



FABRICA DE CINTAS ARBONA S.A.

AV. ARGENTINA 4510 - CALLAO 1 APARTADO 4385 - LIMA 1
TELF.: 524343 FAX: (5114) 326630



CULTURAL CUZCO S.A.

EDITORES

**AL SERVICIO
DEL DERECHO**

Telef. 220475

La Huelga en los Servicios Esenciales y el Decreto Ley 25593

Juan Carlos Cortés

Profesor de Derecho Laboral de la PUC

Introducción

Las materias que están referidas a conflictos entre derechos, y sobre todo si son derechos fundamentales constitucionales, resultan muy interesantes en los planos teórico, práctico y normativo.

Es el caso del derecho de huelga y los denominados servicios esenciales, que tiene la particularidad que el conflicto se presenta entre ese derecho de los trabajadores y los derechos de personas ajenas a la relación laboral.

A pesar de la importancia del tema, su discusión en nuestro país, es reciente e incompleta. Esto debido, entre otras cosas, a la poca importancia que le han dado los actores sociales a esta materia.

De un lado el sector laboral, no ha tenido una mayor preocupación porque, entre otros factores:

-No había diferencia entre las huelgas que se realizaban en los servicios esenciales y las paralizaciones en los otros sectores. Ambas recibían el mismo trato, generalmente la calificación de ilegalidad de la huelga, con las consecuencias de dicha declaración (despidos y otros tipos de sanciones).

-La restricción que se pretendía frente a la huelga de estos sectores era total, y no una limitación a través del mantenimiento de los servicios mínimos ("la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediabilmente los derechos fundamentales ... en colisión con el derecho de huelga")¹.

-Generalmente los trabajadores se despreocupaban del mantenimiento de los servicios mínimos, en tanto, los no huelguistas o los jefes se encargaban de realizar esas actividades mínimas (la excepción a esto, podrían ser las huelgas de los médicos y enfermeras en las que usualmente se constituyen piquetes en emergencia, cuidados intensivos, etc.).

-Ligado a lo anterior, las organizaciones sindicales, enfrascadas en sus luchas reivindicativas, no han tomado la debida atención a los otros sectores de la sociedad que se ven afectados en sus derechos básicos por las medidas huelguísticas.

De otro lado, el sector empleador incluyendo al Estado como tal (empresas públicas), asumiendo posiciones radicales y en defensa de sus intereses concretos, ha buscado la eliminación o el fracaso de la huelga, no considerando las repercusiones de su actitud en la población.

La duración extrema de una huelga en servicios esenciales puede explicarse de algún modo por la intransigencia del sector laboral (justificada o no), pero también por una falta de voluntad de la parte empleadora de buscar una solución al conflicto o porque la estrategia empresarial consiste en que los trabajadores abandonen la medida por aburrimiento. En ambas actitudes no se miden las serias consecuencias para la población.

El Estado, como actor social -y no como empleador-, también ha tenido su responsabilidad en esta materia, en tanto no ha sabido encauzar los

1. BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho de huelga y servicios esenciales*. 2da. ed. Tecnos. Madrid, 1988. p. 195.

conflictos, y recién después de muchos intentos fallidos, ha emitido una regulación sobre esta materia. Primero mediante el Decreto Supremo 070-90-TR, y posteriormente el Decreto Ley 25593, que desde nuestro punto de vista, no garantiza ninguno de los derechos que se deberían proteger^{2,3}.

La discusión sobre esta materia, implica pues, una rica discusión teórica, pero también es necesario tener en cuenta la propia realidad, en tanto está en juego el ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

El presente artículo pretende analizar un aspecto de la regulación de la huelga en los servicios esenciales en el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), y es el referido a la determinación de los servicios esenciales.

Terminología

La norma utiliza principalmente la denominación de **servicios públicos esenciales**, entendiendo el servicio público no desde el punto de vista de quien brinda el servicio, sino de quien recibe el servicio. En el concepto están involucrados ciertos servicios brindados por el Estado, como también por los particulares.

Como señala Blancas Bustamante lo público "se dirige a poner en relieve el interés general de la comunidad involucrada en determinados servicios"⁴.

La LRCT y su reglamento también utilizan para referirse a estos servicios la denominación de servicios esenciales (por ejemplo, en el 2do. párrafo del art. 82 de la ley, o en título del capítulo correspondiente del reglamento), no existiendo ninguna diferencia entre ambas denominaciones.

En el ámbito de la legislación comparada, ambos conceptos son utilizados. A manera de ejemplo, la legislación italiana se refiere a los servicios públicos esenciales (Ley 146, del 12 de junio de 1990), en el caso argentino de servicios esenciales (Decreto 2184/90, del 16 de octubre de 1990) y en la normativa del Brasil, se utiliza servicios o actividades esenciales (Ley 7783, del 28 de junio de 1989).

Ambas denominaciones significan en nuestro caso lo mismo, por lo que las utilizaremos indistintamente.

Determinación de los servicios esenciales

Un primer aspecto a tratar es el elemento de esencialidad de los servicios. Este, en principio, debe ser flexible, de tal manera que no se encuentre encorsetado en parámetros que no permitan la adecuación, ni la evolución de este concepto a las diferentes realidades.

La esencialidad de un servicio puede modificarse en el transcurso del tiempo, a causa de los cambios operados en las necesidades de la población, como resultado de alteraciones en las conductas culturales, económicas, sociales, etc. Lo que para un sector de la población hoy es esencial, puede no serlo dentro de algunos años, o viceversa, lo que hoy día no es considerado como esencial podría convertirse en tal.

Del mismo modo, la esencialidad de un servicio puede diferenciarse de un sector a otro, debido a que las prioridades o necesidades de unos no son las de otros. "La esencialidad de los servicios puede variar según las *jurisdicciones*, a tenor por ejemplo de la clase o densidad de la población, nivel de ingresos, etc., siendo las ciudades centrales más

2. La despreocupación del Estado también se ha mostrado en los pocos recursos designados para el mantenimiento y crecimiento de los servicios esenciales, así como para brindar un servicio eficiente.
3. Hay dos circunstancias más que acompañan la actitud de los actores sociales. La primera, es el rol que han tenido los medios de comunicación en el tratamiento de esta materia, el cual ha consistido básicamente en alentar indirectamente el conflicto (entre las partes, y entre las partes y la población) y demostrando su preocupación sobre esos servicios únicamente cuando se estaba ante una huelga. La segunda es la relativización de los servicios esenciales en nuestra actual coyuntura por dos situaciones. En primer lugar, ¿qué parte de la población está cubierta por esos servicios esenciales?, y segundo lugar, si estos servicios siguen siendo esenciales, para quienes supuestamente accedemos a ellos, en tanto no los disfrutamos o lo hacemos en una pequeña escala, ya sea por los actos terroristas o porque la naturaleza nos lo impide (¿falta de lluvias o falta de previsión del Estado?). Como consecuencia de lo anterior, no pretendemos manifestar que no debe limitarse la huelga con ocasión de los servicios esenciales, sino más bien, preguntarnos sobre la esencialidad de ciertos servicios y de las empresas que los brindan.
4. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La huelga en los servicios esenciales*. En: Asesoría Laboral N° 20. Agosto 1992. p. 23.
5. LEWIN, FEVILLE y KOCHAN. *Public Sector Labor Relations*. Citados por OJEDA AVILES, Antonio. *Derecho Sindical*. 4ta. ed. Tecnos. Madrid, 1988. p. 387. Nota. 22.

vulnerables que los suburbios; la proximidad al servicio y la necesidad de los diversos ciudadanos puede variar grandemente”⁵.

Si la esencialidad no es un elemento elástico y flexible, se puede caer en el error de determinar o mantener un servicio como esencial para un sector o toda la población, cuando no lo es, y viceversa; de tal manera que puede acarrear una injustificada restricción al derecho de huelga, o una desprotección al ejercicio de un derecho indispensable de la población.

Esto implica una necesaria valoración de las formas de determinar los servicios esenciales y el contenido de las mismas, con la participación de los sectores involucrados, de tal manera que se tenga una adecuada percepción de cuáles son los servicios esenciales y cuál debe ser su protección; evitando así las copias de otras legislaciones o la simple voluntad de restringir el derecho de huelga por motivos distintos a la protección de toda o parte de la población.

Formas de determinación

Un primer aspecto a tratar sobre las formas de determinación de los servicios esenciales, o como lo denominan algunos autores, el problema procedimental, es el referido a la oportunidad de la determinación.

Existen dos posibilidades, la primera es determinar apriorísticamente los servicios esenciales y la segunda, es calificarlos con ocasión del conflicto. Nos ocuparemos de la primera en tanto es la relacionada con la norma bajo comentario.

Determinar apriorísticamente implica que los sujetos sociales saben de antemano cuáles son los servicios esenciales y si su conflicto se desenvuelve en este tipo de servicios o no. Esta forma de determinación es la más utilizada, por su generalidad y por la adecuación de cada conflicto a lo previamente estipulado.

En esta forma de determinación se distingue a su vez entre la definición de los servicios esenciales y la enumeración de los mismos.

El primero consiste en conceptualizar los servicios, exigiendo que con ocasión del conflicto se analice si los servicios que van a ser paralizados co-

rresponden al tipo definido como servicio esencial. Por ejemplo, se define como tal a aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida de las personas. Con ocasión de una amenaza de paralización en un laboratorio farmacéutico se procederá a analizar si el servicio que presta dicha entidad esta dentro del supuesto de la norma. Si lo fuera, los trabajadores involucrados tendrían limitado su derecho de huelga.

La ventaja de este tipo de determinación, frente al otro, es su flexibilidad y adecuación a la circunstancias. Pero a su vez, la elasticidad puede resultar una desventaja si, por falta de madurez, se pretende abusar de esa flexibilidad, ya sea del lado empresarial o del laboral, o del Estado, dependiendo a quien corresponda la aplicación en el caso concreto de la definición.

La enumeración es un listado que especifica cuáles son los servicios esenciales que estarían comprendidos en la limitación del ejercicio del derecho de huelga. Esa enumeración puede ser abierta o cerrada. Esta forma de determinación otorga cierta seguridad a los sujetos sociales sobre cuáles son los servicios esenciales, y si los servicios que presta la entidad o empresa están incluidas en ellos. Si se determina que las telecomunicaciones son servicios esenciales, tanto el empleador como los trabajadores de la empresa Celular 2000, saben de antemano que los servicios que prestan están considerados como esenciales.

La desventaja de esta forma de determinación es la posible no adecuación a las realidades cambiantes. Situación que se relativiza con los listados abiertos.

El Decreto Supremo 070-90-TR, antecedente de la actual normativa, contenía una fórmula mixta. Por un lado, definía a los servicios esenciales⁶, pero a la vez los enumeraba. Hasta cierto punto la definición carecería de sentido, en tanto el listado contemplado era abierto. El último inciso de la enumeración contemplaba la posibilidad de declarar los denominados servicios esenciales sobrevinientes (“aquellos que por la extensión, duración u oportunidad de la interrupción, del servicio o actividad, pudieran poner en peligro la vida, la salud, la libertad, o la seguridad de las personas... -art. 2 inc. g-).

La LRCT ha optado únicamente por la enumeración de los servicios esenciales, obviando cualquier

6. El art. 1o., los definía como “aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la libertad, la seguridad o la salud de las personas y que hacen necesario garantizar la prestación de un servicio mínimo que evite estos riesgos”.

definición sobre los mismos. A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, en esta oportunidad si hubiera sido necesario una definición de los servicios esenciales por el tipo de enumeración acogida por la actual legislación.

¿Cuáles son los servicios esenciales?

Un aporte fundamental en este campo - el problema de fondo o material- es el otorgado por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (CLS), mediante la definición de los servicios esenciales, que ha servido de base para el análisis de las quejas que resuelve dicho organismo.

El CLS ha definido a los servicios esenciales como aquellos "cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población".

Este organismo opta por una definición estricta de los servicios esenciales asumiendo la referencia directa a los derechos que debe proteger. Y, asimismo adopta una posición restringida en cuanto los derechos que están sujetos a dicha protección.

Esta definición ha servido de marco para muchas legislaciones, así como para determinar el respeto o no del ejercicio del derecho de huelga, por el organismo internacional.

En similar posición que la definición proporcionada por la CLS, la doctrina mayoritaria prefiere una noción estricta de los servicios esenciales, calificándolos en función, no de la naturaleza de la actividad que se despliega, sino de acuerdo al resultado que con dicha actividad se quiere conseguir, esto es, por la naturaleza de los derechos e intereses a cuya satisfacción la prestación se encamina.

El objeto de la protección son los derechos fundamentales de terceros, por lo tanto, el punto de referencia directo son esos mismos derechos.

También se ha distinguido dos concepciones sobre los derechos o intereses que tienen que estar protegidos. La concepción amplia considera que son servicios esenciales todas aquellas actividades que tengan por finalidad proteger derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no estableciendo una graduación entre ellos, ni diferenciándolos por su inaplazabilidad. Sólo basta que tengan el carácter de constitucionales.

La concepción contraria, denominada restringi-

da, determina como servicios esenciales únicamente a aquellos servicios que son de vital importancia o indispensables para los usuarios, que de no proporcionárselos, podrían peligrar ciertos bienes jurídicos inaplazables. En esta concepción se ubica la definición del CLS anteriormente transcrita.

La opción peruana

La LRCT en su art. 83 ha determinado cuáles son los servicios públicos esenciales. Estos son:

- a) Los sanitarios y de salubridad
- b) Los de limpieza y saneamiento
- c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible
- d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias
- e) Los de establecimientos penales
- f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones
- g) Los de transporte
- h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales
- i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de la República
- j) Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes.

Hay aspectos importantes que comentar sobre este artículo.

1. El inciso h) se caracteriza por su amplitud e indefinición. En primer lugar, no es claro si la naturaleza estratégica está en función del respeto de los derechos de la población, o si más bien, se pretende proteger otro tipo de bienes. Si nos atenemos a los antecedentes en cuanto a este concepto, en diversas normas se ha calificado a ciertas actividades como estratégicas; es el caso de la pesca, de la producción siderúrgica, de la producción minera, etc.

Creemos que inclusive utilizando el concepto amplio de servicio esencial, el término ambiguo de naturaleza estratégica no se puede asimilar a aquél. Consideramos que esta norma pretende restringir la huelga en determinadas actividades económicas, lo cual conceptualmente es diferente a la restricción de la huelga en los servicios esenciales. El objetivo de la restricción de la huelga en ciertas actividades económicas pretende ser total, a diferencia de los servicios esenciales donde se mantiene el servicio mínimo. Por ejemplo, si se declara que los servicios de producción de minerales son un servicio esencial, la idea que subyace es que no paralicen las labores y que se siga produciendo normalmente, porque en todo caso, ¿cuál es el servicio mínimo que se debe-

ría mantener?. Estamos pues, ante lógicas limitativas diferentes, en cuanto al contenido de la restricción y al bien jurídico tutelado.

En este mismo inciso, resulta sorprendente que también se denominen servicios públicos esenciales a los que se vinculen con la defensa o seguridad nacionales. También en este caso, no estamos ante la protección de derechos constitucionales de los individuos, sino que se pretende resguardar otros bienes. Por ejemplo, la producción de armamento, de acuerdo a esta norma, está vinculada a la seguridad nacional, por lo que podría ser considerado como servicio esencial. Sin embargo, ¿es servicio esencial para la comunidad la producción de armamento?, ¿cuáles son los derechos del individuo que se están protegiendo?. Si se paralizara por algunos días la producción en tiempos normales, ¿estaría en peligro la vida, la seguridad o la salud o cualquier otro derecho constitucional de la persona? Consideramos que no. ¿Cuál es el mínimo de la actividad que no debería paralizar? ¿La producción de balas? Nuevamente se está incluyendo dentro de los servicios esenciales, servicios que no lo son.

2. La administración de justicia, de acuerdo a la normativa, no es un servicio esencial a priori, sino que lo será si la Corte Suprema de Justicia así lo considera. Es decir, en este caso la esencialidad del servicio opera de acuerdo a la decisión de la Corte Suprema y con ocasión de la huelga. Caso bastante peculiar dentro de la opción asumida por la norma.

3. El inciso j), referido a los servicios cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes, es de una amplitud cuestionable. No se determina a qué tipo de riesgo se refiere, ni cuáles son los derechos protegidos en este campo. El riesgo grave e inminente podría ser a la salud, a la vida, a la integridad, a la libertad individual de la persona, lo cual sería totalmente aceptable dentro del concepto de servicio esencial. Sin embargo, también podrían ser otros tipos de riesgos, incluyendo la protección a derechos no constitucionales.

En este caso hubiera sido conveniente reiterar la regulación del D.S. 070-90-TR referente a los servicios esenciales sobrevinientes.

Por otra parte, la norma contiene una nueva concepción de los servicios esenciales, éstos no sólo protegen a las personas o a los derechos fundamentales de las personas, sino también a los bienes, lo cual resulta erróneo conceptualmente.

4. En función de lo expresado en los puntos anteriores hubiera sido conveniente incorporar en la normativa una definición de los servicios esenciales, de tal manera que sirviera como marco a estos amplios incisos, evitando así los posibles abusos que se pudieran cometer.

5. También referido a los incisos h) y j) resulta importante destacar que en la normativa anterior y en los proyectos de leyes, la calificación de estos servicios estaban a cargo del Poder Ejecutivo, ya sea del Consejo de Ministros o del Ministro del sector. Sin embargo, de acuerdo a la actual norma la calificación la realiza el propio empleador. Cuando éste comunica a sus trabajadores u organización sindical que los representa y a la Autoridad de Trabajo el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, al mismo tiempo califica el servicio como esencial. Es decir, la posibilidad de excesos se incrementa, cuando además la norma no ha dispuesto un procedimiento para impugnar la calificación, sino que tendría que ser a través de la impugnación del número de trabajadores.

6. A pesar de lo anterior, se publicó el 3 de setiembre de 1992, el D.S. 075-92-PCM, que utilizando el inciso h) del art. 83, calificó como servicios esenciales "los de administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles en el país, sean marítimos, fluviales o lacustres", comprendiendo a los servicios de la Empresa Nacional de Puertos, dentro de la calificación.

La justificación de esta norma la encontramos en el segundo considerando de la norma que dice: "teniendo en cuenta el rol preponderante del movimiento portuario en el País, resulta necesario comprender dentro de los alcances de la norma a que se refiere el considerando anterior a los servicios de administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles en el país, sean marítimos, fluviales o lacustres, a fin de garantizar **la continuidad del transporte, así como las normales actividades del comercio nacional e internacional**" (énfasis nuestro).

Al respecto, cabe señalar tres cosas. En primer lugar, no se pretende proteger ningún derecho fundamental (hubiera podido decir, que es indispensable desembarcar alimentos porque eso afecta directamente la subsistencia de la población o una explicación similar), es decir, no interesan los derechos de la población sino la continuación del servicio.

En segundo lugar, la determinación sirvió como argumento base para la calificación de la huelga

ilegal. El objetivo, por tanto, no era la protección de la ciudadanía, sino buscar argumentos para declarar la ilegalidad de la huelga.

Y en tercer lugar, el ejercicio de huelga en un servicio esencial implica que ese servicio se restringe al servicio mínimo indispensable, lo cual no se desprende del decreto supremo, en tanto especifica que debe mantenerse el normal desenvolvimiento de las actividades.

7. Por último, de la comparación entre los quejas resueltas por el Comité de Libertad Sindical y el listado contenido en el Decreto Ley tendríamos lo siguiente:

a) El CLS señala que los servicios hospitalarios, de abastecimiento de agua, suministro de electricidad y servicios telefónicos son considerados como servicios esenciales.

b) El CLS también incluye a los controladores de tráfico aéreo, que no están consignados en la LRCT.

c) El CLS sindical ha señalado que no pueden ser considerados como servicios esenciales: en circunstancias normales el transporte y los trabajos portuarios.

d) En el caso 1081, referido al proyecto aprobado

por el Senado en 1981, en un listado parecido al contenido en la norma⁷, manifestó que en la lista de servicios esenciales figuran algunos que no lo son en el sentido estricto del término, pero sin especificar cuáles.

La OIT no ha tenido una actuación uniforme en este campo, porque por ejemplo, ante la queja que se interpuso contra el D.S. 070-90-TR, frente a una enumeración similar no mencionó nada. Por otra parte, en un memorándum de la Oficina Internacional del Trabajo, comentando el proyecto de ley antecedente de la actual LRCT, se señalaba que los servicios de comunicaciones y telecomunicaciones y de saneamiento no se pueden considerar como esenciales en sentido estricto.

Conclusión

La norma en el aspecto comentado nos parece errónea e insuficiente, lo cual puede traer como grave consecuencia, la restricción severa del derecho de huelga o la desprotección de los derechos de los demás ciudadanos.

Para un tema tan importante como éste, se ha actuado de manera apresurada. Consideramos que es indispensable una diferente regulación que atienda principalmente al objetivo de su particularidad, que consiste en el equilibrio entre derechos constitucionales que se encuentran en conflicto.

7. Aprovechamiento y distribución de agua; luz, energía y comunicaciones; limpieza y saneamiento; cementerios; hospitales, clínicas y otros servicios asistenciales; telecomunicaciones; otros indispensables para la vida social diaria, declarada por el Gobierno con acuerdo del Consejo de Ministros.