Internal strike and Strike
Specialty	Labor law

DEDICATORIA

A Dios: quien inspiró mi espíritu para la realización de este estudio, por darme salud y bendición para alcanzar mis metas como persona y como profesional, a mis padres y hermanos por brindarme el apoyo emocional y económico a lo largo de mi trayectoria por que han sido el sustento para poder llegar hasta aquí y a mis sobrinos y abuelos que forman un pilar muy importante en mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr uno de mis objetivos, a mis padres por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante pero más que nada, por su amor.

INDICE

Caratula.....	i
Palabras Claves.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice.....	v
Resumen.....	01
CAPITULO I: DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	03
CAPITULO II: MARCO TEORICO.....	04
2.1. Antecedentes históricos.....	04
2.2. Etimología.....	07
2.3. Definición.....	07
2.4. Bases Teóricas.....	10
2.4.1. Derecho del Trabajo.....	10
2.4.2. El Derecho a la Huelga.....	12
2.4.3. ¿Derecho constitucional del trabajador o del Sindicato?.....	17
2.4.4. La huelga como derecho constitucional.....	18
2.4.5. El esquirolaje en nuestro ordenamiento jurídico y los derechos constitucionales en los que repercute.....	19
a) La fórmula jurídica del esquirolaje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	19
b) El Derecho Constitucional a la Libertad Organizacional contenido en el Derecho de Libertad de Empresa vs. El ejercicio pleno del Derecho Constitucional a la Huelga, ¿Afecta la Libertad de Trabajo de los No Huelguistas?.....	22
b.1. El Derecho a la Libertad de Empresa, como derecho constitucional de toda persona.....	22

b.1.1. Tratamiento normativo constitucional del derecho a la Libertad Organizacional contenido en el Derecho de Libertad de Empresa.....	26
b.1.2. El Poder de Dirección y el <i>ius variandi</i> como instrumentos esenciales para el ejercicio pleno de la Libertad de Empresa.....	28
2.4.6 Análisis Del Contexto Jurídico Administrativo Y Constitucional Respecto Del Esquirolaje Interno En Nuestra Legislación.....	31
a) Alcances de la prohibición de contratar a personal que reemplace a los huelguistas en el ordenamiento jurídico y el ámbito de protección al trabajador no huelguista.....	31
b) Análisis de la Resolución Directoral N° 032-2013-MTPE/1/20.4 de fecha 09 de Enero del 2013.....	39
c) ¿Por qué el artículo 70° del RLRCT, no citado por el Ministerio de Trabajo en la Resolución en comento, si comprende también la prohibición del esquirolaje interno?.....	41
d) ¿Es constitucional la prohibición del esquirolaje interno? Aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad.....	47
2.5 Legislación Nacional.....	50
2.6 Jurisprudencia o precedentes vinculados o plenos jurisdiccionales.....	53
2.7 Derecho comparado.....	58
ANALISIS DEL PROBLEMA.....	71
CONCLUSIONES.....	76
RECOMENDACIONES.....	78
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	80

RESUMEN

En el presente trabajo se ha tratado de entrelazar las tres instituciones: la huelga como instrumento de presión de los sindicatos en contra de su empleador, a través del cual buscan el equilibrio de poderes en aras de conseguir una mejora de sus condiciones de trabajo. Frente a ello, la figura del esquirolaje interno desarrollada por el empleador que busca evitar o atenuar los efectos naturales de la huelga que generalmente se manifiesta en el perjuicio económico de la empresa y finalmente, frente a la acción sindical y reacción empresarial, encontrando en medio a la inspección de trabajo. Es así que tenemos al artículo 70º del Texto Único Ordenado de la LRCT ya descrito, describe una conducta inicialmente vinculada a la “sustitución externa” de trabajadores huelguistas, no se puede desconocer que la “sustitución interna” de trabajadores huelguistas, es decir, aquella que se realiza mediante trabajadores que mantienen un vínculo laboral con la empresa al momento de la ejecución de la huelga, también podría constituirse en un ejercicio abusivo de las facultad directriz del empleador. Esto se verá claramente reflejado cuando dicha conducta produzca una clara disminución de los efectos de la huelga. Hay que decir que la preeminencia del derecho de huelga produce una reducción o paralización de los otros derechos, y ello para evitar que se vacíe de contenido al derecho fundamental, con lo cual se concluirá en que, no sólo se prohibirá el esquirolaje externo, sino también el interno, toda vez que el empresario debe estar sujeto al principio de buena fe en la relación laboral, con lo cual se descarta toda aquella conducta que busque como fin mantener la actividad productiva, sin importar los efectos que la huelga pudiera causar.

La jurisprudencia nacional respecto del esquirolaje podría hacernos suponer que en la práctica empresarial diaria no ha existido necesidad de llegar a dichos extremos, o por otro lado, que la medida de huelga como instrumento de presión de los trabajadores peruanos no ha sido en realidad una alternativa importante que las organizaciones de trabajadores hayan utilizado. Sin embargo, estas presunciones no necesariamente son reales, pues el hecho que no abunden los pronunciamientos judiciales determinando la existencia o no de conductas de esquirolaje no significa que en la práctica las mismas no se vengán produciendo. Es más, de un tiempo podría decirse que dichas conductas han ido en crecimiento, y para ello serán de gran ayuda, por ejemplo, los pronunciamientos que en materia administrativa se vienen dando en el área de inspecciones. Por ultimo en mayo del año pasado ha salido una **Casación Previsional 3480-2014 en el que** la empresa inspeccionada **sustituyó a sus trabajadores huelguistas** por personal no comprendido en la medida de fuerza para cubrir las necesidades generadas por la ausencia de los primeros. Con ello, agrega, infringió el reglamento de la Ley general de inspección. Acto que además estuvo destinado a impedir el libre ejercicio del derecho de huelga.

CAPITULO I

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La práctica del esquirolaje ha sido desde hace muchos años un verdadero problema para quienes defendemos el derecho social, y su mejor aliada ha sido irónicamente el desarrollo de la norma laboral desarrollada y debatida por los legisladores.

Es así, que la lectura del presente trabajo usted apreciará algunas cuestiones debatibles relacionadas a que si existe en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición del esquirolaje interno y su sanción, y como los derechos constitucionales involucrados colisionan.

Con el presente trabajo se busca una visión más real y objetiva del esquirolaje interno como practica vulneratorio del derecho a la huelga; para tal fin se desarrolló su evolución histórica, el marco teórico, la legislación, la Jurisprudencia, el derecho comparado, dando las conclusiones y recomendaciones y finalmente se adjuntó un caso práctico, proyecto de sentencia y su análisis; que complementa a la doctrina desarrollada en el marco teórico propiamente dicho.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen del término **esquirol** para referirse a los '**rompehuelgas**' lo encontramos en la segunda mitad del siglo XIX. La población barcelonesa de **Manlleu** destacaba por la producción textil. Hasta 1855 los tejedores trabajaban por encargo de los fabricantes en sus propias casas y sin control de horario y/o producción fija. Fue en ese año en el que se construyó un edificio al que debían acudir a tejer durante un número determinado de horas al día, los trabajadores se negaron a acudir a tejer a la factoría, queriendo seguir trabajando desde sus casas; hecho que propició que el empresario acudiese a la población más cercana en busca de personal que quisiese ir a trabajar a la fábrica. La localidad se llamaba **L'Esquirol** (actualmente **Santa María de Corcó**). La noticia corrió rápidamente por toda la comarca, haciéndose público que '**Los esquirols**' (en catalán '**els esquirols**') estaban trabajando como reemplazo de los tejedores que se encontraban en huelga.

Desde aquel entonces, el término **esquirol** se ha popularizado y utilizado en todo el territorio español como sinónimo de rompehuelgas y para referirse a aquellos que acuden a su puesto de trabajo o reemplazan a otros en una jornada de huelga.

Por otro lado en el Perú la primera huelga se remonta al Virreinato y corresponde a los trabajadores que levantaban las murallas de la ciudad. Según comenta Basadre, esta huelga desarrollada en 1854, no se debió a la explotación del proletariado, sino a la resistencia que

impuso el artesano gremial por la importación de los artículos elaborados en el extranjero por el capitalismo. A comienzos del siglo XX los conflictos fueron en aumento. En 1904 se produjo una huelga portuaria, afectándose las actividades del Callao. A ello siguió en 1905 la huelga de tranviarios de Arequipa, de igual modo los trabajadores portuarios de Mollendo 1906 esta última se prolongó por más de un mes. Los empleadores utilizaron la práctica del esquirolaje por primera vez incluso a través de soldados del ejército. Este oleaje huelguístico va de la mano con los cambios económicos de este periodo que implicaron el encarecimiento de las subsistencias.

Si nos remontamos hasta 1919, encontraremos el proceso huelguístico más importante, a raíz de la pretensión por parte de la Federación Obrera en Lima de lograr la aplicación de las 8 horas como jornada laboral de manera generalizada, pretensión que es apoyada por los obreros textiles y que luego obtiene un apoyo general que produce la paralización de Lima los días 13, 14 y 15 de enero, ante lo cual el gobierno se vio obligado en implantar la jornada máxima legal con carácter general mediante Decreto Supremo de fecha 15 de enero de 1919. Posteriormente, podríamos mencionar los años sesenta donde aparecen nuevas fuerzas sindicales de posición radical, los bancarios, los mineros, construcción civil. En los años sesenta aparecen movimientos sociales de gran peso político en sectores públicos: maestros, salud, y la consolidación de la CGTP. La segunda fase del gobierno militar enfrenta una creciente inflación y una serie de paros nacionales, sobre todo el del 19 de julio de 1977, al que se le atribuye haber iniciado el retorno a la democracia.

Con estos antecedentes podemos entender que la huelga es un derecho imprescindible para el logro de otros derechos laborales y

sociales que pueden vincularse con las mejores condiciones dignas de trabajo para el trabajador, etc.

Asimismo debemos señalar que, en la actualidad se viene realizando investigaciones sobre el esquirolaje y sus colisión con el derecho a la huelga entre otros derechos laborales, así tenemos a Alfredo Villavicencio Ríos y Sergio Quiñones Infante (2015) en su Tesis Titulada “DERECHO DE HUELGA, ESQUIROLAJE E INSPECCIÓN LABORAL” nos dicen: “Al elaborarse una definición del esquirolaje, necesariamente tendrá que hacerse la diferenciación entre lo que se conoce como esquirolaje interno y esquirolaje externo. Así, García Ninet y García Viña, abordan el esquirolaje interno de la siguiente forma: “el supuesto más tratado respecto a la prohibición de la sustitución de trabajadores durante la huelga se refiere a la llamada sustitución interna o sustitución con aquellos trabajadores que, siendo de la plantilla en el momento del inicio de la huelga, deciden no secundarla; son los llamados no-huelguistas. Las cuestiones surgen respecto a la posibilidad que pudiera tener el empresario de aplicar algún tipo de movilidad en cuanto a los puestos de trabajo de estos trabajadores que permitiera suplir la inactividad producida por los trabajadores huelguistas”, es decir, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia empresa pero que no se han plegado a la huelga, para lo cual se les cambia el lugar de trabajo, el horario, etc., (esquirolaje interno).

Así también Sergio Leal López (España) en su investigación titulada “LA PROBLEMÁTICA DE LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTA” (2015), Nos dice que: El esquirolaje interno es aquél que consiste en sustituir a los trabajadores en huelga mediante otros trabajadores vinculados a la empresa en el momento de

la comunicación de la huelga. Esta sustitución no pretende garantizar el derecho de los no huelguistas a no sumarse a la huelga, sino que se emplea con la pretensión de aminorar los efectos que ésta produce. Esta definición es precisamente contraria a la redacción del ya referenciado artículo 6.5 RDLRT, por el que establece un ámbito de prohibición que incluye los trabajadores “que no estuviesen vinculados a la empresa”. Este ámbito es ampliado por el art. 8.10 TRLISOS al referirse a los “no vinculados al centro de trabajo”, incluyendo así en la consideración de infracción muy grave las sustituciones de trabajadores huelguistas mediante personal de otros centros de la misma empresa”.

2.2. ETIMOLOGÍA

Según el diccionario etimológico la palabra esquiroirol Manlleu es un ayuntamiento de Cataluña, España. Entre 1841 y 1848 se construyó ahí un canal industrial y a su alrededor pusieron un montón de fábricas textiles. En 1855, los obreros de estas fábricas se pusieron en huelga a los empresarios re-emplazaron a los huelguistas con trabajadores de un pueblo cercano, llamado **L’Esquirol**. **Esquirol en catalán quiere decir ardilla, y viene del latín sciurus, emparentado con el griego skiouros.**

2.3. DEFINICIÓN

Al elaborarse una definición del esquirolaje, necesariamente tendrá que hacerse la diferenciación entre lo que se conoce como esquirolaje interno y esquirolaje externo. Así, los autores como García Ninet y García Viña, abordan el esquirolaje interno como el supuesto más tratado respecto a la prohibición de la sustitución de trabajadores durante

la huelga se refiere a la llamada sustitución interna o sustitución con aquellos trabajadores que, siendo de la plantilla en el momento del inicio de la huelga, deciden no secundarla; son los llamados no huelguistas. Las cuestiones surgen respecto a la posibilidad que pudiera tener el empresario de aplicar algún tipo de movilidad en cuanto a los puestos de trabajo de estos trabajadores que permitiera suplir la inactividad producida por los trabajadores huelguistas, es decir, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia empresa pero que no se han plegado a la huelga, para lo cual se les cambia el lugar de trabajo, el horario, etc., (esquirolaje interno). Frente a este tipo de reacciones de empleadores para afrontar una huelga, tenemos otra modalidad de reemplazo de los trabajadores en huelga, esto es, a través de trabajadores externos o no vinculados a la empresa en el momento en que se comunica la huelga (esquirolaje externo). Como consecuencia de la utilización de nuevas tecnologías por parte del empresario, la doctrina ha añadido en tercera modalidad de esquirolaje, denominada esquirolaje tecnológico, consiste en la sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos.

El denominado reemplazo en la huelga, es decir, la posibilidad que el empleador sustituya a los trabajadores que se encuentran ejerciendo su derecho de huelga, es uno de los puntos esenciales que pueden ayudar a determinar cuál es la posición finalmente de una legislación: si es abiertamente protectora de los derechos colectivos, si no pretende incentivar sino todo lo contrario, limitar los derechos colectivos, o simplemente se trata de una legislación que prefiere minimizar estos derechos pero sin llegar a eliminarlos.

Los trabajadores que reemplazan a aquellos que ejercen su derecho de huelga son conocidos como esquiroleros o rompeshuegas, y se

sostiene que se trata de una institución muy excepcional del Derecho Comparado, por lo cual la Doctrina señala que es usual encontrar en los ordenamientos jurídicos la disposición de que la declaratoria de huelga conlleva la prohibición del empleador de celebrar nuevos contratos de trabajo. Hay que decir también que en el caso de la doctrina española, según Sampedro Corral señalan que la posibilidad de maniobrar es mayor, agregando que la sustitución de trabajadores que ya estuvieran vinculados no es un ataque frontal al derecho de huelga, sino una consecuencia del reconocimiento de la facultad de dirección del empleador y del derecho al trabajo de aquellos miembros de la plantilla que no quieren sumarse al conflicto colectivo, por lo cual, para Cavas Martínez, “lo único que le está vedado al empresario durante la huelga es la utilización abusiva o torticera de su *ius variandi*, si proyectado como medida antisindical para restar eficacia a la medida conflictiva”

Se puede decir que prácticamente en toda América Latina, las legislaciones prohíben este reemplazo, y podemos mencionar como ejemplos los siguientes: Colombia (art. 449º Código del Trabajo), Ecuador (art. 494º Código del Trabajo), México (art. 8º Ley Federal del Trabajo), Brasil (art. 7º de la Ley N° 7.783); igualmente en Europa, mencionando como ejemplo los siguientes: España (art. 6.5 DRLT 17/77), Francia (art. 124-2-3 Código del Trabajo), Portugal (art. 6º Ley de Huelga), de igual forma podemos mencionar en América del Norte a Canadá.

Pero si la regulación mundial en su mayoría rechaza esta práctica, ¿cuál resulta la explicación para ello?, pues resulta evidente concluir en que la práctica de reemplazo de trabajadores en huelga constituye una

lesión grave al contenido esencial del derecho de huelga, convirtiéndola en un derecho con la más mínima eficacia, haciéndolo inexistente.

2.4. BASES TEÓRICAS

En la presente investigación se tomó en cuenta diferentes definiciones autores y juristas conocedores del tema laboral en especial sobre el esquirolaje en nuestra legislación.

Para ello tomare en cuenta puntos importantes que ayudaran a la investigación; se abarcara el derecho del trabajo o laboral, asimismo se orientara el derecho a la huelga y el esquirolaje de forma especial, con el fin de hallar las deficiencias que presenta la mencionada norma, en busca de alternativas de solución a favor de las trabajadores.

2.4.1. Derecho del Trabajo.

Rendón Vásquez (2007) p. 10. Señala que el trabajo debe ser efectuado libremente por el trabajador y tener como finalidad para él la percepción de una remuneración u otro ingreso económico. No importa que esa actividad sea habitual o no, pues se supone que quien la realiza lo hace por la necesidad de obtener un ingreso. Ello mismo excluye del campo de aplicación del derecho del trabajo al trabajo recreativo y al prestado en forma voluntaria y sin pago como colaboración temporal de ayuda benévola.

Sin embargo, el objeto más importante de regulación jurídica del Derecho al Trabajo, por su magnitud y significación económica, sigue siendo el trabajo asalariado, como forma de la relación laboral capitalista. El marco legal de esta actividad es el *contrato de trabajo*, el cual puede

ser definido, por una parte, como el acuerdo por el cual una persona se compromete a prestar servicios en relación de dependencia para otra por una remuneración; y, por otra, como la ejecución de este contrato mediante la prestación de trabajo y el pago de las remuneración.

Arévalo Vela (2012) p. 11 y 12. Establecido ya que clase de trabajo es que regula el Derecho de Trabajo, resulta necesario establecer una definición académicamente aceptable de dicha disciplina jurídica, para lo cual creemos conveniente establecer como válidas algunas proposiciones, obtenidas deductivamente de la revisión de la doctrina más autorizada: ***a) derecho, es un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida del hombre en sociedad; b) el trabajo, es una actividad productiva prestada por cuenta ajena en forma personal y subordinada a cambio de un ingreso económico; c) la protección del derecho del trabajador debe ser la finalidad de las normas jurídicas laborales.***

Partiendo de las premisas indicadas en el párrafo anterior podemos construir la siguiente definición “el derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que, con la finalidad de proteger los derechos del trabajador, regulan la prestación del trabajo humano productivo, efectuada por cuenta ajena en forma dependiente, subordinada y remunerada.

La definición anterior no implica aceptar que otras formas de trabajo humano no sean reconocidas por el derecho, como es el caso del trabajo independiente, el trabajo comunal, el trabajo voluntario; etc; sino que dichas formas de trabajo no se encuentran dentro del ámbito del Derecho del Trabajo.

2.4.2. El Derecho a la Huelga.

En principio, para hablar de un Derecho de Huelga tenemos que partir de la institucionalización del Sindicato, el cual parte históricamente del reconocimiento del derecho a la Asociación, éste último no hubiera podido ser posible sin la lucha por el Derecho al Sufragio, que precisamente se conquistó en Francia en la revolución de 1848 justamente para corregir y eliminar toda situación de injusticia social mediante las asociaciones de trabajadores quienes a producto de dichas conquistas obtuvieron derecho a participar en los comicios electorales y permitió el acceso a la participación política de las masas de trabajadores, el cual para el autor la lucha por este derecho que se llegó finalmente a revestírsele de relevancia jurídica en beneficio de los obreros es base para que años más tarde se reconozca constitucionalmente la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga; donde una de las manifestaciones del ejercicio de la libertad sindical se plasma en la creación de los sindicatos y con ellos los acuerdos para auto tutelarse y ejercer el derecho a la huelga. El reconocimiento de la huelga como un derecho y más aún como un derecho fundamental adscrito a las cartas constitucionales de todos los países de régimen democrático y social es producto del extendido proceso histórico social el cual tiene punto de partida en la revolución industrial y a las primeras manifestaciones colectivas de trabajadores para humanizar las condiciones en el que ejercían sus labores cotidianas; en aquella época era común el Gobierno de los Estados bajo el régimen del liberalismo, aquellos fueron los primeros en vivir y escuchar las voces estruendosas de los obreros que clamaban por justicia social, ante ello la primera respuesta fue la represión e incluso más adelante habiéndose tipificado como delito. Respuesta del derecho penal de aquel entonces que hoy en día es inadmisibles de plano. En ese

sentido, la doctrina periodifica la relación entre la huelga y el derecho en tres grandes etapas: i) La Etapa de la Prohibición o Huelga-Delito, en la que la huelga era considerada como delito y sancionada como tal; ii) La Etapa de la Tolerancia o Huelga-Libertad, llamada también Huelga-Ruptura, en la cual la huelga deja de ser un delito, pero se considera un incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, que acarrea la ruptura de la relación laboral; y iii) La Etapa de la Huelga-Derecho, en la que se admite que la huelga es un método legítimo de presión cuyo efecto consiste en la suspensión de la relación laboral, razón por la cual ella subsiste y se reanuda después de la huelga. Es esta última etapa que subsiste hasta hoy en día en virtud del acogimiento de dicho derecho en el catálogo de derechos consagrados constitucionalmente en los Estados Democráticos y Sociales de Derecho.

Boza Pro, tratando jurídicamente al Derecho de Huelga como derecho humano de aplicación inmediata, menciona que merece la pena rescatar el reconocimiento que hace TC como derecho humano. Y si bien no se trata de un derecho absoluto, como también enfatiza el propio TC, y se requiere el desarrollo legislativo a fin de hacerlo compatible con el ejercicio de otros derechos. Esta concepción del derecho de huelga nos sugiere, al menos, dos reflexiones: **la primera, la posibilidad de aplicar el principio *pro persona (pro homine)*, como método particular de interpretación de todo derecho humano**, además de su interpretación conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitorio de la Constitución y del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. No obstante, la puesta en práctica de estas disposiciones al derecho de huelga podría resultar más aparente que real. Agrega además dicho autor que debe tenerse presente que, salvo la referencia genérica al derecho de huelga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales de la ONU (artículo 8.1.d) y en el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.b), no existen tratados específicos, incluso convenios internacionales de trabajo, o jurisprudencia de tribunales internacionales que desarrollen el derecho de huelga. Como se ha visto, **la huelga es una manifestación esencial de la Libertad Sindical** y su reconocimiento está implícito en la normativa internacional del trabajo (Convenio 87, artículo 3.1.). Y si bien su desarrollo se ha plasmado a partir de reiterados pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, así como la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ninguno de estos dos órganos de control del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo gozan de carácter vinculante. De ahí que cobre importancia la aplicación del principio *pro persona*, plenamente arraigado en la normativa y jurisprudencia internacional, y según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezcan a estos. En ese sentido, respecto al tema central de mi trabajo, nos conlleva a decir que también es perfectamente aplicable este principio en beneficio de los trabajadores huelguistas en caso de que se presente la figura del esquirolaje interno. **La segunda** consideración apunta a la necesaria delimitación del marco constitucional del derecho de huelga. Si bien compartimos con el TC que el ejercicio de este derecho no está supeditado a su desarrollo normativo, lo que hace de este derecho uno de aplicación inmediata, resulta cuando menos conveniente que la jurisprudencia del Alto Tribunal establezca con claridad ciertos lineamientos que permitan identificar la clase de derecho reconocido en la Constitución. Mayor razón existe para ello si, como ocurre en nuestra normativa infra constitucional que desarrolla este derecho (...) ha sido calificada de restrictiva y ha merecido numerosas

observaciones por parte de los órganos de control de la OIT, y que a la fecha no han sido levantadas del todo. El TC ha omitido pronunciarse sobre diversos aspectos del derecho de huelga y aunque con anterioridad ha fijado su posición sobre determinados aspectos de este derecho, no lo ha hecho con la claridad y el rigor deseado.

Giugni Gino (1983) Nos señala que es necesario poner en contraste entre el Estado Social contemporáneo y el Estado Liberal respecto al principio de igualdad, pues mientras el último de estos se limita a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, el Estado Social propugna la igualdad sustancial, asumiendo una posición polémica sobre el modelo de ajuste de las relaciones sociales y económicas y comprometiéndose a su transformación. En este contexto, el Estado Social promueve nuevos instrumentos jurídicos aptos para remover la desigualdad social efectiva, como aquella que caracteriza la posición del trabajador respecto del empleador. **La huelga es, por consiguiente, uno de los instrumentos jurídicos, y representa “un medio para el desarrollo de la personalidad humana del trabajador, y para la promoción de la efectiva participación de los trabajadores en la transformación de las relaciones económico – sociales en las que ellos mismos intervienen.** (*Sombreado nuestro*). Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC 0008-2005-PI/TC, fj 22, fundamento 40), refiriéndose al Derecho de Huelga, sostiene que consiste en la **suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores.** La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, **exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica,** sin violencia sobre las personas o bienes y con abandono del centro de trabajo. Por ende, **el huelguista**

será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio. Por huelga entonces debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley (...) la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales (...) **debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos** (...) El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible. *(Sombreado Nuestro)*.

A forma de Conclusión, concuerdo con el concepto del Derecho de Huelga que alcanza el profesor Palomeque Lopez Manuel (2013), quien dice que: **la huelga es una medida de conflicto colectivo, es la medida básica del conflicto colectivo de lado de los trabajadores, es una medida que favorece a una parte. El ordenamiento jurídico del Estado Social y Democrático de derecho lo considera como un derecho subjetivo tutelado constitucionalmente, como un bien, como un valor objetivo; la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales (...) la huelga es una medida de daño (...) pero no puede producir más daño del necesario, tiene que ser un daño proporcional (...) La huelga es una medida de conflicto que presupone un conflicto colectivo previo (...).***(Sombreado nuestro)*.

2.4.3. ¿Derecho constitucional del trabajador o del Sindicato?

Esta pregunta responde respecto a la titularidad del Derecho de Huelga, pues algunos autores consideran que es el mismo Sindicato dada la dimensión colectiva de la huelga el titular de este derecho puesto que su ejercicio es previamente acordado por la mayoría de los trabajadores sindicalizados, por otro lado, otros autores sostienen que son cada uno de los trabajadores de forma individual titulares del Derecho de Huelga puesto que sin su consentimiento en el voto por llevarse a cabo esta medida de auto tutela. El Tribunal Constitucional Español (STC TC pleno 11/1981) se ha pronunciado al respecto sosteniendo que: *“El derecho de huelga al ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y; finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.* Por otra parte nuestro Tribunal Constitucional (STC N° 008 – 2005-PI/TC fj. 41), ha sido más escueto al sostener que: *“(…) de conformidad con lo establecido en los artículos 72° y 73° del Texto Único Ordenado de la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...) su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina*

la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical". Es por ello que en el presente trabajo tomo posición por la titularidad del ejercicio de huelga a los trabajadores como derecho individual y que la concurrencia de voluntades de la mayoría de los trabajadores hace posible su ejercicio colectivo.

2.4.4. La huelga como derecho constitucional, su regulación en la ley especial.

El derecho de Huelga está reconocido expresamente como parte de los derechos colectivos laborales constitucionales en la Constitución del 93 exactamente en su artículo 28° el cual menciona que: **"El Estado reconoce los derechos de** Sindicación, Negociación Colectiva y **Huelga. Cautela su ejercicio democrático. (...) 3. Regula el Derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones"**. Como podemos apreciar, la formula normativa de la huelga inmersa en la constitución del 93 nos permite inferir que el estado cautela el ejercicio democrático de dicho derecho laboral colectivo constitucional, a consideración, cuando se refiere a que el estado cautela o procura su **"ejercicio democrático"** este procedimiento se instala en el deber del estado en regularlo mediante las leyes especiales **en armonía con el interés social**, otorgándosele a los trabajadores en expresar su posición afirmativa o negativa para ejercer el **derecho de huelga**, manifestación clara del referido "ejercicio democrático"; sin embargo, **el ejercicio democrático de éste derecho no solo repercute a los trabajadores sindicalistas (ejercicio efectivo del derecho de huelga) y al empresario (ejercicio efectivo de la Libertad de Empresa), sino también a los no sindicalizados (Libertad de Trabajo) y a otras empresas relacionadas contractualmente con**

el empresario quienes por el incumplimiento obligacional estarían facultadas para accionar por responsabilidad civil contractual con lo cual genera otro perjuicio económico al empresario. (STC N° 2211-2009-PA/TC, fundamento 12 y 13) se dice que, *a través del derecho a la huelga, los trabajadores se encuentran facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales. La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores, y se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador. (...) No obstante lo señalado anteriormente, debemos precisar que el derecho a la huelga no es absoluto y su ejercicio puede ser limitado por la ley, a fin de que dicho derecho se ejerza en armonía con el interés público, en la medida en que “la huelga no es derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.*

2.4.5. El esquirolaje en nuestro ordenamiento jurídico y los derechos constitucionales en los que repercute.

a) La fórmula jurídica del esquirolaje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

La norma infra constitucional contenida en el artículo 70° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en adelante RLRCT el cual prescribe lo siguiente: *“Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y de forma establecidos por la ley, **todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito,***

deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78° de la ley, al personal de dirección y de confianza, (...), así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio”. Ello, en concordancia con el artículo 78° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en adelante LRCT que ad litteram señala que: *“Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, a la seguridad o a la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga”*. Debe tenerse en cuenta que el artículo 70° del RLRCT señala claramente que: *“Cuando la huelga sea declarada, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar (...)”*, en ese sentido, se infiere que a pesar de que los no huelguistas, no han intervenido ni han estado de acuerdo con lo convenido en el sindicato, respecto a la huelga, tienen que abstenerse de trabajar, lo que sin duda vulnera el derecho al trabajo de aquellos que no desean acatar la huelga.

Como se aprecia de las normas citadas, se infiere que literalmente al empleador o empresario se le prohíbe taxativamente la contratación de personal que sustituyan a los huelguistas para que realicen sus labores, excluyéndose de la aplicación de esta norma prohibitiva a los trabajadores de dirección y confianza; además del personal indispensable para la continuidad de los servicios públicos esenciales y aquellas labores indispensables de la empresa cuya paralización represente un peligro a las personas, a la seguridad o a la conservación

de los bienes o impida la subsistencia de la empresa en la economía de mercado y seguir siendo el ente generador de riqueza que beneficie al empleador y ser fuente de trabajo para los trabajadores. Cuando la huelga comprende un servicio público esencial (Artículo 83° de la LRCT), o tratándose de actividades que, dentro de una empresa común, no deben sufrir interrupción, es obligación del colectivo de los trabajadores proveer personal para que los realice y deber de éste cumplirlos. Para el autor Pasco Cosmopolis Mario (1996) considera que la omisión trae consecuencias colectivas e individuales: en lo primero, la huelga es declarada ilegal por aplicación de inciso d) del artículo 84° de la LRCT, en lo segundo, constituye una infracción típica, contemplada en el segundo párrafo del artículo 82° de la LRCT: *“Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley”*. (...). No se trata aquí de la simple ausencia cuya reiteración la convierte en abandono de trabajo, sino de una falta típica, de naturaleza diferente. Para su comisión no se exige la repetición ni la acumulación; actúa por sí sola y desde el primer día de injustificado incumplimiento.

Inspeccionada la empresa por la autoridad de trabajo y verificado el incumplimiento de estas disposiciones de carácter prohibitivo trae como consecuencia que dicha autoridad imponga a la empresa una sanción pecuniaria como medida correctora contenida en el inciso 9) del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo en adelante (RLGIT) que lo consideraría como infracción muy grave en materia de relaciones laborales por ser limitativo del ejercicio del derecho de huelga a lo que el artículo 39° de la Ley General de Inspección de Trabajo sanciona dicho accionar con una multa máxima de veinte unidades impositivas tributarias.

Profundizando el análisis del artículo 70° de la LRCT, se vislumbra que existe una limitación al derecho fundamental de **libertad de trabajo** (*numeral 15 del artículo 2° de la Constitución en concordancia con el primer párrafo de su artículo 59°*), en perjuicio de los trabajadores que no acatan la huelga, también existe una limitación referente al ejercicio del derecho de **libertad de contratar** del empresario (*numeral 14 del artículo 2° de la Constitución en concordancia con el primer párrafo de su artículo 59° referente a la libertad de empresa*), prohibiéndose expresamente el esquirolaje externo encontrando una limitación de los efectos de la huelga respecto al mantenimiento de los servicios públicos esenciales en beneficio de los usuarios y consumidores dentro del territorio nacional. El Comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias. Veamos lo que implican el ejercicio de los derechos referidos.

b) El Derecho Constitucional a la Libertad Organizacional contenido en el Derecho de Libertad de Empresa vs. El ejercicio pleno del Derecho Constitucional a la Huelga, ¿Afecta la Libertad de Trabajo de los No Huelguistas?

b.1 El Derecho a la Libertad de Empresa, como derecho constitucional de toda persona.

Los derechos constitucionales del empresario tienen su origen en lo que fue la Revolución Francesa, eliminando todo vestigio del antiguo régimen monárquico por uno Liberal, así como toda traba

jurídica y administrativa que impedían y/o retardaban el desarrollo de un mercado en libertad y en igualdad de condiciones. Es entonces en que se instaló a partir de ese momento y en otros países el modelo de Estado Liberal, teniendo como uno de sus bases el trabajo industrializado, trabajo que precisamente se originaba mediante contratos civiles en igualdad de condiciones sin intervención estatal pues los derechos a la igualdad, libertad y propiedad tenían relevancia constitucional suprema y regían para empresario y trabajadores como tal, sin diferenciación alguna.

Con el pasar de los años, y los derechos obtenidos gracias a la lucha de los trabajadores por conseguir una verdadera justicia social, se adhirió a la economía de mercado un contenido social (Artículo 43° de la Constitución), el cual actualmente lo conocemos como: *Economía social de mercado* (Artículo 58° de la Constitución). En ese sentido es oportuno mencionar los derechos constitucionales que tiene el empleador en el régimen económico establecido por la Constitución del 93, sin perjuicio de los demás derechos inherentes a la persona los cuales son considerados como derechos fundamentales y que no son excluyentes a quienes posean la característica ya sea de empresario u otra persona que esté en mejor condición en la relación jurídico laboral; estos derechos constitucionales del empleador están establecidos en el Capítulo I del Título III de la Constitución, y se pueden resumir en los siguientes derechos: *Derecho a la libertad de iniciativa privada, derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, derecho a la libertad de trabajo; libertad de contratar;* derechos que tienen una limitación prohibitiva establecida en el segundo párrafo del artículo 59°, extensiva en el caso del derecho a la libertad de iniciativa privada; asimismo, *el derecho a la igualdad de trato entre las empresas*

extranjeras y nacionales y por último, el derecho del empresario a ser competitivo en beneficio del consumidor. Algunos se preguntarán; pero ¿Qué tiene que ver este último derecho y en que artículo de la Constitución tiene asidero legal?, pues sostiene que este derecho puede estar inmerso en el artículo 3° más la aplicación de una interpretación hermenéutica de todo el Título III y la naturaleza jurídica de la Carta Constitucional; por tanto se llega a cerrar el círculo de la economía social de mercado con el fin que tiene toda empresa, y esta es ser competitiva tanto para la obtención de utilidades lo que significa que se crea riqueza en beneficio del propio empresario y la de sus trabajadores para la satisfacción de los reclamos económicos de estos.

Para entender cómo se compatibiliza el estado social (Artículo 43° de la Constitución), con la economía social de mercado (Artículo 58° de la Constitución), La jurisprudencia del tribunal constitucional (STC1941 -2002-PA/TC, cuarto párrafo, fundamento 12 y primer párrafo del fundamento 16), indica que ambos tienen por finalidad el bien común de la sociedad: *en materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...) es necesario establecer un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común (...) La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta*

imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles.

Para Blancas Bustamante (2011), considera que la economía social de mercado se diferencia al mismo tiempo del sistema capitalista y socialista. Con el primero tiene dos principios en común, los cuales a su vez, lo diferencian de la economía socialista: i) El individualismo que afirma la libertad del hombre y comprende el derecho de propiedad, y ii) La competencia como principio rector. Pero, también, tiene dos diferencias pues i) Organiza el mercado de manera consciente bajo un sistema de reglas e instituciones, sin desconocer la libertad de las decisiones económicas, y ii) Reconocer los objetivos sociales en el mismo nivel que los objetivos económicos de eficiencia, y promueve la activa participación de los trabajadores en las empresas de cierta magnitud. Para estos autores, la noción de economía social de mercado es un concepto sincrético que comprende tres elementos: **el derecho a la libre iniciativa, eficiencia económica y la justicia social**. Consideran, asimismo, que dicha noción no tiene un contenido definido y preciso que, más bien, se trata de una cláusula abierta que expresa que la economía debe regirse por las reglas del mercado, pero que también el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir, para posibilitar los derechos de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica, promover un sistema competitivo y sancionar los abusos de las

prácticas restrictivas, para beneficio de los consumidores, los agentes económicos y el propio sistema. (*Sombreado nuestro*).

b.1.1 Tratamiento normativo constitucional del derecho a la Libertad Organizacional contenido en el Derecho de Libertad de Empresa.

Rubio Correa (1999) sostiene que la Libertad de Empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley, la Empresa es una entidad que toma decisiones libremente, sin ofender al Derecho. Es una libertad específica porque la vida empresarial (aún la de la empresa individual) tiene características, requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones socio – empresa; socios entre sí; empresas con otras empresas. En lo que se refiere a los derechos que lo componen, según el autor Juan Asenjo (1984) sostiene que la Libertad de Empresa contiene tres sub libertades que son los siguientes: “(...) **Libertad de inversión, Libertad de Organización y Libertad de Contratación**” (*Sombreado nuestro*).

Por su parte el Tribunal Constitucional (STC 0008-2003-AI/TC, fj 26; STC 5005-2006-AA/TC, fundamento 3 y STC 2816-2009-PA/TC, fundamento 18), ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza y esquema constitucional de esta Libertad, sosteniendo que: “La Libertad de Empresa, consagrado por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de consumidores y usuarios”, asimismo. Ha señalado cuatro tipos de Libertades inmersas en

el Derecho de Libertad de Empresa, estos son: **La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la Libertad de organización, la Libertad de Competencia y la Libertad para cesar las actividades de la Empresa.** (*Sombreado nuestro*), donde es de agregar que en lo referente a la Libertad de organización se incluye a la *contratación de personal*, teniendo como límite la función social de aquellas libertades económicas la cual está contenida expresamente en el artículo 59º de la Carta Constitucional. La (STC 8152-2006-PA/TC, fj. 63) si bien es cierto que los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado (...), ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora. Entendiéndose que dichas funciones tienen como objetivo el desarrollo del país, precisa el Tribunal Constitucional en su STC 0008-2003-AI/TC, fj 9 sobre las características de estas función reguladora: a) El Estado puede formular indicaciones, siempre que estas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

Ahora, en referencia específica al derecho de Libertad de Organización, contenida en el Derecho a la Libertad de Empresa, puede indicarse con justa razonabilidad que en ella comprende los poderes conferidos por la legislación especial laboral y los tratados por la doctrina especializada, como es el caso del Poder de Fiscalización, Poder Sancionador, Potestad Premial, Poder de Dirección y su manifestación mediante el *ius variandi*; temas que son importantes tratarlos en este

trabajo para lograr el objetivo y que especialmente se tratará de estos dos últimos.

b.1.2 El Poder de Dirección y el *ius variandi* como instrumentos esenciales para el ejercicio pleno de la Libertad de Empresa.

Es de conocimiento generalizado para el mundo jurídico que para que se ejerza el Poder de Dirección y las demás facultades del empleador hacia el trabajador tiene que existir previamente una relación jurídica laboral entre ambos sujetos, relación que está compuesta por la prestación de servicios, la remuneración y el principal elemento que caracteriza dicha relación: la subordinación. En ese sentido, la legislación infra constitucional TUO del DL 728, Aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR el 27 de Marzo de 1997 desarrolla, en el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Poder de Dirección y el *ius variandi*, los cuales regularán la actividad laboral del trabajador entendiéndose esta circunstancia como el ejercicio válido y genérico del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa, así tenemos el citado artículo literalmente dice: “*Por la **subordinación**, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su **empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (Sombreado nuestro)***”. Como es de verse, en la parte sombreada,

tenemos explícitamente inmerso al Poder de Dirección, el cual puede manifestarse principalmente con la elaboración de un Reglamento Interno de Trabajo o la práctica habitual en el tiempo llamada costumbre, siendo ambos fuente de derecho del trabajo que bien podría crear un precepto normativo interno ante el vacío de la norma general y regularla ante su ambigüedad, encontrando limitaciones propias en las leyes, convenios individuales o colectivos o por la costumbre propiamente dicha.

Para los autores Cortes Carcelen Juan y Pizarro Diaz Monica (2009): Volviendo al poder de dirección, éste permite determinar la forma y condiciones en la que los servicios que contrata le serán prestados. En ese sentido, conceptualizaremos la manifestación más resaltante del poder de dirección, nos estamos refiriendo al *ius variandi*; a quien para Alonso Olea (1995) consiste en la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador. Por último, en cuanto al ejercicio razonable del *ius variandi*, De Ferrari (1977) sostiene que la posición doctrinal más acertada afirma **es aquella que admite que el empleador tiene la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de la prestación de servicio, siempre que no se trate de cambios radicales y de carácter definitivo del régimen contractual, y cuando dicho cambio no cause al trabajador un daño material inmediato o futuro, ya sea de carácter pecuniario o simplemente profesional (...)** el *ius variandi* tiene que ver únicamente con las pequeñas modificaciones **impuestas generalmente por necesidades imprevistas derivadas,**

unas veces de las personas de los contratantes, otras de la comunidad de trabajo y otras del mercado al que está vinculado el contrato, y que cambios de esta clase deben ser aceptados cuando no causan un perjuicio material ni existe un motivo fundado de oposición a los mismos. (*Sombreado nuestro*). Blancas Bustamante recurre a la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre las necesidades que derivan del carácter dinámico de las relaciones laborales y los derechos del trabajador; así, citando a De Ferrari, señala a que **se delimite el ámbito de actuación del *ius variandi* entendiéndose que esta facultad que se reconoce al empresario, para la mejor organización y funcionamiento de la empresa,** tiene que ver con los aspectos secundarios de la relación y es generalmente lícita cuando **se ejerce para crear situaciones momentáneas o transitorias impuestas por las necesidades de la empresa.** (*Sombreado nuestro*).

Por tanto, podemos inferir que existe una razonable y estrecha relación entre el derecho constitucional de la Libertad de Organización el cual está contenido en el Derecho de Libertad de Empresa y el *ius variandi* como manifestación del Poder de Dirección del Empresario, los cuales son ejercidos en la economía social de mercado en el que vivimos en nuestro país y que está acorde al orden constitucional instaurado con la Constitución del 93. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, el ejercicio de esta potestad y/o facultad en los trabajadores no huelguistas puede entorpecer los efectos naturales y proporcionales del derecho de los huelguistas en el escenario siguiente: La orden de ejercer las funciones que dejan de realizar los huelguistas, punto que será desarrollado más adelante.

2.4.6 Análisis Del Contexto Jurídico Administrativo Y Constitucional Respecto Del Esquirolaje Interno En Nuestra Legislación.

a) Alcances de la prohibición de contratar a personal que reemplace a los huelguistas en el ordenamiento jurídico y el ámbito de protección al trabajador no huelguista.

Habiéndose ya tratado la fórmula del artículo 70 del RLRCT y la fórmula del artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Laboral en el capítulo primero, es innegable la literalidad en que se prohíba la contratación de personal externo para suplir a los huelguistas y su sanción administrativa impuesta por la autoridad de trabajo; en ese sentido, así nos preguntamos, ¿Cuáles son los alcances de aquellas prohibiciones y qué derechos constitucionales se limitan en perjuicio tanto del empresario como del trabajador no huelguista?, para ello necesitamos previamente ver en qué facultades del empresario incide la eficacia del ejercicio del derecho de huelga y de qué manera incide en las libertades empresariales; asimismo de qué manera esta norma prohibitiva alcanza al derecho del trabajador no huelguista.

Iniciando el análisis, nos enfocaremos primero en el artículo 70^o de la RLRTC y para ello nos remitiremos a lo estudiado por la doctrina española a su legislación, específicamente a la prohibición de la contratación de terceros para que realicen las labores de los huelguistas o también llamado esquirolaje externo. Así, Monereo Pérez (2008) sostiene que el ejercicio de derecho de huelga incide sobre los poderes empresariales. Comporta **la limitación en general del haz de facultades que el poder de dirección** comprende, en aras de garantizar el necesario perjuicio al empresario que se considera condición de

eficacia de la medida de presión. Uno de los límites más significativos viene constituido por la prohibición de esquirolaje externo, que **supone una derogación directa de una regla típica en los casos de suspensión del contrato de trabajo que permiten la sustitución del trabajador a través del contrato de interinidad. Tampoco puede el empresario celebrar un contrato con una ETT** (En el ordenamiento jurídico español Siglas de Empresa de Trabajo Temporal: ETT) **para sustituir a sus trabajadores en huelga (...)**. Monereo Perez (2008) nos dice que ello supone un recorte notable en las libertades empresariales, como respuesta del ordenamiento a una grave violación de la libertad sindical. Asimismo, el mismo autor refiriéndose al esquirolaje interno sostiene que **el empleador** en situación de huelga legal **no puede servirse de sus poderes empresariales organizativos con objeto de limitar o impedir el ejercicio de derecho de huelga** (el llamado esquirolaje interno). Tomando como referencia al Tribunal Constitucional Español, se ha declarado que la preeminencia del derecho de huelga «produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y debe desplegar toda su capacidad potencial» (STCo 123/1992) (Sombreado nuestro). Como se puede apreciar, el citado autor sintetiza exactamente lo que implica la práctica prohibida del esquirolaje, ya sea interno o externo, el cual podría vulnerar el derecho de libertad sindical y por consiguiente el derecho al ejercicio efectivo de la huelga como medida de presión al empleador, deduciéndose una colisión de derechos constitucionales involucrados, siendo estos entre el legítimo ejercicio del derecho de **libertad de empresa** (libertad de contratar, libertad de organización) y **la libertad de trabajo** del empleador *versus* el ejercicio legítimo del **derecho de huelga** o en su acepción más amplia a la **libertad sindical**.

Analizado la **libertad de empresa**, podemos determinar que la limitación de este derecho constitucional es notoria pues obliga al empleador a que de ninguna manera se contrate personal para suplir en las funciones que desempeñan los huelguistas ni movilizar a los no huelguistas en los puestos de los trabajadores huelguistas con el fin de restar eficacia a los efectos jurídicos y económicos de la huelga.

Sin embargo, limitar el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de trabajo del no huelguista significaría dejar de percibir mayor riqueza para una mejor calidad de vida para su familia puesto que si bien se cubre en cierta forma el ejercicio laboral de los huelguistas, se les limita a percibir más de dinero por un trabajo que pueden realizar sin afectar el derecho a la ocupación efectiva. Además, ello conllevaría también a la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los no huelguistas contenido en el inciso 1 del artículo 2º de la carta constitucional e implícitamente en su artículo 3º.

Remitiéndonos a la doctrina española respecto al tema que desarrollamos, el profesor Palomeque López (2005) sostiene que: Se respetará la "**libertad de trabajo**" (no es el derecho «al trabajo» a que se refiere el artículo 35.1 CE) de aquellos trabajadores «que no quisieran sumarse a la huelga» (art- 6.4 DLRT). En tanto dure la huelga, «el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma», salvo caso de incumplimiento de las obligaciones de garantía de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas (art. 6.5 DLRT). No podrá, por lo tanto, contratar esquirolas, esto es, trabajadores que se prestan a realizar el trabajo abandonado por los huelguistas, de modo que los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en «la sustitución de los

trabajadores en huelga por otros no vinculados al dentro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvos los casos justificados por el ordenamiento» (...) de este modo, **la libertad de contratación del empresario resulta contraria al artículo 28.2 CE “de utilizarse como instrumento para privar de efectividad a la huelga mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo” (STC 66/2002).** Sustento que comparto en lo absoluto.

Precisando dichos alcances respecto al esquirolaje externo, el mismo autor sostiene también que el objeto de la interdicción legal (que alcanza también a los trabajadores temporales en huelga cuyos contratos hayan concluido durante la realización de la misma) es, ciertamente la denominada sustitución externa de trabajadores en caso de huelga, esto es, la contratación de trabajadores no vinculados jurídicamente a la empresa antes de la huelga (art. 6.5 DLRT), ni siquiera pertenecientes a distinto centro de trabajo de la propia empresa.

En lo que respecta a mi tema Esquirolaje Interno, citaremos una de las tantas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Español, STC 123/1992, el mismo que es tratado por el Profesor Palomeque Lopez (2005) quien sostiene que la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa que no secundan la huelga y aceptan cubrir los puestos de trabajo de aquellos que tienen puestos de trabajo de inferior categoría. La sustitución interna de trabajadores en caso de huelga (trabajadores de la propia empresa cuya prestación es objeto de una novación contractual al amparo del ius variandi empresarial o, en otro caso, en virtud del acuerdo), permitida por tanto como regla general, puede sin embargo resultar abusiva desde el

momento en que el poder de dirección de empresario «se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo» (STC 123/1992, relativa a un supuesto de sustitución de trabajadores directamente afectos a las labores de producción por directores y administrativos de la empresa). Resulta de todo ello, en fin, un margen efectivo constitucionalmente muy reducido, sino inexistente en la práctica, para la sustitución interna de trabajadores en caso de huelga. Para un mejor entendimiento de las razones por las cuales la sentencia antes citada se declaró fundada, responde al siguiente escenario: Resulta que en la Compañía envasadora Loreto, los trabajadores fijos discontinuos acordaron a una huelga en donde los trabajadores fijos continuos no la acataron en la fecha programada, hecho que hasta ahí no hubo algún problema, sin embargo este llegó cuando el empleador aplica el artículo 26° de un convenio colectivo vigente el cual facultaba al empresario a destinar a los trabajadores fijos todas las actividades de la empresa, incluso las inferiores a su categoría en el supuesto caso en que la actividad productiva de otros trabajadores esté saturada y no en el de huelga, señalándose además que otra interpretación ampliadora del texto supondría una prestación básica del contrato en peores condiciones que las recogidas en la ley; en ese sentido, los no huelguistas asumen y toman como propias las funciones laborales de los huelguistas de categoría inferior. El Tribunal Constitucional Español analiza el tema en controversia y señala inicialmente que el derecho de huelga está consagrado en la carta constitucional, refiriéndose a aquel derecho como la paralización total o parcial del proceso productivo convirtiéndose así en un instrumento de presión respecto de la empresa para equilibrar en situaciones límite las

fuerzas en oposición cuya desigualdad es notoria, señalando además que la finalidad última de esta arma, o sea el ejercicio del derecho de huelga, se pone en manos de la clase trabajadora para el mejoramiento de la defensa de sus intereses. Asimismo, sujeto entre una interpretación literal y otra finalista de las normas respecto a la libertad de empresa y la protección del trabajador acogidos en el umbral de la Constitución que califica como “Social” al estado de derecho en ella diseñado y sitúa a la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman; continuando relatando y analizando resumidamente los fundamentos esgrimidos por el TC Español, considera ambiguo el riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación a contrario “contrario sensu”, desde la perspectiva de la libertad, uno de los principios rectores dice que lo no prohibido expresamente en la ley ha de considerarse permitido; pues si la norma legal prohíbe el esquirolaje externo, entonces, a contrario sensu ¿El Esquirolaje interno está permitido?. Por otra parte el TC Español cita el artículo 23.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual permite al empleador destinar a cualquier trabajador para realizar tareas correspondientes a categoría inferior a la suya, recurriendo para ello a la movilidad interna de personal, unas veces vertical y otra horizontal, bien que por necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva y por el tiempo imprescindible. Situación que hace que en ese contexto se enmarque en circunstancias excepcionales incluso como medidas de emergencia pero siempre en el contexto del desarrollo pacífico de la empresa; por tanto, proceder a aplicar el analizado artículo 23.4 del ET resultaría disfuncional en el escenario del desarrollo de una huelga de trabajadores, lo que constituiría en sí un abuso del derecho. En tal sentido, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga determina su vulneración en su esfera constitucional, así, la función tuitiva del derecho

del trabajo hace que el derecho a la igualdad sea real y efectivo. La libertad de trabajo de los no huelguistas debe mantenerse en el panorama diáfano de la protección constitucional que acoge la constitución puesto que como ya se dijo anteriormente, el ejercicio de las libertades que consagra la constitución deben ser concordadas con el Estado Social y Democrático de derecho que consagra el artículo 43º de la nuestra Constitución. A modo comparativo con lo que sucede en España, la colisión de derechos constitucionales de los actores, teniendo como eje a la práctica del esquirolaje interno, es tratado por el autor Sala Franco (2003), quien sostiene que: el conflicto se presenta, así, entre el interés de los trabajadores huelguistas a que la huelga sea mínimamente eficaz. No hay duda de que una tal actuación empresarial atenta a la propia lógica de la huelga consistente en la producción de un daño con la finalidad de presionar para la satisfacción de los propios intereses, el interés del empresario a defenderse de la huelga con los medios no prohibidos por la ley en orden a una reorganización productiva y, finalmente, el interés de los trabajadores no huelguistas a que se respete su libertad de trabajo, según el Tribunal Constitucional Español, la huelga no es un deber sino un derecho (*“existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguista de los trabajadores no huelguistas”*: STC de 8 de abril de 1981. Fundamento jurídico nº10) y esta libertad de trabajo resultaría atacada si, por la imposibilidad empresarial de modificación de las condiciones de trabajo como solución menor, hubiere que llegar al cierre patronal de la empresa o centro afectado, con la consiguiente suspensión de los contratos de trabajo “ex art. 12.2” del RDLRT.

Pensamos que siempre que la libertad de trabajo de los no huelguistas sea ejercida dentro de los límites que impone el ejercicio efectivo de la

huelga por parte de los trabajadores huelguistas, no habrá ningún problema, pues según Gil Alburquerque sostiene que en principio no secundar una huelga no debe acarrear ningún efecto contractual para el trabajador, suponiendo la libertad de trabajo de los no huelguistas el derecho a prestar sus servicios durante los días de huelga, con deber del empresario de retribuir y cumplir sus demás obligaciones contractuales como si nada ocurriera. La presumible disminución del rendimiento laboral del no huelguista como consecuencia de la prestación de servicios por parte de sus compañeros, sobre todo en ciertos tipos de huelga no le es imputable a aquel, por lo que no cabrán descuentos salariales, ni la adopción de medida alguna consecuencia de tal disminución del rendimiento.

Pasco Cosmópolis (1996) en referencia a la solución que aporta la LRCT de nuestro país, sostiene que dicha norma: es congruente con la modalidad dispuesta para la adopción del acuerdo huelguístico. Es innegable la recíproca dependencia entre el grado de participación de la masa trabajadora en la decisión y los alcances que ello acarrea; cuando únicamente deben votar la huelga los afiliados al sindicato, sólo ellos están obligados a acatarla, quedando los demás en libertad de trabajar; o en la otra mano, cuando se da acceso obligatorio a la votación a la colectividad obrera, ello a su vez se traduce en que los efectos de la paralización sean también universales. La ley ha optado en su artículo 77° por esta segunda solución; el inciso d) agrega que *“impide retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes; salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la autoridad de trabajo.”*

Si avizoramos el panorama normativo nacional, vemos que: 1) El Esquirolaje externo está expresamente prohibido en nuestro Reglamento

de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y sancionado como infracción muy grave en el Reglamento de la Ley de Inspección de Trabajo; respecto al Esquirolaje interno no se encuentra legislado como tampoco sancionado expresamente, 2) La ley de productividad y competitividad, en su artículo 9º, indica de manera muy general la facultad del empleador para introducir cambios o modificar turnos, días u horas así como la forma y modalidad de la prestación de las labores obedeciendo el criterio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo; mas no indica en ninguna disposición normativa vigente respecto a las situaciones perentorias e imprevisibles, como lo hace el Estatuto de Trabajo Español, en el normal desarrollo de la actividad productiva que no colisione con el derecho de huelga consagrado en el artículo 28º de nuestra constitución. Sin embargo, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha expedido la primera resolución respecto al Esquirolaje Interno que confirma una multa impuesta por vulneración al derecho de huelga.

b) Análisis de la Resolución Directoral N° 032-2013-MTPE/1/20.4 de fecha 09 de Enero del 2013.

La resolución directoral en mención confirma la imposición de multa en procedimiento administrativo sancionador contra la Corporación Lindley SA por haber incurrido en infracción a la norma socio laboral respecto a la rotación de trabajadores no sindicalizados, y por tanto no participes de la huelga, en los puestos de trabajo de los trabajadores huelguistas; detalles de la controversia jurídica laboral en el siguiente cuadro:

Fundamentos del Recurso de Apelación de la inspeccionada	Fundamentos de la Resolución Directoral N° 032-2013-MTPE/1/20.4
<p>La recurrida contraviene la constitución y las leyes; en especial el principio de legalidad y tipicidad al no encontrarse como tipificada en el artículo 25.9 del RLGIT la conducta consistente en la rotación de personal durante la huelga.</p>	<p>El artículo 25.9 del RLGIT configura como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, (...) por tanto se desprende que la conducta principal que sanciona la norma es la realización de actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga por ser éste un derecho de nivel constitucional y de la que se pueden derivar otras conductas como la sustitución de trabajadores, etc.</p>
<p>El Acta de infracción no se encuentra debidamente motivada contraviniéndose nuevamente los principios de legalidad y tipicidad.</p>	<p>Se cita lo sustentado por el TC en la sentencia del expediente N° 1417-2005-AA/TC cuando señala que las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden vulnerar el contenido esencial de los mismo; razón por la cual las modificaciones de las labores no deberán afectar el contenido esencial del derecho de huelga, asimismo se cita el sustento del TC expediente N° 008-2005-PI/TC cuando dice que <i>la huelga debe ser convocada tomándose en cuenta lo siguiente : la existencia de proporcionalidad y el carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto</i></p>

Concordamos con la imposición de la multa por vulneración al derecho de huelga, sin embargo, consideramos que puede estar mejor motivada; y a efectos del presente trabajo exponemos las razones por las

cuales a pesar de que no exista una tipificación expresa que refiera literalmente al esquirolaje interno, su consecuente prohibición y sanción, esta se pueda sancionar en el procedimiento administrativo por las siguientes razones:

c) ¿Por qué el artículo 70° del RLRCT, no citado por el Ministerio de Trabajo en la Resolución en comento, si comprende también la prohibición del esquirolaje interno?

Entendamos en primer lugar que para el ejercicio del derecho de huelga, debemos tener presente que el reconocimiento de este derecho es intrínseco a la Libertad Sindical tal como se interpreta del artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT, y remitiéndonos al artículo 2° del título II la LRCT, que tiene como título a la Libertad Sindical: *“El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses en el mejoramiento social, económico y moral de sus miembro”*. A consideración, aplicando una interpretación finalista del citado artículo, refiere a la libertad sindical lo cual se condice e interrelaciona estrictamente con la negociación colectiva y el derecho de huelga, teniéndose en cuenta lo precitado en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, el cual indica de manera resumida que ***el título constituye la denominación oficial. La denominación oficial permite la identificación, interpretación y cita de la norma.*** Y el artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT; pues es el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituyen uno de los medios esenciales que disponen para promover y defender sus intereses profesionales. Similar posición sostiene Boza Pro (2008), al decir que la libertad sindical de organización alude a una dimensión estática del

derecho, que suele agotarse en un solo acto (la constitución de un sindicato, la afiliación de un trabajador a uno ya existente). Por su parte, la libertad sindical de actividad se vincula con la dimensión dinámica del derecho, que es algo permanente y constante (como la participación activa del militante en la vida institucional de la organización o realizar conjuntamente con otros trabajadores medidas de presión). Este tridente, según Canessa Montejo (2006), está inmerso dentro de los derechos colectivos catalogados como derechos humanos laborales, posición que comparto y que aúno lo establecido por el Comité de Libertad Sindical, en adelante CLS, cuando señala que el derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio número 87. Por tanto, conforme a la interpretación sistemática y teleológica descrita en párrafo anterior, concluyo que el esquirolaje interno si está contemplado como norma prohibitiva dentro de los alcances del artículo 70° de la LRCT.

El efectuar solo una lectura del artículo en análisis, obviando sus alcances interpretativos y restringiéndonos a lo que lingüísticamente dice la norma, solo conlleva a reducir la capacidad interpretativa del investigador del derecho, el cual solo podría haber sido admisible en la época de la escuela francesa de la exégesis, en palabras de Rubio Correa, aplicar dichos criterios en la actualidad nos parece obsoleto, pues han cambiado las condiciones del Derecho y de su entorno social, político e histórico. Aunado a ello que el máximo intérprete de la constitución, (STC 1941-2002-PA/TC, Fundamento 5). se ha pronunciado respecto a lo insuficiente que es aplicar el método literal, indicando que *en materia de derechos fundamentales, el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales , ya que, rara vez,, la*

solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Razón por la cual el principio formal de *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacerlo que ella no prohíbe* (inciso a del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución) resulta ineficiente en la protección de derechos fundamentales en este caso.

El problema planteado por la doctrina hoy en día nace en cuestión a las situaciones de hecho que configuran el esquirolaje interno en el extremo a que si deberían estar circunstancias y estar debidamente tipificadas en la norma legal para que así puedan sustentar una acción constitucional y principalmente en el procedimiento administrativo sancionador.

El problema planteado por la doctrina hoy en día nace en cuestión a las situaciones de hecho que configuran el esquirolaje interno en el extremo a que si deberían estar circunstancias y estar debidamente tipificadas en la norma legal para que así puedan sustentar una acción constitucional y principalmente en el procedimiento administrativo sancionador.

A efectos de justificar aún más nuestra posición, nos vamos a remitir al ámbito del procedimiento administrativo sancionador para brindarle a nuestra posición mayor solidez. Es así que dentro de los estudios que se han realizado en nuestro país respecto al tema de las sanciones administrativas impuestas por el Ministerio de Trabajo (Autoridad de Trabajo), que podría devenir de la práctica del esquirolaje interno, tenemos a Espinoza Laureano (2013), quien hace un análisis interesante, el cual compartimos, respecto a la no exigencia de la tipicidad del *Esquirolaje Interno* como infracción muy grave en materia de

relaciones laborales, el cual no se contempla en la relación que describe el artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspecciones de Trabajo – DS N° 016-2006-TR – a diferencia del esquirolaje externo (numeral 9 del artículo 25° del DS N° 016-2006-TR); en el cual se verifica que este último si está prohibido expresamente y constituye una infracción típica y por tanto punible administrativamente mediante sanción pecuniaria. El referido autor parte de la interpretación analógica que aplica al numeral 9 del artículo 25° de la referida norma apoyándose en los considerandos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0010-2002-AI/TC cuando dice: “ 46. *El principio de determinación del supuesto de hecho en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. Esta exigencia de lex certa no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de los supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...)*”. Lo que lo lleva a concluir que la norma en estudio constituye una cláusula de interpretación analógica y por tanto sí contempla otros supuestos análogos como el esquirolaje interno o incluso al novísimo esquirolaje virtual.

Los comportamientos antisindicales siempre deben ser sometidos a análisis y control para su posterior sanción pecuniaria en el caso de

procedimientos administrativos sancionadores. En las sociedades democráticas como las nuestras dichas acciones serán sometidas al principio de interdicción de la arbitrariedad, en ese sentido, habría que concluir que: la atipicidad predicable del concepto de antisindicalidad es, si correctamente identificada, relativa. Esto es, señalada relatividad queda referida tan solo a la ausencia de una tipificación de los comportamientos en que la misma se manifiesta, pero sin que ello signifique que el concepto legal se encuentre huérfano de cualquier elemento interpretativo que resulte vinculante al intérprete y que sirva para reconocer el supuesto de hecho efectivamente prohibido. (...) la ley no puede preverlo todo, destaca en esta sede la necesaria concesión al juzgador la posibilidad de atender a elementos valorativos en cada supuesto específico, tanto más relevantes y necesarios para la correcta aplicación de la norma cuanto que esta materia se desenvuelve en una realidad sindical dinámica y cambiante. En ella, el órgano judicial ha de disponer de la posibilidad de adecuar su decisión a las circunstancias concurrentes, integrándola generalidad, que no absoluta indeterminación, del supuesto de hecho legal

La práctica vulneratoria del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga se proyecta e incide en los derechos de libertad de empresa y libertad de trabajar, los cuales según Sala Franco (2003) representa un problema en el sentido de hasta qué punto es lícita la utilización de los trabajadores no huelguistas de la empresa, **adscribiéndoles distintas funciones, exigiéndoles mayor rendimiento, aumentándoles la jornada, modificándoles el horario, cambiándoles de centro o incluso desplazándoles de localidad.** (Sombreado nuestro).

Cuando refiere el autor a la asignación de diferentes funciones, este comportamiento empresarial antijurídico puede presentarse en el escenario en que los huelguistas sean de una categoría menor y que algunos de los no huelguistas ocupen sus puestos o viceversa, en ambos casos estaríamos ante la práctica, sin duda, del esquirolaje interno. Sin embargo, es pertinente evaluar si es que también se estaría afectando el derecho de los trabajadores a la ocupación efectiva derecho que citamos pero que no vamos voy a desarrollar ampliamente para no salir del tema el cual es conceptualizado en todos sus alcances por Gonzales de Patto (2008) quien sostiene que: con este engarce y perspectiva constitucional, el derecho del trabajador a la ocupación efectiva adquiere un cardinal papel en la relación laboral, un indudable lugar central en la estructura y función del contrato de trabajo al conformar su causa y objeto del mismo, un doble sentido. Así, por un lado, tenemos que la ocupación efectiva se comporta como presupuesto insoslayable para que otros derechos del trabajador, como los de promoción y formación profesional y el derecho a la igualdad se concreten. **Por otro lado, y sin perjuicio de lo apuntado, el derecho en cuestión adquiere autonomía y sustantividad propia como derecho subjetivo irrenunciable que a su vez adquiere calidad de límite al ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empresario** (sombreado nuestro). En buena cuenta entonces, no se puede limitar la obligación empresarial al pago de remuneración dejando de lado la necesidad de proteger la profesionalidad del trabajador. Este deber **viene implícito en la misma puesta a disposición de la capacidad del trabajador al empresario** (Sombreado nuestro).

En lo que respecta al mayor rendimiento, aumento de la jornada laboral y la modificación del horario corresponden al ejercicio del *ius*

variandi para la mejor organización y funcionamiento de la empresa que tienen que ver con los aspectos secundarios de la relación laboral y es generalmente lícita cuando se ejerce para crear situaciones momentáneas o transitorias impuestas por las necesidades de la empresa en el escenario del ejercicio del derecho de huelga provocado por el conflicto colectivo. En lo que refiere al desplazamiento de personal o movilidad geográfica en el caso de que la empresa cuente con varios centros de trabajo, se considera que esta ejecución del poder de dirección es entendible a las facultades propias del empresario, en donde en la mayoría de casos el empresario verá limitado este accionar ya que los trabajadores comúnmente en ejercicio de su derecho de resistencia, derecho que en palabras de Fabregat Monfort (2003) se direcciona a que no se trataría de hacer apología a una desobediencia basada en la mera arbitrariedad del trabajador. Por el contrario, se quiere adoptar la razonabilidad como guía de una adecuada perspectiva del deber de obediencia del trabajador y, como consecuencia de ello, sustentar una mayor cobertura legal para aquellos incumplimientos que, en el plano social se consideran justificados

**d) ¿Es constitucional la prohibición del esquirolaje interno?
Aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad.**

El test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar;

en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio* (STC Exp. N° 579-2008-AA/TC, Fundamento 25), esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

En ese sentido, examinaremos si nuestra conclusión que determina la prohibición de la práctica del esquirolaje interno (movilización funcional interna), limita el derecho a la libertad del trabajo del no sindicalista cuando se lleva a cabo la huelga, pues 1) Su voluntad ha sido no sindicalizarse (libertad sindical en su dimensión negativa), o 2) ha sido expulsado del sindicato, lo cual de ninguna manera limita el derecho al trabajo ni a afiliarse a otro sindicato. Veamos si el efecto de la prohibición del esquirolaje interno resulta constitucional.

Respecto al análisis por aplicación del principio de idoneidad, se infiere que la situación del no sindicalista es debatible, y es que el artículo 70° del RLRCT obliga a que todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito (Entiéndase por ámbito el centro de trabajo donde se lleva a cabo la medida de presión) deban

abstenerse de laborar cuando se desarrolle la huelga ya que si bien es cierto la norma especial que regula derecho de huelga obliga a que tanto sindicalizados como no sindicalizados acaten la huelga acordada por el sindicato. A primer análisis, no puede estar por encima del derecho fundamental de la libertad de trabajo (numeral 15 del artículo 2° de la constitución) ya que como se ha analizado anteriormente, el derecho de huelga no es absoluto. Sin embargo, se encuentra con una limitación razonable sustentada en el hecho que se permita al empleador la movilización interna de manera simultánea con el desarrollo de la huelga, en donde los no huelguistas desempeñen la función de los huelguistas, vulneraría el ejercicio efectivo del derecho de huelga, por tanto, existe un objetivo constitucionalmente legítimo que ampara la limitación del derecho de huelga.

Seguidamente, en el análisis por aplicación del principio de necesidad se determina con seguridad que la prohibición del esquirolaje interno (movilidad funcional) no encuentra medidas alternativas eficaces que protejan el ejercicio efectivo del derecho a la huelga.

Por último, en aplicación del principio de proporcionalidad strictu sensu podemos determinar que la intensidad en la limitación del derecho de libertad de empresa es *media*, pues solo se dará en casos que se practique el esquirolaje interno (movilidad funcional), más no en las demás libertades constitucionales que le concede la carta fundamental a los empleadores; en lo que respecta a la limitación del derecho a la libertad de trabajo también resulta de intensidad *media* ya que el acatamiento de las órdenes dispuesta por el empleador a los no huelguistas a ejercer las labores dejadas por los huelguistas afecta de por sí el ejercicio efectivo del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas por las razones expuestas en páginas precedentes,

asimismo, se estaría afectando el derecho de ocupación efectiva de los trabajadores no huelguistas si es que por ejemplo se les desplace a realizar actividades que no corresponden a su profesión. Por último, el grado de intensidad de la protección del derecho de huelga de los trabajadores que decidieron acatar la huelga resulta *media*, en el sentido de que no se les está prohibiendo a los huelguistas a participar en dicho acto en defensa de sus intereses, además de que se estaría afectando el propósito de la huelga con las movilizaciones internas, actos que no contribuyen a que el empleador esté en un estado de necesidad para que se amparen los derechos que los trabajadores huelguistas han solicitado en la negociación colectiva frustrada.

Entonces se concluye que, teniendo a todos los derechos involucrados en la misma intensidad, podemos decir que la prohibición del esquirolaje interno (movilidad funcional interna) resulta constitucional.

Para mejor entendimiento del tema tomaremos en cuenta la Casación N° 3480-2014, donde se desarrolla el tema del esquirolaje; debemos señalar que la mencionada sentencia no toma en consideración otros derechos vulnerados como el derecho a la huelga, conociendo que es un derecho fundamental de todos los trabajadores reconocido tanto en el ordenamiento interno la cual también debe ser tutelado en todo momento por el órgano jurisdiccional, garantizando así la protección de un derecho constitucional del trabajador.

2.5 LEGISLACION NACIONAL

a) Constitución Política Del Estado

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

Inciso 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Inciso 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley

Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

b) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Artículo 72.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

Artículo 78.- Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga.

c) Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Artículo 70.- Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el Artículo 78 de la Ley, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el Decreto Legislativo N° 728, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio.

d) Decreto Supremo N° 007 – 2017 – TR

2.5 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la

representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos.

2.6 JURISPRUDENCIAS, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

Esta casi inexistente el desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto del esquirolaje podría hacernos suponer que en la práctica empresarial diaria no ha existido la necesidad de llegar a dichos extremos, o por otro lado, que la medida de huelga como instrumento de presión de los trabajadores peruanos no ha sido en realidad una alternativa importante que las organizaciones de trabajadores hayan utilizado. Sin embargo, estas presunciones no necesariamente son reales, pues el hecho que no abunden los pronunciamientos judiciales determinando la existencia o no de conductas de esquirolaje no significa que en la práctica las mismas no se vengán produciendo. En relación a los criterios judiciales, no tenemos mayor registro sobre los mismos.

2.6.1. Casación

- **EXP. N° 3480–2014 – Lima.**

(Corte suprema prohíbe el esquirolaje interno)

La Corte Suprema ha determinado, en la Casación Previsional N° 3480 – 2014 – Lima, interpuesta por la empresa demandante San Martín Contratistas Generales S.A, en el proceso seguido con la entidad demandada Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en ella, declara infundado el recurso interpuesto en el marco de una acción contenciosa administrativa, que durante la huelga, el

empleador no podrá sustituir a los trabajadores que ejercen dicho derecho con personas de otras áreas. Es por ello que a criterio de la Corte Suprema, en una huelga la sustitución de trabajadores no solo afecta directamente a quienes la acatan, sino también al sindicato, al personal que no ejerce y que desean seguir laborando, a quienes no están afiliados al sindicato y al empleador. Además, siendo una huelga un instrumento de presión, la Sala considera que la sustitución de los trabajadores que la ejercen, ya sea con personal interno, contrato o de terceros, disminuirá sus efectos. Por ende, toda medida destinada a reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida.

Por tanto, concluye que toda medida destinada a reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida. Además, advierte que la Ley de relaciones colectivas contiene las normas que prohíben el esquirolaje en situación de huelga, debiendo entenderse que ella implica no solo en el ámbito externo sino también el interno Expediente N° 1417-2005-AA/TC, las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden vulnerar el contenido esencial de los mismos, por lo tanto considera que el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspecciones que contempla las infracciones relacionadas con aquellos actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de sus trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a la medida en mención.

- **EXP. N° 129-2015-SLT.**

Declara FUNDADA la demanda contenciosa administrativa, interpuesta por Sociedad Minera Cerro Verde Sociedad Anónima Abierta en contra de Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo.

En el presente proceso se pretende la Nulidad de las actuaciones administrativas, contenidas en la Resolución Sub Directoral 106-2012-GRA/GETPE-DPSC-SDILSST , en el extremo que confirmando la primera sentencia, se declara infundado el recurso de apelación y se impone a la demandante una multa de veinte Unidad Impositiva Tributaria (UIT) equivalente a setenta y dos mil con 00/100 Nuevos Soles (S/. 72 000,00), por incurrir en infracción grave a las relaciones laborales, de acuerdo con el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General Inspección en el Trabajo.

La discusión gira en torno a una cuestión derecho, pues por un lado la demandante alega una infracción al principio de tipicidad al incluir una conducta que en modo alguno se encuentra prevista de modo expreso, claro e inequívoco como infracción, y de otro lado, se alega por la demandada recurre a la aplicación de cláusulas de interpretación analógica, la cuales según decisión emitida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0010-2002-AI/TC no vulnera el principio de legalidad y por ende del principio de tipicidad, el Juez señala que en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General Inspección del Trabajo contiene una cláusula de interpretación analógica, al decir: "(...) la realización de actos que impidan el ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga (...)" siendo que el término "**como**" da a entender que hay

otras formas de afectar el derecho de huelga, como sería el caso de la sustitución de personal en huelga bajo la modalidad de movilización interna de trabajadores de la empresa. En este punto, cabe precisar que las “cláusulas de interpretación o de extensión analógica”, son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.

En otro punto del presente proceso se advierte tanto del artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General Inspección del Trabajo, como del artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, que ambas normas se refieren a la obligación del empleador de abstenerse a contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga (esquirolaje externo), cuya incumplimiento es considerado infracción muy grave a las relaciones laborales, de conformidad con el artículo 25.9 de la norma señalada, y no incluye dentro del supuesto de infracción ya señalado a la movilización interna de trabajadores de la empresa (esquirolaje interno). Aunado a ello, es necesario aclarar que la doctrina española no tiene una posición unánime en cuanto a considerar al esquirolaje interno como infracción administrativa muy grave, pues la legislación española en la materia sólo sanciona como infracción a las relaciones laborales al esquirolaje externo, sobre el particular: “(...) *Más dudosamente, podrá ser sancionado administrativamente como infracción administrativa muy grave, dado el tenor literal del Art. 8.10 de la LISOS, referido exclusivamente al esquirolaje externo, a la luz del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones Administrativas laborales(...)*. En cuanto a la omisión en la sentencia apelada de valorar el argumento de la demandante en relación a que no existe pronunciamiento de la Organización Internacional del

Trabajo que avale la tesis de la administración, este argumento carece de sustento, por cuanto se trata de una mera afirmación, con lo cual cabe desestimar este argumento de apelación. De lo expuesto, se ha determinado que el procedimiento administrativo sancionador que determinó la existencia de infracción muy grave a las relaciones labores e impuso una multa de veinte UIT a la demandante, de acuerdo con el supuesto previsto en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo vulnera el principio de tipicidad, y en consecuencia, el principio del debido procedimiento administrativo, al incluir una conducta no prevista de modo claro, expreso e inequívoco como infracción. Por último en este proceso se resuelve revocar la sentencia que declara infundada la demanda en todos sus extremos, declara fundada la demanda contencioso administrativa, interpuesta por Sociedad Minera Cerro Verde Sociedad Anónima Abierta en contra de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del empleo y declara nulidad de la Resolución Directoral 145-2012-GRA-GRTPE-DPSC del veintisiete de diciembre de dos mil doce, fojas ciento cinco, en el extremo que se resuelve imponer a la demandante una multa de veinte UIT equivalente a setenta y dos mil con 00/100 Nuevos Soles (S/. 72 000,00). Sin costas ni costos.

De la sentencia anteriormente señalada se presenta a continuación a modo de conocimiento la sentencia en primera que resuelve infundada la demanda interpuesta por la empresa y declara válido el pronunciamiento de la autoridad administrativa.

- **EXP. N° 1071-2013-AREQUIPA**

Demanda presentada por la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, Expediente N° 721-2013 seguido ante el Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

En noviembre del año 2013 se debe haber dado el primer pronunciamiento referido directamente a un caso de esquirolaje interno, donde se considera que, “la sustitución del trabajo que debían desempeñar los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones, anula o aminora la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización”, declarándose finalmente infundada la demanda interpuesta por la empresa y declarando válido el pronunciamiento de la Autoridad Administrativa referido a sancionar como una infracción laboral el esquirolaje interno producido.

2.7 DERECHO COMPARADO

2.7.1 ESPAÑA

Uno de los principales problemas que existen en torno a este supuesto de esquirolaje se encuentra en gestionar los intereses de las diferentes partes implicadas en una situación de huelga convocada dentro de una misma empresa. Por un lado, los trabajadores huelguistas tienen el legítimo interés en que la huelga sea eficaz, es decir, a provocar un daño al empresario con la finalidad de ejercer presión para la satisfacción de los propios intereses. Por otro lado, el empresario, que velará por mantener una cierta actividad empresarial y defenderse de la huelga mediante medios no prohibidos. Y finalmente, también tendrán un interés particular los trabajadores no huelguistas de la empresa. Y es que

todos los trabajadores tienen el derecho al trabajo garantizado por la Constitución en el artículo 35 y a la ocupación efectiva (art. 4.2.a TRLET). Y si bien también tendrían derecho a secundar la huelga, al no ser esa una obligación, también tienen derecho a no adherirse a ella. De modo que su interés será ejercer su profesión en la medida de lo posible, cosa que se vería comprometida con la posibilidad del cierre patronal motivado por la huelga. En cuanto a los medios no prohibidos del empresario, existe un concepto que engloba el poder empresarial que este ostenta legalmente por su posición en una relación laboral. Se trata del *ius variandi*.

En el caso español ante la ausencia de normas vigentes que regulen el poder de dirección empresarial en situación de huelga, se recurre a la jurisprudencia para esclarecer la interpretación de los preceptos anteriores y consolidando una doctrina.

Este trabajo se ha realizado en ciertas partes bajo la Sentencia española número 123/1992 de 28 de septiembre. La sentencia clave que aborda estos mecanismos se encuentra en la STC 123/1992, de 28 de septiembre (RTC/1992/123). El origen del conflicto se encuentra en una huelga declarada el 18 de julio de 1986 en la empresa “Loreto Sociedad Anónima” secundada por un colectivo de trabajadores fijos discontinuos, a la cual no se adhirió el personal fijo de la plantilla. Esto dio pie a que la empresa sustituyera a los trabajadores huelguistas mediante trabajadores fijos, que pese a provenir de puestos de inferior categoría profesional, cubrieron voluntariamente los puestos proporcionando un resultado de la huelga muy distinto al que se pretendía por parte de los trabajadores que la habían organizado. Tras años de recorrido judicial y desestimación de pretensiones en instancias previas, el comité de empresa en nombre de los trabajadores demandantes obtuvo el amparo

constitucional por vulneración de derecho fundamental. El TC español parte de una base conceptual protectora del derecho de huelga: Por una parte, sitúa la huelga en un contexto de excepcionalidad y lo confronta con las facultades empresariales de movilidad funcional y geográfica por estar ideadas para “contextos de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto”. Por otra parte argumenta que la huelga, al ser un instrumento de presión de los trabajadores, tiene como elemento imprescindible la consecución de una cierta eficacia, de forma simultánea a la asunción de los perjuicios que legalmente les comporta. Pone además énfasis en su situación de “singular preeminencia por su más intensa protección”, apoyándose en la localización preferente que tiene el derecho de huelga en la Constitución (art. 28 CE). Concluye la argumentación con que “la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario”;

Movilidad funcional

A través de la anterior doctrina se entiende que el empresario tiene limitada la vía de movilidad funcional, mecanismo integrado en la potestad directiva del empresario previsto en el art. 39 TRLET, siempre asociada a la pretensión de neutralizar los efectos de la huelga legítima. Por otra parte, se admite que el empresario tome decisiones para organizar el trabajo mediante los trabajadores no huelguistas (a los que ha de emplear) y mantenga en medida de lo posible una actividad parcial en la empresa. Por lo tanto la problemática se encuentra en delimitar la

frontera de la limitación empresarial con la legítima capacidad de dirección del personal no huelguista

Movilidad funcional vertical

En pronunciamientos recientes el TC ha continuado realizando una interpretación expansiva del art. 6.5 RDLRT y aplicando la doctrina de la STC 123/1992, de 28 de septiembre (RTC/1992/123). Un caso importante fue el de la STC núm. 33/2011 de 28 de marzo de 2011 (RTC2011/33) en la que se transcribe la citada doctrina para concluir con que la sustitución interna de trabajadores huelguistas constituye un ejercicio abusivo de las facultades empresarial cuando de forma intencional o de forma objetiva “produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una minoración o desactivación de la presión asociada a su ejercicio”. En éste caso la empresa ABC utilizó estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga, privando de efectividad la medida de presión colectiva. El tribunal llega a considerar por lo tanto “actuaciones antihuelga” a emplear a directivos y jefes de área para sustituir a los trabajadores huelguistas. Se tratan de situaciones en que los empresarios recurren a la movilidad funcional vertical, es decir, recurrir a trabajadores de distinto rango jerárquico a los trabajadores huelguistas.

Movilidad funcional horizontal

Una situación diferente es cuando el esquirolaje es mediante trabajadores del mismo nivel jerárquico, es decir, por movilidad funcional horizontal.

La casuística es importante en la hora de determinar casos de esquirolaje interno mediante movilidad funcional. Aspectos como la

iniciativa a realizar las tareas o instrucciones del empresario pueden hacer al tribunal decantarse por considerar abusiva la práctica, así como el hecho de que las tareas encomendadas fueran ya realizadas con anterioridad en reiteradas ocasiones, o por el contrario fuera una medida excepcional que se escapase de lo que se consideraría una normal actividad en la empresa.

Movilidad geográfica

Este apartado no genera tanta conflictividad, ya que el art 8.10 TRLISOS prevé la movilidad geográfica como supuesto de práctica empresarial abusiva al referirse en los términos de “trabajadores no vinculados con el centro de trabajo”. De esta forma se entiende que la movilización o traslado de trabajadores a partir de la fecha de comunicación de la huelga al centro de trabajo en el que se haya declarado, quebranta el recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga y se considera que vulnera el derecho de huelga de los trabajadores. El art 18.3 PLOH sí preveía textualmente la movilidad geográfica como mecanismo prohibido para limitar o impedir el ejercicio de la huelga. De esta forma hubiera sido cubierto de forma más solvente y generaría aún menos conflictividad.

Mismo grupo de empresas

Como se acaba de comentar, el art 8.10 TRLISOS prevé que no se pueda recurrir a trabajadores no vinculados al centro de trabajo para deshacerse de los efectos de la huelga. Pese a ello, hay un aspecto que generan dudas; El tipo de vinculación al que hace referencia. En los grupos de empresa es muy común que concurren trabajadores de distintas empresas en un mismo centro de trabajo. Por otra parte, en este escenario también serían de aplicación las reglas de interpretación

de la casuística aplicables para la el esquirolaje interno. De hecho cobraría especial relevancia prestar atención al grado de autonomía y capacidad de iniciativa de los trabajadores respecto de los empresarios que remiten las instrucciones. Se tiene en la STS de 20 de septiembre de 2009 (JUR\2009\423970) en la que una empresa principal asume con ayuda de la tecnología parte del trabajo que habitualmente realizaba una empresa subcontratista del mismo grupo empresarial. El tribunal consideró la práctica vulneradora del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas ya que se dieron instrucciones de atender esas llamadas y por lo tanto se dejó sin efecto material la huelga legítima, generando un desequilibrio de consecuencias entre trabajadores y la empresa subcontratista por medio de trabajadores de ajenos a ella. Dichas instrucciones por parte del empresario estaban encaminadas a realizar la actividad contratada con la empresa subcontratada, que además resulta ser actividad propia de la empresa principal, y resulta de esta manera un hecho determinante a la hora de considerar un abuso de las facultades empresariales y un vaciamiento de los efectos de la huelga convocada. Por último, cabe aclarar que esta situación, el grupo de empresa, se diferencia de otro supuesto analizado en apartados anteriores: La contratación y subcontratación. La principal diferencia está en la relación establecida entre las empresas y la habitualidad a colaborar entre ellas, haciendo que el esquirolaje realizado mediante trabajadores de empresas del mismo grupo empresarial se clasifique como esquirolaje interno y el recurso a la contratación mercantil o subcontratación de otra empresa ajena se clasifique dentro del esquirolaje externo

2.7.2 CHILE

En Chile se considera que posee reconocimiento constitucional aunque de manera indirecta o tangencial, pues se hace mención a ella de forma negativa, en ordena establecer que no podrán declararla “los funcionarios del estado ni de las municipalidades”, como tampoco las personas que trabajan en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función , que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización se grave daño a la salud, a la economía del país, abastecimiento de la población o la seguridad nacional (numero 16 art.19 constitución).

Con el ordenamiento legal si consagra plenamente su derecho en el titulo VI del libro IV del código del trabajo, en adelante CdT, pero supeditado a que su declaración se produzca en el marco de una negociación colectiva reglada. En ese sentido si dentro de tal procedimiento, los trabajadores sindicalizados o un grupo no sindicalizado unidos para dicho propósito no están satisfechos con la última oferta de contrato colectivo presentada por el empleador pueden proceder a votar la paralización de sus servicios (cfr. Arts. 372 ss. CdT), En caso contrario, se trataría de una huelga ilegal que por razones obvias no gozaría de las prerrogativas legales que se contemplan para el derecho precitado. Sobre el reemplazo o esquirolaje de trabajadores en huelga (cfr art. CdT), de acuerdo al ordenamiento laboral chileno, puede decirse que la regla general es la imposibilidad de efectuarlo, pero con miras a evitar que se paralice la marcha de la empresa, se permite siempre que el empleador de cumpliendo a las exigencias contenidas en la norma indicada. Tales exigencias deben observarse en la última oferta antes mencionada, en orden a que contemple, a los menos : a) Idénticas estipulaciones que las contenía en el contrato, convenio o fallo arbitral

vigente, reajustadas en el porcentaje de variación de índices de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el periodo comprendido entre la fecha del ultimo reajuste y a la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento ; b) Una reajustabilidad mínima anual según variación del índice de precios al consumidor para el periodo del contrato, excluidos los doce últimos meses c) un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda este bono pagara por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que esta haya finalizado (cfr. Art. 381 CT)

En relación con dicho artículo sin lugar a dudas uno de los aspectos que ha suscitado mayor difusión jurisprudencial, estriba en torno a si existe reemplazo de huelguista cuando ellos se sustituyen con otros trabajadores de la empresa; es decir en caso se recurra a la denominada sustitución interna.

En si la huelga en un derecho irreconocible, quitándole sus efectos frente a la empresa quien finalmente logra legalmente la normalidad productiva. Y este caso chileno resulta importante de destacar, toda vez que la norma que establece el reemplazo se contradice abiertamente con el texto constitucional, afectando el contenido esencial del derecho de huelga que es un derecho constitucional, además de colisionar con los tratados internacionales de derechos humanos que dicho país ha suscrito en su oportunidad (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y, el Convenio N° 87 de la OIT. Sobre estas

inconsistencias de la legislación laboral chilena, la Comisión de Expertos de la OIT se ha pronunciado, señalando lo siguiente:

“La Comisión solicita al Gobierno tome las medidas para modificar el artículo 381º del Código del Trabajo que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta de negociación. La Comisión toma nota que el Gobierno señala que la modificación introducida por la ley núm. 19759 restringe dicha facultad exigiendo el pago de un bono de cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. A este respecto, la Comisión recuerda que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”

2.7.3 URUGUAY

De igual forma y, en contraposición a muchas legislaciones, el modelo uruguayo nos muestra una regulación particular, esto en el sentido que el derecho de huelga en el Uruguay se encuentra escasamente reglamentado, por lo cual en muchos casos se manifiesta como un derecho “autorregulado” por los propios sindicatos. Es por ello que se asume al derecho de huelga como uno “no regulado”, adquiriendo roles importantes la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina uruguaya ha desarrollado una teoría del conflicto colectivo inspirado sobre todo en la protección y promoción de la acción sindical, esto es, busca el equilibrio que la teoría señala, lo que ha facilitado que la huelga adquiera una autonomía propia logrando con ello la plena efectividad en su ejercicio. Por el lado de la jurisprudencia, ésta ha asumido diversas

posturas frente a la huelga, no obstante ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han influido en el sistema jurídico uruguayo al momento de presentarse conflictos entre los actores del sistema. La legislación ni jurisprudencia uruguayas han definido la huelga, sí lo ha hecho la doctrina, al señalar que es la omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta. La posición de la doctrina inicialmente ha sido no encasillar a la institución con “definiciones”, pues podría ello tener un carácter limitante, por lo que se prefiere que la huelga sea definida por la conducta gremial de reclamo o protesta del titular del derecho. En la legislación, el derecho de huelga no se encuentra limitado a condicionamientos como el agotamiento previo de los medios de negociación entre las partes ni la aprobación de la huelga por la mayoría de trabajadores, ni una etapa previa de conciliación, mediación o arbitraje voluntario, incluso el requisito del pre aviso es cuestionado como tal al no establecerse una sanción frente a su incumplimiento. Se dice que el derecho uruguayo se caracteriza por una intervención estatal atenuada o restringida, y ello porque las normas heterónomas regulan un panorama de fomento y promoción de la actividad sindical, inclinándose preferentemente por la autonomía colectiva como criterio principal. De igual forma como en otros ordenamientos, el sistema uruguayo admite el concepto del bloque de constitucionalidad, con lo cual la base normativa de los derechos fundamentales laborales se amplía a las normas internacionales y a los principios consagrados a nivel universal. Como resultado de esta concepción tenemos que la forma de interpretación de los derechos constitucionales ha cambiado, produciéndose la ampliación del contenido y alcance de estos derechos, siendo así su protección más eficiente. Respecto de los tipos de conflicto, la legislación uruguaya permite la realización de diversas modalidades de huelga, siendo la

única exigencia que la huelga tenga carácter pacífico, por lo cual se entiende que se debe excluir el sabotaje. A partir del año 2006, el sector empresarial inició un esfuerzo por judicializar las huelgas con ocupación de los lugares de trabajo, cuestionando en esta instancia vía acción de amparo la defensa de la propiedad así como de la libertad de comercio e industria y el derecho al trabajo de los no huelguistas. Y es en el año 2006 que se emite una sentencia en la vía civil que ampara el derecho del empleador accionante y de los trabajadores no huelguistas, ordenándose la desocupación del centro de trabajo. En este fallo se señaló que la ocupación se había producido de manera intempestiva, anulando así toda posibilidad de diálogo previo antes de adoptar dicha medida. Esta interpretación favoreció la posición de los empresarios que, frente a una ocupación del lugar de trabajo, inmediatamente solicitaban la desocupación en base a este pronunciamiento, aduciéndose la afectación del derecho a la propiedad, a la libre empresa y al derecho de los no huelguistas.

Este criterio, sin embargo, en los últimos años ha ido variando, toda vez que han aparecido pronunciamientos judiciales en sentido contrario al ya descrito; en éstos se viene señalando lo siguiente:

- La ocupación del centro de trabajo es una modalidad del ejercicio del derecho de huelga, por lo tanto no se trata de una acción ilegal ni arbitraria.
- No se puede interpretar que el derecho de huelga y el derecho al trabajo se encuentran en pugna, pues si así fuera, el derecho de huelga quedaría vacío de contenido.
- El derecho de huelga es un derecho que busca proteger el derecho al trabajo, razón por la cual no pueden encontrarse en conflicto.

- Respecto de la sustitución de trabajadores huelguistas, a pesar de no existir una norma expresa que la regule, se han planteado tres posiciones:
- Que, la empresa pueda recurrir a los sustitutos del trabajador huelguista.
- Que, esta sustitución no sea definitiva, por lo cual podrá contratarse temporalmente a un suplente. De otra forma estaríamos frente a un despido sin causa o antisindical.
- Que, la sustitución de personal no sea posible, ni siquiera de manera temporal, porque se entendería como una actitud antisindical que impediría el ejercicio eficaz del derecho de huelga.

Al respecto podemos indicar que, el artículo 4º de la Ley N° 13.72055 autoriza, para los casos de servicios esenciales y únicamente a la autoridad pública, la contratación de personal indispensable, para la continuidad del servicio, por lo tanto, a contrario sensu, podríamos decir que para todos los demás casos, no se permitirá la sustitución de trabajadores.

En conclusión, podríamos ir mencionando algunas ideas que se pueden deducir de esta regulación sobre la huelga:

- Que, se trata de un derecho con base constitucional (artículo 57º), además de toda la regulación internacional (convenios y reglamentos) que la desarrollan.
- Que, básicamente el ejercicio del derecho de huelga se encuentra escasamente reglamentado, y se ha dejado a la propia autonomía colectiva su propia regulación. Al tratarse de un derecho escasamente regulado, han adquirido mucha importancia tanto la doctrina como la jurisprudencia.

- Lo que la doctrina ha buscado, básicamente, es la protección y promoción de la acción sindical, ello en busca de lograr el equilibrio de poderes que la teoría define. La ocupación del centro de trabajo en un primer momento fue calificado por la jurisprudencia como una vulneración a los derechos de propiedad, de empresa e incluso al de libertad de trabajo de los no huelguistas, sin embargo, esta interpretación ha ido variando reconociéndose finalmente que el derecho de huelga, en su fin mismo, busca la protección del trabajo, por lo cual no podría admitirse un enfrentamiento entre ambos derechos, además de concluirse que estas limitaciones dejarían sin contenido al derecho de huelga y lo harían impracticable.

2.8 ITALIA

En el caso italiano no existe expresamente una norma que prohíba la sustitución de trabajadores huelguistas, los cuales son denominados “crumiraggio”. Las normas no se pronuncian al respecto, pero sí lo hace la Corte Suprema di Cassazione, que en la Sentencia N° 12.822 del 29 de noviembre de 1991 expresa la ilicitud del crumiraggio interno, es decir, la sustitución de trabajadores huelguistas con otros trabajadores de la propia empresa que no se hubieran plegado a la huelga; respecto del crumiraggio externo, es decir, la sustitución de huelguistas con personal que no pertenecen a la planilla de la empresa, los tribunales no han sido contundentes, pues en algunos casos han admitido esta posibilidad señalando que el empleador tiene el derecho a defender las consecuencias negativas que genera el ejercicio de la huelga, no obstante ello, en otros casos lo ha declarado ilícito al considerar que lesiona el derecho de huelga.

ANALISIS DEL CASO

En mayo del 2017, se pronuncia el órgano jurisdiccional sobre la Casación N° 3480-2014 Lima. El caso materia de la misma surge a partir de una demanda interpuesta para que se declare la nulidad de una sanción (multa) aplicada por la autoridad de trabajo (Sunafil) a una empresa por haber realizado actos de esquirolaje interno durante una huelga (es decir, sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores que laboren en la empresa). La empresa implicada aducía una incorrecta interpretación del artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Decreto Supremo No. 019-2006-TR), dado que este dispositivo solo regula el esquirolaje externo (reemplazo de los trabajadores huelguistas mediante la contratación –directa o indirecta- de nuevos trabajadores). Sin embargo, a pesar de los argumentos presentados por la empresa, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú calificó como válida la sanción aplicada, por considerar que la infracción regulada en el artículo 25.9 *“comprende también el caso en el que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal”*.

Sobre el caso, cabe formular las siguientes preguntas: ¿Es esta calificación correcta? ¿El esquirolaje interno se encuentra comprendido en la fórmula normativa del artículo 25.9 antes indicado? Al respecto, cabría distinguir dos posibles respuestas: (i) el esquirolaje interno **sí** se encuentra comprendido en la fórmula normativa, pues se indica que la infracción se configura con “actos como...”, frase que hace referencia a una lista meramente ejemplificativa y que, por tanto, no se limita a las situaciones descritas en el artículo; y (ii) el esquirolaje interno **no** estaría comprendido en el artículo citado, ya que, en virtud del principio de

tipicidad del procedimiento administrativo sancionador, debería estar expresamente regulado como infracción.

A fin de precisar cuál sería la respuesta adecuada para esta complejidad, es importante recordar, en primer lugar, que la huelga es un derecho fundamental de todos los trabajadores reconocido tanto en el ordenamiento interno como en el internacional. Se trata de un mecanismo de autotutela, un instrumento de presión, mediante el cual los trabajadores buscan provocar una afectación a los intereses de su empleador ante la existencia de un conflicto de intereses.

De acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo No. 010-2003-TR), la huelga implica la *“suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo”* (artículo 72), y tiene como objetivo *“la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos”* (artículo 73.a).

Ahora bien, para que la huelga pueda lograr los objetivos antes indicados, es decir, para que la huelga sea eficaz, es necesario que se tutele de manera adecuada y, para ello, es fundamental protegerla contra los actos que puedan perjudicarla, como sucede con el esquirolaje interno y externo. Dado que el esquirolaje externo se encuentra claramente regulado como infracción en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante, “Reglamento de la LGIT”), el análisis se centrará en el esquirolaje interno, el cual no tiene mención expresa en dicha norma.

Sobre este tema, resulta importante comentar la Sentencia 123/1992 expedida por el Tribunal Constitucional español, en la cual se señala lo siguiente:

[...] la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

A partir de esta referencia, se desprende que el esquirolaje interno, en el contexto de una huelga, es un ejercicio prohibido del *ius variandi*, dado que tiene como efecto inmediato la limitación y vulneración del derecho de huelga de los trabajadores comprendidos en la misma. Este efecto se produce puesto que su sustitución por otros trabajadores de la empresa tiene como objetivo lograr la continuidad de la producción o del servicio, impidiendo ejercer presión para lograr sus objetivos.

Lo antes dicho permitiría determinar que, a efectos de lograr una adecuada protección de la eficacia del derecho de huelga, el esquirolaje interno debería considerarse comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 25.9 del Reglamento de la LGIT, a pesar de no encontrarse expresamente regulado como infracción.

Si bien ello acarrearía, en principio, un conflicto con el principio de tipicidad, es importante hacer referencia a la Sentencia RJ 8869 del Tribunal Supremo español, en la cual se estipula lo siguiente:

[...] no es necesario que el precepto legal realice una definición absoluta cuando la conducta ilícita que se pretende perseguir se resista, por su extensión, complejidad e imprevisibilidad, a ser regulada con exhaustividad, bastando cuando ello ocurra con el uso de otras técnicas de regulación, como pudieran ser los conceptos jurídicos indeterminados o el reenvío a otros grupos normativos. No es posible, sin embargo, extender por vía analógica el ámbito de la infracción aplicando el tipo establecido para una determinada conducta a otra distinta.

Como se observa en el extracto citado, el Tribunal Supremo indica que existen casos en los que no será posible regular cada uno de los supuestos que configuran una infracción, debido a su complejidad o extensión. Tal es el caso de los “actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga” (artículo 25.9 del Reglamento de la LGIT), dado que, al ser diversos los supuestos que podrían atentar contra este derecho, sería inviable plasmar, de manera expresa, cada uno de ellos en una norma.

Por otro lado, mediante la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre esta situación indicando que, con relación al principio de tipicidad, resultan válidas las “**cláusulas de interpretación analógica**”, las cuales “no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos” (en subrayado es añadido). Agrega, además, que la utilización de estas “cláusulas de interpretación analógica” no equivale a la aplicación de la analogía ante la presencia de un vacío normativo, la cual se encuentra proscrita en los casos en que se regulan infracciones y sanciones.

A partir de ambos pronunciamientos, se puede concluir que, dada la amplitud de supuestos lesivos del derecho de huelga, la infracción regulada en el artículo 25.9 del Reglamento de la LGIT califica como una cláusula de interpretación analógica y, en consecuencia, comprende tanto al esquirolaje externo como al esquirolaje interno. Un elemento que coadyuva a fundamentar esta conclusión es que el propio artículo indica que serán calificados como infracciones los “actos como...”, referencia que permite afirmar que los supuestos comprendidos en la norma configuran una lista meramente ejemplificativa de los actos que, de producirse, ameritarán una sanción por parte de la autoridad inspectiva de trabajo (Sunafil).

Cabe concluir, entonces, que el principio de tipicidad no configuraría un factor de conflicto que permita dudar y, por tanto, limitar la aplicación de la norma de infracción en los casos en que se produzca una situación de esquirolaje interno. En ese sentido, no es un límite para llevar a cabo una adecuada protección del derecho de huelga, razón por la cual resultaría válido sancionar con la multa correspondiente a aquellas empresas que realicen actos lesivos contra derecho de huelga.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada basada en nuestra legislación nacional, jurisprudencia, derecho comparado y bibliografías de diversos autores, se llega a las siguientes conclusiones:

1. La prohibición del esquirolaje interno, a pesar de no estar literalmente en el ordenamiento jurídico nacional, si está contenido en la norma especial. Recurriendo para ello al artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT ratificado por el Perú y al artículo 6° del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, concluyéndose que el artículo 70° de la LRCT si contempla la prohibición del esquirolaje interno que si bien no se expresa o no se dice pero se supone o se sobreentiende de manera tácita.
2. Está prohibida cualquier actuación por parte del empresario que busque privar de efectividad a la huelga, o adoptar medidas que directa o indirectamente busquen neutralizar o disminuir los efectos naturales que una huelga puede producir.
3. La ley de productividad y competitividad, en su artículo 9°, indica de manera muy general la facultad del empleador para introducir cambios o modificar turnos, días u horas así como la forma y modalidad de la prestación de las labores obedeciendo el criterio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo; mas no indica en ninguna disposición normativa vigente respecto a las situaciones perentorias e imprevisibles, como lo hace el Estatuto de Trabajo Español, en el normal desarrollo de la actividad productiva que no colisione con el ejercicio del derecho de huelga consagrado en el artículo 28° de nuestra constitución, demostrándose de esta forma

que nuestra legislación la tiene reglamentada de manera somera, mas no especifica como la legislación internación.

4. La prohibición del esquirolaje interno, tiene como objetivo, delimitar la potestad del empleador frente al empleado respecto al ejercicio del IUS VARIANDI, con el fin de no hacer un uso abusivo de dicha una facultad.

RECOMENDACIONES

Teniendo en consideración las conclusiones arribadas, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Es conveniente tener en cuenta que si bien la prohibición del esquirolaje interno, a pesar de no estar literalmente en el ordenamiento jurídico nacional, si está contenido en la norma especial. Recurriendo para ello al artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT ratificado por el Perú y al artículo 6° del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, consideramos que debe tener un tratamiento tácito respecto a su aplicación, ello en beneficio del trabajador.
2. Se recomienda que el ente competente, en este caso el ministerio de trabajo supervise de oficio las huelgas que se lleven a cabo en las diferentes empresas con el fin de verificar IN SITU que el empleador este cumpliendo con las normativas establecidas en nuestra normativa laboral donde se prohíben cualquier actuación por parte del empresario que busque privar de efectividad a la huelga, o adoptar medidas que directa o indirectamente busquen neutralizar o disminuir los efectos naturales que una huelga puede producir.
3. Respecto a facultad del empleador para introducir cambios o modificar turnos, días u horas así como la forma y modalidad de la prestación de las labores obedeciendo el criterio de razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo debo señalar que, se es una facultad que no debe ser ejercida de manera desmedida, toda vez, vulnerando así, el derecho a la huelga con lo que goza el

trabajador, tómesese en cuenta que dicho derecho busca garantizar mejores condiciones de trabajo y remuneración.

4. Se debe tener en cuenta que la prohibición del esquirolaje interno, en nuestra legislación debe ser tratada de manera especial pese no tener un tratamiento específico, porque su protección garantiza derecho fundamental como es el derecho a la huelga. Se espera que nuestros legisladores tomen en cuenta a futuro realizar diversos propuestas respecto al esquirolaje interno, con el fin de garantizar una debida protección al trabajador y no colisionen derechos fundamentales

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS FISICOS

- 1) Arce Ortiz Elmer. (2008). Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias. Lima: Palestra Editores.
- 2) Alonso Olea Manuel y Casas Baamonde M. Emilia. (1995). Derecho del Trabajo. Décimo cuarta edición. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- 3) Blancas Bustamante Carlos. (2011). La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima: Editorial PUCP.
- 4) Blancas Bustamante Carlos. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: Jurista Editores EIRL.
- 5) Boza Pro Guillermo. (2008). La protección constitucional de la libertad sindical (comentarios a la jurisprudencia del tribunal constitucional, en particular de la sentencia del 5 de enero del 2006). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Trabajo y Seguridad Social. Lima.
- 6) Cortés Cárcelen Juan y Pizarro Díaz Mónica. (2009). Las Obligaciones laborales derivadas de la voluntad unilateral del empleador. En Renato Mejía, Jorge Toyama, Mauro .

- 7) De Ferrari, Francisco. (1977). Derecho del Trabajo. Volumen II. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- 8) Giugni, Gino. (1983). Derecho Sindical. Primera Edición en Español. Traducción y Estudio por preliminar por José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- 9) Juan Asenjo Oscar. (1984). La Constitución económica española. Iniciativa económica pública versus iniciativa económica en la constitución española de 1978. Madrid: Editorial: Centro de Estudios Constitucionales.
- 10) Lupo Hernández Rueda. (1997). Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social. México. Editorial: Instituciones de investigaciones jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.
- 11) Monereo Pérez José. (2008). El modelo normativo de Huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Cabeza Pereiro, Jaime. El conflicto colectivo y la huelga: estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez. Murcia: Laborum.
- 12) Neves Mujica Javier. (2002). Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. Asesoría laboral. Lima. Número 137.
- 13) Neves Mujica Javier. (2013) Introducción al derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- 14) Palomeque López Manuel. (2005). Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga. En Baylos Grau, Antonio. Estudios sobre la Huelga. Albacete: Editorial Bomarzo.
- 15) Palomeque López Manuel. (2013). La Regulación sobre del Derecho de Huelga. Conferencia presentada en el ciclo de jornadas de Estudio Laboral realizado en la Confederación de Empresarios en Navarra (CEN). Navarra. Consulta 13 de setiembre del 2013. <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com/>
- 16) Pasco Cosmópolis Mario. (1996). La Huelga en el Perú. Lima: Editorial Aele.
- 17) Peña Cabrera Freyre Alonso. (2013). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Lima: Editorial: IDEM SA.
- 18) Rubio Correa Marcial. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- 19) Sala Franco Tomas. (2003). La Huelga. En Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio. Derecho Sindical. Novena Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- 20) Sala Franco Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio. (2003). Derecho Sindical. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- 21) Ugaz y Luis Vinatea. Estudios de derecho del trabajo y de seguridad social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Editora Jurídica y Librería Grijley.

PAGINAS VIRTUALES:

- 1) Barreto Guione Hugo. (2012). “¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT”. Informes de la Fundación 1º de Mayo. Madrid. Consulta: 27 de Setiembre del 2013. <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Laborda.pdf>
- 2) Canessa Montejo Miguel. (2006). Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional. Tesis de Doctorado. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3021/5/tesis_canessa_2006.pdf
- 3) Confederación de Empresarios de Navarra (CEN). Navarra: Consulta 13 de Setiembre del 2013. <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com/>
- 4) Gonzáles de Patto Rosa. (2008). La dimensión provocada: Estudio sistemático del artículo 80 del Estatuto de los Trabajadores. Tesis de Doctorado. Granada: Universidad de Granada. Consulta: 19 de Setiembre del 2013. <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/2137/1/17804206.pdf>
- 5) Oficina Internacional del Trabajo. *La Libertad Sindical recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT*. 2006. Quinta Edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. pp 115.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090634.pdf

- 6) STC 1405-2010-PA/TC, Fundamento 15; STC 0013-2007-AI/TC, Fundamento 24; STC 3330-2004-AA/TC, fj. 13.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.pdf>
- 7) STC 8152-2006-PA/TC, fj. 63.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08152-2006-AA.html>
- 8) STC 0008-2003-AI/TC, fj. 39.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- 9) STC N° 0008-2005-PI/TC; fj. 22 (fundamento 40.)
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- 10) STC N° 008-2005-PI/TC, fj.41.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- 11) STC N° 10287-2005-PA/TC. (Fundamento 7)
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/10287-2005-AA.html>
- 12) STC 1941-2002-PA/TC, Fundamento 5.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01941-2002-AA.html>
- 13) STC N° 2211-2009-PA/TC, fundamento 12 y 13.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02211-2009-AA.html>
- 14) STC TC Español, Pleno 11/1981.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11>

- 15) Oficina Internacional del Trabajo. *La Libertad Sindical recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT.* 2006.
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70003:0::NO::P70003_EDIGEST_PARA_NO:827
- 16) **Tesis** “DERECHO DE HUELGA, ESQUIROLAJE E INSPECCIÓN LABORAL” PUPC
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6338/HUARCAYA_LIZANO_CARLOS_DERECHO_HUELGA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/800/1/Edder_Tesis_bachiller_2016.pdf