

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

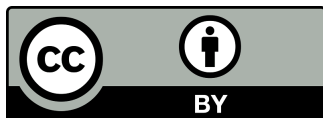
**La viabilidad de la regulación expresa del
esquirolaje interno en materia del derecho de
huelga**

Katherine Cecilia Casa Chicata
Sharon Belen Huallpa Condori

Para optar el Título Profesional de
Abogada

Arequipa, 2022

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno en materia del derecho de huelga; dicha figura es aplicada de forma implícita, pues solo se considera de forma expresa el “esquirolaje externo” dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo; asimismo, el tipo “sustitución” es señalado de forma general dentro del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y considerado en el Anteproyecto de Código del Trabajo; de los casos presentados se evidenció que existe desconocimiento de la figura por parte de los sujetos de la relación laboral, lo que provoca, por un lado, conductas desleales del empleador al desconocer su tipificación, y, por otro lado, los empleados no denuncian tal hecho al ignorar que esta práctica es atentatoria al derecho de huelga; en tal sentido, se ha empleado la metodología de análisis de impacto regulatorio, específicamente el análisis multicriterio, las posibles alternativas de solución, y los costos y beneficios de la alternativa elegida, de lo que resulta factible la modificación del artículo 25.9 del RLGIT. Se pretende coadyuvar a tres sectores: (a) a la sociedad trabajadora, para que el derecho de huelga surta efectos de forma eficiente; (b) a los administrados, es decir, los empleadores, quienes una vez inspeccionados y verificada la configuración de la infracción, pueden seguir un debido procedimiento, mediante el principio de tipicidad, para obtener una adecuada imputación de cargos, eliminándose la incertidumbre jurídica; y, (c) al personal inspectivo, que contará con un instrumento normativo taxativo. Con base en ello, se sugirió una propuesta normativa.

Palabras claves: viabilidad, regulación expresa, esquirolaje interno, aplicación implícita principio de tipicidad, análisis de impacto regulatorio, análisis multicriterio, alternativas de solución, costos y beneficios.

Abstract

The objective of this research work is to analyze the viability of the explicit regulation of internal strikebreaker in terms of the right to strike, this figure is applied implicitly, only the following are considered explicitly the “external strikebreaker” within the Regulations of the General Law on Labour Inspection likewise, the legal type “substitution” is indicated in a generally manner within the Regulations of the Collective Labour Relations Act and considered in the Preliminary Draft Labour Code; from the cases presented, that evidenced there is ignorance of the figure on the part of the subjects of the labor relationship, this causes, on the one hand, unfair employer behavior by ignoring its characterization, on the other hand, employees do not denounce this fact by ignoring the fact that this practice constitutes an infringement of the right to strike; in this sense, the methodology of regulatory impact analysis, specifically multicriteria analysis, has been used, the possible solution alternatives, and, the costs and benefits of the chosen alternative has been clearly identified, Modification of Article 25.9 of the RLGIT is feasible. We intend to help three sectors; (a) the working society, for that the right to strike can be effectively applied; (b) to the employers, in other words, who, once inspected and verified the configuration of the infringement, they may follow a due procedure, following the principle of typicality, to obtain an adequate imputation of charges, eliminating legal uncertainty, and (c) to the inspection staff, who will have an normative exhaustive instrument. On the basis of this, a normative proposal was suggested.

Keywords: viability, express regulation, internal strikebreaker, application implicitly, principle of typicality, regulatory impact analysis, multicriteria análisis, solution alternatives, costs and benefits of the chosen alternative.

Índice de Contenido

Resumen.....	ii
Abstract.....	iii
Índice de contenido	iv
Índice de tablas.....	x
Índice de figuras.....	xi
Introducción	xii
Capítulo I.....	16
Planteamiento del problema de investigación	17
1.1. Tema de investigación delimitado	17
1.2. Planteamiento del problema.....	21
1.2.1. Problema general.....	21
1.2.2. Problemas específicos	21
1.3. Objetivos.....	21

1.3.1.	Objetivo general	21
1.3.2.	Objetivos específicos.....	22
1.4.	Justificación	22
1.4.1.	Justificación teórica.....	23
1.4.2.	Justificación jurídica	23
1.4.3.	Justificación práctica	24
1.4.4.	Justificación de relevancia social	24
1.5.	Delimitación de la investigación.....	24
1.5.1.	Delimitación espacial	24
1.5.2.	Delimitación temporal.....	25
1.5.3.	Delimitación social.....	25
1.6.	Limitaciones de la investigación.....	25
	Capítulo II.....	27
	Marco teórico	27
2.1.	Antecedentes del problema	27

2.1.1.	Antecedentes nacionales	27
2.2.	Regulaciones normativas	34
2.3.	Resoluciones administrativas materia de estudio.....	43
2.3.1	Resoluciones de Subintendencia	46
2.3.2	Resoluciones de Intendencia	51
2.4.	Marco conceptual.....	56
2.4.1.	Pacto social.....	56
2.4.2.	Actos antisindicales.....	57
2.4.3.	El esquirolaje interno	59
2.4.3.1.	Sujetos de la relación laboral frente al esquirolaje interno	63
2.4.3.2.	Tratamiento del esquirolaje interno en el RLGIT, en el Anteproyecto de Código del Trabajo y en Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	67
2.4.4.	Regulación expresa y sobrerregulación.....	74
2.4.5.	Tipicidad.....	78
2.4.6.	Mejora regulatoria en el Perú	79

2.4.7. Análisis de Impacto Regulatorio	82
2.4.7.1. Instrumentos para la aplicación del análisis de impacto regulatorio	85
2.4.7.2. Manuales para la aplicación del AIR Ex Ante.	85
2.4.7.3. Manuales de metodologías para la evaluación de impactos del AIR Ex Ante	87
2.4.7.4. Componentes del AIR	91
a. Identificación de los afectados, magnitud y diagnóstico del problema público	91
b. Identificación del o los objetivos al enfrentar el problema público	93
c. Identificación de las alternativas de solución	93
d. Evaluación de los impactos de las alternativas de solución	94
2.4.7.5. Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex - Ante (Reglamento AIR) Decreto Supremo n.º 063-2021-PCM	101
2.4.7.6. Metodología del AIR	114
2.4.8. Contexto económico nacional	114
Capítulo III	118

Diseño metodológico	118
3.1. Categoría de estudio.....	118
3.2. Método de investigación	119
3.2.1. Tipo de investigación	119
3.2.2. Escenario	121
3.2.3. Técnicas de recojo y análisis de información.....	121
Capítulo IV	123
Resultados.....	123
4.1. Metodología de análisis multicriterio	143
4.1.1. Fase 1: Establecer los objetivos por evaluar	144
4.1.2. Fase 2: Identificar las alternativas regulatorias relevantes	145
4.1.3. Fase 3: Establecer los criterios de evaluación.....	147
4.1.4. Fase 4: Calificar y evaluar el desempeño de las alternativas	155
4.1.5. Fase 5: Asignar los pesos para cada criterio de evaluación, teniendo en consideración la importancia relativa de cada criterio de evaluación específico	160

4.1.6. Fase 6: Calcular la combinación de pesos y calificaciones para cada alternativa regulatoria	165
4.1.7. Fase 7: Evaluación del puntaje y elección de la mejor alternativa.....	170
4. 2 Discusión	175
4.2.1. Metodología del análisis multicriterio y su adecuación	175
4.2.2. Desarrollo de la metodología del análisis multicriterio.....	177
4.2.3. Evaluación y resultado de la alternativa preferida	181
4.2.4. Enfoque de los costos y beneficios de la alternativa	183
4.2.5. Propuesta normativa.....	185
4.2.6. Alcances complementarios.....	186
Conclusiones	191
Recomendaciones	195
Referencias.....	196

Índice de tablas

Tabla 1 <i>Evaluación de los impactos de las alternativas de solución</i>	94
Tabla 2 <i>Cuadro detallado de costos y beneficios para cada alternativa</i>	134
Tabla 3 <i>Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR</i>	147
Tabla 4 <i>Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: Que los integrantes de la relación laboral tomen conocimiento de la figura</i>	149
Tabla 5 <i>Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: facilitar la labor inspectiva</i>	151
Tabla 6 <i>Criterios de evaluación de acuerdo al objetivo: Mantener las cosas en el estado actual (statu quo)</i>	153
Tabla 7 <i>Calificación y evaluación de las alternativas de solución</i>	156
Tabla 8 <i>Pesos asignados para cada criterio de evaluación</i>	161
Tabla 9 <i>Combinación de ponderadores y calificaciones</i>	165
Tabla 10 <i>Combinación de ponderadores y calificaciones de las dos alternativas regulatorias</i>	168
Tabla 11 <i>Evaluación del puntaje y elección de la mejor alternativa</i>	170

Índice de figuras

Figura 1. Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N.º 629-2021- SUNAFIL/IRE- ARE/SIRE	47
Figura 2. Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N.º 720-2021- SUNAFIL/IRE- ARE/SIRE	48
Figura 3. Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N.º 721-2021- SUNAFIL/IRE- ARE/SIRE	50
Figura 4. Diagrama de flujo de obligaciones de las entidades públicas según el reglamento del análisis de impacto regulatorio.....	106
Figura 5. Diagrama de flujo de funciones de la Comisión multisectorial de calidad regulatoria, según el reglamento del Análisis de Impacto Regulatorio	106
Figura 6. Diagrama de flujo de funciones de la secretaría técnica según el reglamento del análisis de impacto regulatorio.....	109
Figura 7. Diagrama de flujo de supuestos que están fuera del alcance del análisis de impacto regulatorio, según su reglamento.	111

Introducción

La presente investigación refleja la realidad concerniente a los conflictos que acaecen día a día, específicamente dentro del ámbito laboral, los reclamos que puedan surgir dentro de la relación entre trabajador y empleador, conflictos que devienen debido a la falta de condiciones benéficas en cuanto a lo sociolaboral y económico; utópicamente hablando, se arribaría a una solución pronta, donde los descargos presentados serían mejorados por ambas partes en el menor tiempo posible, sin perjudicar a ninguna de ellas; sin embargo, suele ocurrir todo lo contrario, y es por ello que el trabajador recurre a presentar sus reclamos mediante una manifestación, es decir, ejerciendo su derecho de huelga. Por esta razón, el empleador, como parte de sus intereses y procurando que no se detenga el sistema productivo dentro de la empresa, adopta mecanismos que enervan los efectos de la huelga; entre ellos, la sustitución de trabajadores internos. Cabe señalar que dicho acto no está regulado expresamente dentro de la materia laboral; primeramente, en los albores y el surgimiento del derecho de huelga dentro del ordenamiento jurídico peruano no se estableció como tal la figura referente a aquellos actos que devinieran en la sustitución de trabajadores huelguistas; posteriormente, los instrumentos legales en los que se empezaron a calificar dichas actividades y mecanismos utilizados por el empleador al momento de “reemplazar” a los trabajadores huelguistas, se inició con el Decreto Ley N.º 25593, Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, publicada el 2 de julio de 1992, y el Decreto Supremo N.º 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, de fecha 14 de octubre de 1992. La legislación precedente señalaba el derecho de huelga y, asimismo, hacía referencia a que el empleador no podía contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga;

no obstante, el contenido del artículo fue abordado de manera incipiente; actualmente, dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo N° 28806, se describe el reemplazo de trabajadores, haciendo alusión únicamente al esquirolaje externo, dejando un vacío legal concerniente a la sustitución interna de trabajadores; por consiguiente, al día de hoy, dicha figura se aplica de forma analógica e implícita.

Es por ello que la presente investigación, como parte de la evolución personal, busca dar un realce de forma académica, a nivel social y, sobre todo, dentro del ámbito universitario, respecto a los actos que podrían atentar contra el derecho de huelga, teniendo en cuenta que para el desarrollo personal de cada individuo, el trabajo formará parte indispensable de su vida, y más aún, desde una perspectiva profesional, será imprescindible tener en cuenta que, ante cualquier disconformidad dentro del centro laboral, primeramente, se puede ejercer el derecho colectivo de trabajo, es decir, pertenecer a un sindicato, y, por consiguiente, a participar de una manifestación legalmente aprobada, es decir, ejercer de forma legítima su derecho huelga, medida que no puede ser vulnerada por estar reconocida como derecho fundamental en la Constitución.

Entonces, el motivo por el cual se ha enfocado la presente investigación concerniente a la falta de regulación expresa del esquirolaje interno es para que dentro de la materia laboral, específicamente dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, no se continúe con el vacío legal, sobreentendiéndose a la figura y aplicándose esta de manera implícita, ya que es un acto que al ejecutarse enerva los efectos de la huelga, derecho humano enmarcado dentro del principio pro persona, con carácter tuitivo y reconocido constitucionalmente. Asimismo, se pretende que dentro del sistema inspectivo, se cuente con una herramienta legal y típica, a fin de que las actuaciones inspectivas sean rápidas y eficientes, para que, una vez comprobada la

infracción, se emita el acta correspondiente y se remita a la autoridad encargada para dar inicio al procedimiento administrativo sancionador.

Cabe resaltar que la presente investigación está desarrollada con base en un enfoque cualitativo, teniendo un propósito intrínseco descriptivo, y un propósito extrínseco aplicado, con la finalidad de resolver el problema público de esta investigación; así también, como sustento se utilizará la investigación bibliográfica y documental, de la mano de una metodología de investigación de estudio de casos y centrada en la línea de investigación del derecho laboral, concerniente al derecho de huelga. Entonces, el diseño metodológico utilizado se fundamenta sobre la base de los documentos, tesis, normas y resoluciones (Intendencia y Sub Intendencia) referentes a la figura del esquirolaje interno. Igualmente, al fundamentar sobre el análisis de impacto regulatorio, se analizarán las normas, guías, manuales y planes piloto; teniendo como criterio de selección de documentos el análisis e interpretación, para así poder identificar cuál es el tratamiento y la forma en que se emplea la figura. Del mismo modo, se comprobará si al día de hoy en materia laboral está debidamente tipificada, ello conforme con las técnicas de recojo de información, en este caso a través de páginas y portales web de acceso público, en los cuales se halla la información requerida para realizar de mejor manera la investigación, mediante el manejo del instrumento ficha de análisis documental.

Complementariamente, se empleará la metodología de análisis de impacto regulatorio centrada en el uso de la metodología de análisis multicriterio, para escoger la mejor alternativa de solución al problema planteado.

El presente estudio está dividido en cuatro capítulos. El primer capítulo comprende el planteamiento del problema, en donde se delimita el tema de investigación, se señalan el problema

general y los problemas específicos; asimismo, se establecen el objetivo general y los objetivos específicos, además de la justificación de la investigación, tanto teórica como práctica, jurídica, metodológica, económica y de relevancia social. Por último, se hace referencia a las limitaciones de la investigación.

El segundo capítulo desarrolla el marco teórico, que incluye, primeramente, los antecedentes del problema, internacionales y nacionales, para luego tratar los conceptos relevantes. En este se desarrollará lo concerniente al pacto social y todo lo referente al esquirolaje interno; también, el tratamiento de dicha figura en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo N.º 28806, en el Anteproyecto del Código de Trabajo y dentro del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; de ahí, lo relativo a la regulación expresa, a la mejora regulatoria en el Perú. También, en qué consiste el análisis de impacto regulatorio, los instrumentos para su aplicación y los componentes que esta comprende; además, en qué consiste el Reglamento que desarrolla el marco institucional que rige el proceso de Mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex - Ante (Reglamento AIR) Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM, lo referente a la metodología del AIR y, por último, un alcance del contexto económico nacional.

El tercer capítulo está enfocado en la metodología, se describe el diseño metodológico, la categoría de estudio y el método de investigación utilizado, dentro del cual se enmarcará el tipo de investigación, el escenario y las técnicas de recojo y análisis de información.

Finalmente, en el capítulo cuarto se detallan de forma analítica los resultados obtenidos, con especial énfasis en la metodología de análisis multicriterio (AMC), desarrollando las siete fases que esta comprende, y, de forma concluyente, se mostrará la discusión, en la que se dará a entender

el porqué del desarrollo de la metodología del AMC y su adecuación, se detallará la evaluación y el resultado de la alternativa preferida, el enfoque de los costos y beneficios de la misma; se incluirá la propuesta normativa y, a modo de cierre, los alcances complementarios.

En ese contexto, el alcance de la presente investigación está orientado a demostrar la importancia de la regulación expresa del esquirolaje interno, y la posibilidad de incorporar dicha figura, ya sea dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga o, únicamente, dentro del artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. Cabe señalar que se presentaron algunas limitaciones relacionadas con el tipo metodológico, la falta de datos disponibles y/o confiables y, en cuanto al acceso a cierta información, sobre el tipo atribuible al investigador.

Capítulo I

Planteamiento del problema de investigación

1.1. Tema de investigación delimitado

En la presente investigación se tocará el tema de la regulación del “esquirolaje interno” en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo N.º 28806, en el Perú, debido a que en la actualidad esta figura jurídica no se encuentra regulada de forma expresa, lo que se vislumbra en la aplicación implícita de la figura a través de jurisprudencia, resoluciones de Sub Intendencia (Resolución de Sub Intendencia N.º 629-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE, Resolución de Sub Intendencia N.º 720-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE, Resolución de Sub Intendencia N.º 721-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE) y resoluciones de Intendencia (Resolución de Intendencia N.º 024-2022-SUNAFIL/IRE-AQP, Resolución de Intendencia N.º 107-2022- SUNAFIL/IRE-AQP y Resolución de Intendencia N.º 133-2022-SUNAFIL/IRE-AQP). Asimismo, en el ámbito administrativo se han pronunciado por medio de oficios, informes, resoluciones administrativas, legislación comparada y doctrina; cabe señalar que en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo 019-2006-TR (en adelante RLGIT), se sancionan aquellos actos que impiden el libre ejercicio del derecho de huelga, entre los que se encuentra la sustitución de trabajadores huelguistas de forma externa, que doctrinariamente es conocido como “esquirolaje externo”, figura que desde el momento de su incorporación dentro del reglamento, ha venido siendo utilizada para sancionar los actos que comprenderían la sustitución de trabajadores huelguistas de la propia empresa que no se encuentren en huelga, es decir, de forma interna. Es necesario resaltar que la Constitución Política del Perú protege los derechos colectivos del trabajador, el derecho de sindicalización, negociación colectiva

y derecho de huelga, encontrándose en esta ultima su afectación y/o vulneración al emplearse la figura del esquirolaje interno.

El problema que motiva esta investigación es la falta de tipificación del esquirolaje interno, la cual se aplica de manera implícita y trae consigo, primeramente, que los inspectores laborales no puedan proponer como tal una sanción al acto de esquirolaje interno o, en su defecto, en el caso contrario de que sí se proponga, esta sea desestimada en etapas posteriores dentro del procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, no podría calificarse como infracción “grave” o en el caso “muy grave”, máxime si no se encuentra regulado el tipo legal, es decir, que exista una falta de imputación y/o con ello se alarguen de forma innecesaria los procedimientos; a causa de ello, los empleadores al presentar sus descargos llegan a alegar que dicha figura no está tipificada; por ende, no contraería sanción, y el hecho de imputarlos por parte de la autoridad administrativa podría devenir en creaciones fictas no previstas en la ley; de igual forma, se cuestionaría la objetividad por parte de los inspectores de trabajo, causando perjuicio económico procedimental. A consecuencia de ello, se desprende la existencia de ausencia de predictibilidad en la resolución de los casos en los que se configuraría el esquirolaje interno.

En segundo lugar, los trabajadores desconocen como tal la figura y, por ende, no pueden reclamar o denunciar en el caso de que se tome dicha medida o mecanismo por parte del empleador. En tercer lugar, la empresa suele recurrir a ese mecanismo para evitar o enervar los efectos negativos que contraería la huelga, concurriendo en prácticas que van en contra de la actividad sindical.

Para de alguna manera llegar a una solución, se busca adecuar dicha figura normativa con base en el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), al artículo 25.9 del RLGIT, metodología que tiene como objetivo que se tomen decisiones orientadas a una solución coherente, eficiente, efectiva y transparente para la sociedad en su conjunto. En ese contexto, el AIR fomenta un traspaso de una práctica de regulación legalista para orientarse a un enfoque basado en evidencia y análisis de impactos de alternativas de solución (regulatorias y no regulatorias), obteniendo con ello los mejores beneficios, para los integrantes de la relación laboral: trabajadores huelguistas y no huelguistas, empleadores, sindicatos, así como también para el sistema inspectivo.

Entonces, asumiendo que se llegue a incorporar la figura del esquirolaje interno con base en el AIR, los operadores jurídicos podrán aplicar la figura de manera adecuada, conforme con los principios de legalidad, tipicidad, economía y celeridad procesal, sin incurrir en ilegalidades, brindando seguridad jurídica y predictibilidad.

En el Perú, el RLGIT no ha cumplido su función, respecto de calificar de forma clara y objetiva como infracción a la sustitución interna de trabajadores huelguistas, con la finalidad de que si se incurre en dicho acto, este pueda ser sancionado posteriormente. Ello se observa en determinadas resoluciones de intendencia de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil), en las cuales prima la decisión, por parte de la autoridad administrativa, la cual basa su resolución en doctrina y en la aplicación analógica de la ley. Como bien señaló Torres Vásquez (como se citó en Coca, 2020), la aplicación analógica de la ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil) hace referencia a la integración:

Dentro de un procedimiento llenar las lagunas de la ley se le denomina integración del derecho; la integración no es interpretación de la ley, sino consiste en llenar las lagunas de la ley recurriendo en primer lugar a la analogía y, si esto no es posible, se acude al derecho subsidiario (supletorio). (párr. 15)

Pero, al leer el término “analogía” dentro del marco normativo, se entiende que consiste “en que el caso no normado sea semejante sustancialmente al previsto por la norma, es decir, que uno y otro tengan uno o más elementos comunes y los demás distintos, con tal que las divergencias no sean sino accidentales” (Llambías, como se citó en Coca, 2020).

En consecuencia, se busca llenar el vacío de forma expresa y coherente, a fin de no incurrir en la aplicación de analogías; con esto se logra que al resolverse un caso donde se incurra en esquirolaje interno se determine conforme a la ley y no de forma analógica, ya que conforme se ha venido viendo, las empresas que incurrían en dichos actos sustentaban la falta de legalidad y tipicidad de la norma, y se encontraban disconformes con la sanción económica impuesta, lo que llevaría a un hipotético desequilibrio a la hora de resolver. Asimismo, de las resoluciones revisadas, las empresas hacen referencia, en sus descargos, al artículo 37° de la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806, 2006), el cual señala en su último párrafo que “no se podrá imponer sanción económica por infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento”.

Finalmente, la falta de regulación expresa afecta no solamente a los trabajadores, sino también a los empleadores y al sistema inspectivo dentro del territorio nacional; es por ello que,

con base en el AIR, se busca proporcionar a los operadores jurídicos una base de evidencia sólida y coherente en torno a los diferentes impactos (positivos y negativos) de una serie de alternativas de solución que se irán presentando en el desarrollo de la presente investigación, las cuales serán factibles y estarán en relación con el problema público identificado. En pocas palabras, la finalidad es que se incorpore la figura del “esquirolaje interno” al RLGIT, de manera típica y expresa.

1.2.Planteamiento del problema

1.2.1.Problema general

¿Es viable la regulación expresa del esquirolaje interno en materia del derecho de huelga?

1.2.2.Problemas específicos

- ¿Cuál es el problema público vinculado con el esquirolaje interno en materia del derecho de huelga?
- ¿Cuáles son las alternativas de solución para el problema público identificado?
- ¿Cuáles son los costos y beneficios de la alternativa de solución elegida?

1.3.Objetivos

1.3.1.Objetivo general

Determinar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno en materia del derecho de huelga.

1.3.2.Objetivos específicos

- Describir el problema público vinculado con el esquirolaje interno en materia laboral.
- Establecer las alternativas de solución para el problema público identificado.
- Identificar los costos y beneficios de las alternativas de solución elegidas.

1.4.Justificación

Es importante llevar adelante este estudio para brindar una herramienta legal al operador jurídico, tipificando la figura del esquirolaje interno en el RLGIT, a fin de contribuir con ello a las buenas prácticas, seguridad jurídica y predictibilidad en las resoluciones de la autoridad administrativa sancionadora en el ámbito laboral, concerniente al derecho de huelga.

Así también, al estar positivizada y delimitada la conducta, se podrán subsumir los hechos al tipo legal y, por ende, se sancionará dicho acto, evitándose la aplicación de la analogía y la doctrina respecto al esquirolaje interno. En ese sentido, los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados se verán beneficiados en el contexto de la huelga. Respecto a los sindicalizados, con la siguiente investigación se buscará demostrar el perjuicio que acarrearía dicho acto en los trabajadores y el tipo de afectación que incide en el derecho fundamental de huelga, para lo cual se delimitarán los supuestos actos en los que pueda incurrir el empleador a fin de mermar los efectos de la huelga; y en cuanto a los no sindicalizados, prevenir que se les asignen actividades distintas a las que secularmente realizan, y con ello evitar el incremento de trabajo no acorde con su labor frecuente. Asimismo, los empleadores podrán prever dichos actos contrarios al derecho de huelga, teniendo en cuenta la figura y su sanción, eludiendo tener que proseguir hasta la última instancia del procedimiento administrativo sancionador, lo que conllevaría a una adecuada

economía (minoración de costos) y celeridad procesal. Hay que resaltar que el presente estudio tendrá un impacto positivo dentro del ámbito del derecho laboral, concerniente al derecho de huelga, y específicamente inmerso en el sistema inspectivo.

Es preciso señalar que a través de la aplicación de la metodología de análisis multicriterio, se busca encontrar la mejor alternativa de solución para el problema planteado, demostrando así la factibilidad y/o viabilidad del problema general planteado.

1.4.1. Justificación teórica

El presente trabajo de investigación tiene la finalidad de reducir las brechas de conocimientos que oscilan en torno a la aplicación implícita y analógica de la figura del esquirolaje interno, determinando las causas y consecuencias que traen consigo los aportes doctrinarios realizados al pasar de los años, elemento que de la mano de una adecuada metodología —en el presente caso, el uso del análisis de impacto regulatorio enfocado principalmente en la metodología de análisis multicriterio, con el objetivo de lograr una mejor calidad regulatoria— ayudará a enfocar esta alternativa de solución, para posteriormente evitar conflictos tanto en el sector público como privado, evitando que se incida en actos que vulneren el derecho fundamental de huelga, a fin de brindar seguridad jurídica a los trabajadores sindicalizados.

1.4.2. Justificación jurídica

El presente estudio pretende establecer un criterio racional enfocado en señalar expresamente dentro del reglamento o materia laboral al acto del esquirolaje interno, para que contraiga un carácter imperativo, es decir, se dará un alcance al empleador, quien tendrá pleno conocimiento de que la figura atenta contra el derecho de huelga y así evite emplear tal acto; por

consiguiente, los demás sujetos de la relación laboral podrán discernir y denunciarlo en el caso de que adviertan que dicha infracción se esté cometiendo.

1.4.3. Justificación práctica

El presente trabajo propone contar con una normativa clara, con el objetivo de que se reduzcan los conflictos que giran en torno a la figura; entonces, de forma práctica se busca evitar que no se inicie innecesariamente o se alargue un procedimiento administrativo sancionador; muy por el contrario, busca que este sea resuelto de forma célere, minorizando las cargas administrativas y brindando un mejor servicio a la ciudadanía.

1.4.4. Justificación de relevancia social

El presente trabajo pretende cooperar con los sujetos de la investigación: entidad pública, empleador, sindicalizados, no sindicalizados y sindicatos, primordialmente en la relación social entre empleadores y trabajadores sindicalizados, con el fin de proponer una normativa que genere un parámetro de cumplimiento para ambos sujetos, toda vez que se cumplan las necesidades y los objetivos planteados concernientes al derecho fundamental de huelga. Asimismo, se pretende dar un alcance cultural a la sociedad en su conjunto sobre la sustitución interna, y de manera focalizada al sector multidisciplinario respecto a la metodología empleada para la incorporación de la figura.

1.5. Delimitación de la investigación

1.5.1. Delimitación espacial

El ámbito espacial es preponderantemente dentro de la región de Arequipa, debido a que se pudo tener acceso a las resoluciones de la institución descentralizada, por lo cual, la presente investigación se enfocará en la revisión de las resoluciones de Subintendencia e Intendencia de la

IRE-Arequipa Sunafil en las que se hayan pronunciado respecto al esquirolaje interno y el tratamiento que se le ha dado.

1.5.2.Delimitación temporal

Los datos que serán considerados para el presente trabajo de investigación estarán situados dentro del período 2021-2022, considerando únicamente las resoluciones en las que se haya tratado acerca del esquirolaje interno.

1.5.3.Delimitación social

La presente investigación está dirigida a la protección de los trabajadores y de los administrados (empleadores), respecto a su derecho de defensa y al debido procedimiento; asimismo, la delimitación alcanza al sistema inspectivo, el que contará con un instrumento un poco mejor implementado para el cumplimiento de las normas sociolaborales.

1.6.Limitaciones de la investigación

En el presente estudio, se presentaron algunas limitaciones. En relación con el tipo metodológico, es decir, en cuanto al procedimiento sistemático y ordenado que siguió la investigación para alcanzar los objetivos, concerniente al tamaño de la muestra, se evidenció que solo existían seis resoluciones de Intendencia y Sub Intendencia, del año 2021 y 2022, a pesar de haber solicitado dicha información mediante el acceso a la información pública a la IRE-Arequipa, Sunafil, desde el año 2017 al 2021; por ende, se incorporaron las que fueron remitidas. En cuanto a la falta de datos disponibles y/o confiables, se pudo observar que no se remitió la información requerida que se necesitaba para analizar los casos relativos al tema de investigación. De igual forma, respecto del tipo atribuible al investigador, en cuanto al acceso a cierta información, se

denotó que, en su mayoría, los libros que se requerían pertenecían a autores europeos; por lo tanto, el acceso a algunos implicaba un costo elevado, un tanto inasequible para la economía de las tesis, así como un costo de tiempo para el término de esta investigación.

Capítulo II

Marco teórico

2.1. Antecedentes del problema

2.1.1. Antecedentes nacionales

Existen cuatro trabajos de investigación (tesis) que tocan desde distintos puntos de vista la falta de regulación del esquirolaje interno. Tales trabajos, que sirven de sustento para la siguiente investigación, se reseñan a continuación.

Huarcaya (2015), en su tesis *Derecho de huelga, esquirolaje e inspección laboral*, considera a dicha figura como “actos lesivos al ejercicio de la huelga”. Por tanto, analiza si determinado acto ejercido por el empleador atenta o no contra el ejercicio de la huelga, buscando entrelazar tres instituciones: (a) la huelga como instrumento de presión de los sindicatos en contra de su empleador, a través del cual buscan el equilibrio de poderes; (b) la inspección de trabajo como instrumento de apoyo a los sindicatos, los cuales necesitan acreditar de alguna forma las acciones realizadas por los empleadores; y (c) el papel que cumplen los “no huelguistas”, todo ello con el fin de analizar conceptos; utiliza casos de esquirolaje en procesos de inspección laboral, verificándose que se enmarcan dentro de un diseño cualitativo debido a que describe, comprende e interpreta distintas instituciones jurídicas, a través del análisis de conceptos y la práctica expuesta, propone un protocolo de actuación a seguir por la inspección laboral para casos de violación al derecho de huelga reflejados a través del esquirolaje, con lo cual busca en alguna medida uniformizar la actuación de la inspección laboral y establece criterios que ayuden a una mejor evaluación de aquellos casos que sobre esquirolaje se presenten.

Torres (2018), en su tesis *El esquirolaje interno como práctica vulneratoria del derecho constitucional a la huelga*, buscó una visión real y objetiva de este problema; para tal fin, desarrolló su evolución histórica, el marco teórico, la legislación, la jurisprudencia y el derecho comparado; asimismo, adjuntó un caso práctico, proyecto de sentencia y su análisis. También se denota que se enmarca en un diseño cualitativo, debido a la descripción y análisis que realiza al entrelazar tres instituciones: primero, la huelga como presión de los sindicatos en contra de su empleador, y por parte de este último, en segundo lugar, el hecho de evitar o atenuar los efectos naturales de la huelga con el uso de la figura del esquirolaje interno, el cual se manifiesta en el perjuicio económico de la empresa, y en un tercer lugar, el rol que juega la inspección de trabajo. Asimismo, se señala el artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, apartado en el que se hace referencia a la “sustitución de trabajadores”, la cual deviene en el “esquirolaje externo” y, por ende, no se puede desconocer la “sustitución interna”, figura que es considerada en referido trabajo de investigación como una posible conducta que podría devenir en abusiva de las facultades del empleador. Finalmente, llega a la conclusión de que la prohibición del esquirolaje interno, a pesar de no estar literalmente en el ordenamiento jurídico nacional, sí está contenida en la norma especial y que tiene por objetivo delimitar la potestad del empleador frente al empleado respecto al ejercicio del *ius variandi*.

Espejo (2018), en su tesis *La regulación del esquirolaje interno en el reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo como un supuesto de afectación del derecho de huelga*, se planteó como objetivo amparar el ejercicio legítimo del derecho de huelga. La investigación se enmarca en un diseño cualitativo, debido a la descripción y análisis de datos, conceptos doctrinarios, así como dos casos y un expediente completo, enfocándose en el derecho a la

huelga ejercido por las organizaciones sindicales como una medida de presión ante la existencia de un conflicto con su empleador; y, por otro lado, el hecho de que los empleadores recurran al ejercicio de mecanismos, esquirolaje externo e interno, a fin de enervar los efectos negativos que conlleva consigo el derecho de huelga; Espejo propone con ello una posible solución ante la controversia desarrollada, y que se regule de manera expresa el ejercicio del esquirolaje interno como un supuesto de afectación del derecho de huelga en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Por último, la cuarta tesis pertenece a C. Fernández (2020), titulada *El esquirolaje interno en el sistema inspectivo ¿Configura una infracción muy grave?*, trabajo de investigación con acceso restringido, por lo que no se tuvo mayor detalle, pero en su resumen señaló que la falta de regulación coadyuva al incremento de la informalidad. También refirió que dentro del Reglamento de la Ley de Inspección Laboral, el artículo 25.9 es indicado como cláusula de interpretación analógica, vulnerando con ello el Principio de Tipicidad y Legalidad a la figura del esquirolaje interno, perjudicando la labor preventiva de los inspectores de trabajo; por lo que se pretende demostrar que el esquirolaje interno no se encuentra regulado en la Ley de Inspección de Trabajo, lo cual es necesario, dado que afecta el derecho a la huelga, la libertad sindical y la negociación colectiva.

Como antecedentes concordantes con la aplicación nacional del análisis de impacto regulatorio, se cuenta con diversos instrumentos, que se detallan a continuación.

Por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), el procedimiento de revisión del reglamento general de tarifas se ha realizado con la finalidad de identificar los principales problemas que han surgido en la aplicación del Reglamento General de Tarifas (RETA) del Ositrán, a fin de determinar si corresponde

efectuar una modificación del Reglamento; para ello se aplicó el Análisis de Impacto Regulatorio, para garantizar con ello que en el caso de que se regule, su elaboración e implementación sea de alta calidad, siguiendo los principios, estándares, buenas prácticas y recomendaciones de la OCDE. Para ello, se siguió el Manual del AIR, primeramente, para definir el problema que se busca resolver con la regulación, que es la identificación de los objetivos, lo que se pretende lograr con la propuesta; seguidamente, los criterios que se deben considerar para identificar las alternativas u opciones que tiene el regulador a fin de resolver el problema identificado. Asimismo, como parte del procedimiento se realizó una revisión y emisión de normas, y unas consultas públicas tempranas.

Cabe señalar que se empezó a desarrollar conforme lo antes mencionado; de ello, se contaba con la dificultad, por parte de los usuarios y el administrador, para aplicar algunas disposiciones contenidas en el RETA; la incertidumbre por parte de las entidades prestadoras respecto de los procedimientos y determinación de tarifarios, las cargas y costos de las entidades relativos a la publicación del tarifario. Por consiguiente, se identificaron las posibles alternativas; para el primer objetivo, se dispuso la alternativa de “no intervenir y mantener la regulación en el estado actual”, y como segunda alternativa, el intervenir aclarando las disposiciones contenidas en el RETA. De esa forma, se precisó cada alternativa, los objetivos y alcances, principios, órganos, etc. Se hizo lo propio para el segundo, tercer, cuarto y quinto objetivo, cada uno con solo dos alternativas de solución: mantener las cosas en el estado actual o intervenir. Para darle consistencia y certeza jurídica, se llevó a cabo un análisis de legalidad, para asegurar que la normativa propuesta sea la más congruente con el marco legal con el cual interactuará, llegando a considerar que la propuesta al involucrar “la modificación de un reglamento preexistente en aras de mejorar el procedimiento

y otras disposiciones tarifarias normadas” no estaría generando una duplicidad o una sobreregulación de la materia en el ordenamiento jurídico. Luego de establecidos los impactos, se pasó a evaluar cada impacto con cada alternativa de solución, para, finalmente, tras efectuar un análisis de “decisión multicriterio”, generar un mayor beneficio que mantenga la regulación vigente (*status quo*) sobre la base de dicho análisis. Por lo tanto, se determinó que corresponde: i) eliminar la obligación de publicar el tarifario y sus modificaciones en un diario de amplia circulación, y ii) incorporar en el tarifario el monto de los recargos aplicados por las entidades, así como las condiciones para su aplicación.

Como un segundo informe, se tiene que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) busca evaluar la pertinencia de emitir un nuevo Instructivo General de Contabilidad Separada (IGCS) y su Procedimiento de aplicación, con el fin de realizar precisiones en la metodología de asignación de los ingresos, los costos y el capital invertido del IGCS vigente, y establecer un formato único del documento de asignación de costos, ingresos y capital; segundo, modificar la desagregación de grupos de costo empleados en la contabilidad separada; tercero, modificar los plazos de presentación de los documentos metodológicos y de los reportes regulatorios auditados, y, por último, el precisar los criterios y el procedimiento sobre la base de los cuales las empresas concesionarias deben remitir, para aprobación de Osiptel, como consecuencia de cambios en sus criterios de asignación. Para ello, se desarrolla un análisis de calidad regulatoria, se establece el objetivo, la definición del problema y el planteamiento. Se pasa a considerar las faltas de precisión en el Instructivo, para seguidamente realizar una desagregación de grupos de costo, los plazos para la presentación de documentos metodológicos y reportes regulatorios, y a lo que conlleva la modificación de documentos metodológicos. Seguidamente,

se enfocaron las causas del problema, con base en cada alcance, y de forma muy separada se evaluó en un solo apartado la permanencia del problema en caso de no intervención, para luego establecer y evaluar las alternativas de solución de cada objetivo señalado. Posteriormente, se añadió un puntaje a los beneficios y costos de cada alternativa, desde una calificación de -1 (menos calificación), 0 (neutral), hasta la mayor calificación (+1). Finalmente, luego de la evaluación y análisis de las alternativas para enfrentar el problema enfocado, se seleccionó la “alternativa 2” como la mejor, la cual propone incorporar en el PACS los criterios sobre la base de los cuales las empresas concesionarias deben remitir, para aprobación del Osiptel, sus nuevos documentos metodológicos, que se deriven de cambios en sus criterios de asignación de ingresos, costos y capital invertido, así como su procedimiento de aprobación, revisión, subsanación de observaciones y aprobación. Por consiguiente, se establece en un apartado la aplicación de la solución seleccionada y la difusión de la norma, y el antes de la aprobación del proyecto de norma.

El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), como parte de la implementación del AIR, en sus procesos administrativos, presentó un procedimiento que propone la mejora del mecanismo contractual en generación eléctrica a partir del tratamiento de las licitaciones; la propuesta se planteó considerando que la actuación de Osinergmin se guía por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto, de acuerdo con el principio de eficiencia y efectividad. Según el artículo 14 de su reglamento, para la aplicación y análisis se estableció una opción 0, que consistía en mantener la situación actual, teniendo cuatro opciones aparte regulatorias y no regulatorias; la evaluación de cada alternativa se realizó utilizando la metodología de “análisis costo-beneficio”, desde un enfoque cualitativo, a fin de reducir al mínimo los costos significativos para los grupos

de interés en relación con la intervención regulatoria. Como resultado de la evaluación, la opción 4 fue la que registró mayores beneficios que costos; esta opción incorpora el Plan de Licitaciones, la separación de los procesos de licitación (de demanda base y crecimiento de demanda, para Generación Instalada y Proyectos de Generación, respectivamente), así como la definición de topes en el periodo de carencia y en los plazos contractuales dependiendo del tipo de licitación.

Por último, el trabajo de investigación de Meléndez (2018) *Análisis de Impacto Regulatorio de propuesta de mejora en la Comercialización de balones de gas licuado de petróleo (GLP) en el Perú (Lima-Callao)*, cuyo objetivo es evaluar la aplicación práctica de la Guía Metodológica de Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) elaborada por el organismo regulador, Osinergmin, la misma que se encuentra en proceso de implementación a nivel institucional desde el año 2016. Es por ello que dentro del desarrollo se identificaron inicialmente los conceptos, aplicaciones, ventajas y beneficios de incorporar el AIR en las decisiones del Gobierno, así como las fases de implementación en algunos países miembros de la OCDE. La metodología empleada sigue los lineamientos de esta organización. Cabe mencionar que su estudio incorpora una comparación entre el documento de Guía RIA Osinergmin y la Guía de AIR.

En el Capítulo 2 del trabajo de investigación citado, se enfoca primero la problemática: Osinergmin ha realizado un proceso de supervisión de integridad de los cilindros de GLP (10 kg), (jun-dic 2014), que ha determinado que existen balones de gas licuado de petróleo (GLP) no conformes. Es decir, no cumplen las condiciones establecidas en la NTP 350.011-1 y 350.011-2, las mismas que se encuentran relacionadas con los requisitos de fabricación de los balones de GLP y la inspección periódica, mantenimiento y reparación de dicho producto; seguidamente, se establecen los objetivos y el desarrollo correspondiente de cada uno, para identificar las opciones

regulatorias y los impactos de cada opción. Una vez identificados, se pasa a realizar la comparación de las opciones, asignándoles ponderaciones y calificaciones de acuerdo con la que resulte más eficiente y eficaz, para que finalmente sea seleccionada la mejor. De lo analizado, la opción 3 es la que resulta ser la más adecuada, “el retiro de balones de GLP según nivel de criticidad e impacto en el mercado de GLP”, y como etapa final de la correcta aplicación del AIR se requiere de un monitoreo y evaluación, siendo necesario identificar los indicadores que permitan realizar un seguimiento en la consecución de los objetivos de la posible intervención regulatoria. En conclusión, el autor considera que la Guía RIA Osinergmin debe ser mejorada e implementada mediante un Manual de Procedimientos AIR, ya que solamente contiene directivas y lineamientos generales para cada una de las fases del análisis; sin embargo, considera que requiere de un documento adicional que precise detalles de cada actividad, roles, mecanismos de soporte, entre otros, a fin de facilitar la aplicación de la guía y mejorar la productividad durante su desarrollo.

2.2.Regulaciones normativas

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada en 1919, y aportó normas, en al ámbito internacional del mundo laboral, que:

(...) han sido siempre el principal instrumento de su acción para la promoción de la justicia social. El objetivo perseguido era y sigue siendo la mejora general de la condición del hombre en el trabajo mediante la adopción de instrumentos normativos. (Gravel et al., 2001, p. 1)

. Desde un inicio, la OIT ha procurado que los instrumentos normativos sean efectivos; por tal motivo, ha creado diversos mecanismos de control, a fin de vigilar el

efecto dado en la práctica a los convenios y las recomendaciones, una vez adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo y ratificados por los Estados (Gravel et al., 2001).

Por otro lado, la OIT establece en el convenio 87 “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, ratificado por el Estado peruano el 9 de diciembre de 1959 mediante Resolución Legislativa N.º 13281, el ejercicio del derecho de huelga, juntamente con sus dos órganos responsables del control de la aplicación de normas (el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones), en los cuales se escudriña al derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores, con el fin de promover la defensa de sus intereses económicos y sociales, así como establecer los límites de su ejercicio, creando una serie de principios sobre el derecho de huelga (31ª reunión CIT, 1948).

Uno de los principales problemas que existen dentro de la materia laboral, específicamente centradas en el *derecho colectivo del trabajo*, y en las relaciones que en torno a este se dan, es el hecho de estar frente a una confrontación psicológica y a veces frontal entre el empleador y el trabajador; a medida que fue evolucionando el derecho laboral, sostuvo su finalidad en el cumplimiento del llamado “contrato social”, es decir, como decía Hobbes, antiguamente nada aseguraba que las leyes se cumplan, por lo que se contemplaba la necesidad de crear un ente mayor lo suficientemente poderoso como para doblegar a aquellos que atenten contra la seguridad (normas) que se iba pactando. De esta manera, desde un principio, lo que se pretendía era establecer un punto de equilibrio, y en este caso dentro del tema de investigación por tratar, entre el empresario y el trabajador, quien vendría a ser la parte más débil de la relación laboral; es por ello que, con el tiempo, lo que buscó el Estado fue darle una debida importancia al “trabajador”, desde

su protección como tal y por consecuente a los derechos que le correspondían, enfocándose en dos perspectivas, ambas ramas del derecho laboral. En primer lugar, el “derecho individual”, el cual consiste en velar por los derechos que tiene el trabajador como individuo, y, en segundo lugar, el “derecho colectivo”, dentro del cual se centra la materia de estudio, que se enfocará en el derecho del trabajador pero dentro de una colectividad.

Partiendo de esa idea, la aparición de las corporaciones de trabajadores, desde la época antigua a la contemporánea, ha sopesado en una constante lucha, un predominio en favor de los intereses de una de las partes (actores de la relación laboral), lucha que se vino caracterizando por la presencia de ideas revolucionarias y políticas, y sobre todo de violencia, actos que motivaron la intervención del Estado y con ello la creación, implementación y posterior mejora de la regulación laboral, incorporándose con esta el derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. Es a partir de ahí que surge una reacción por parte de los empleadores, y tal como lo señaló Sanguinetti (2006, como se citó en Nieto, 2007), frente a las situaciones de confrontación colectiva en apenas dos décadas varió la situación sustancialmente, se transitó desde una posición de resistencia pasiva frente a las medidas de presión puestas en marcha por los trabajadores, hacia una postura mucho más activa, con el fin de que no se viera afectada ni disminuida la actividad de producción, es decir, los empleadores buscaron reducir las consecuencias de determinadas paralizaciones (huelgas).

Como bien mencionó Nieto (2007), a principios de los ochenta los empleadores afrontaban las consecuencias de la huelga mediante la resistencia pasiva a las demandas sindicales, y los huelguistas podían responder a las demandas de mercado con el “stock disponible”, pero así también, “el incremento de la competencia aumentó la vulnerabilidad, ante las paralizaciones en la

producción” (p. 301), hecho que causó una resistencia por parte de los empleadores, pues en su mayor parte las actividades que fueron surgiendo en defensa propia, por así decirlo, no estaban previstas ni tipificadas por alguna norma. Dichos actos y/o mecanismos que se usaron por parte del empleador tenían el mismo objetivo, asegurar el mantenimiento de la actividad productiva a pesar de que la huelga estuviera en marcha. De ahí, según Sanguinetti (2006, como se citó en Nieto, 2007), más de 30 comportamientos empresariales inclinados todos a reducir, minimizar o incluso enervar los efectos que conlleva consigo la “huelga”; en algunos, se llevaba a cabo dicha medida de huelga, pero aun así se buscaban neutralizar sus efectos mediante “la anticipación de trabajos, el desvío de la producción hacia otros centros de trabajo o hacia otras empresas del mismo grupo, la sustitución de la prestación de huelguistas por otros de carácter indirecto o incluso virtual” (p. 301). Entonces, Nieto (2007) enfocó la figura del denominado “nudo gordiano”; por un lado, la conflictividad empresarial y, por otro lado, los límites entre el poder de autotutela reconocido a los trabajadores a través del derecho de huelga y el paralelo reconocimiento legal de las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los empleadores.

Cabe mencionar que existe un reconocimiento tanto internacional como constitucional del derecho de huelga, el cual es definido como “un instrumento de presión constitucionalmente protegido” y ante ello, no estará permitida cualquier práctica que busque contrarrestar los efectos y consecuencias del ejercicio de tal derecho.

Al respecto, Sanguinetti (2006, como se citó en Nieto, 2007) destacó,

(...) que las medidas de reacción frente a los daños causados por el ejercicio lícito del derecho de huelga deben ser consideradas, sin matizaciones de ningún tipo, contrarias a este; en tanto que, las que se opongan a los derivados de su uso irregular constituyen

formas lícitas de expresión del derecho de defensa de los empresarios en los conflictos. (p. 302)

Asimismo, manifestó que existe una clara necesidad de que se aborde de manera integral los efectos de estos nuevos comportamientos por parte del empleador, instando a la formulación de un debate amplio cuyo propósito busque garantizar la eficacia del derecho de huelga.

Consecuentemente, por una parte está el empleador, quien buscará salvaguardar y resguardar su actividad productiva y/o empresarial, defendiéndose de la huelga mediante el uso de mecanismos indebidos. Por otra parte, los trabajadores huelguistas buscan conseguir, con legítimo interés, que la huelga sea eficaz, es decir, afectando de cierta manera al empleador, con la finalidad de ejercer presión para que este cumpla y respete aquello que viene causando disconformidad dentro de la relación laboral, y, por último, en un grado menor los trabajadores no huelguistas tendrán de cierta manera un interés particular.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2020) hizo referencia a las obligaciones de los Estados frente a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga; específicamente respecto a este último, como derecho sindical y, por ende, garantizado por los Estados partes. Partiendo de ello, señala que la huelga constituye una herramienta que los trabajadores tienen a su disposición para defender sus intereses. La Corte advierte que, además de estar ampliamente reconocido en el *corpus iuris* internacional, el derecho de huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA (CIDH, 2020).

De entre los casos presentados ante la Corte, el Informe de Fondo No. 157/19 Caso 12.432. Extradabajadores del organismo judicial de Guatemala, en el punto 83, indica lo siguiente:

(...) resulta claro que la protección del derecho a la huelga, junto a la libertad sindical y la negociación colectiva, son pilares fundamentales para garantizar el derecho al trabajo y sus condiciones justas y equitativas al ser un derecho al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Además, subraya el componente instrumental del mismo para la consecución de otros derechos fundamentales dentro del ámbito laboral, el equilibrio en las relaciones entre empleadores y trabajadores, la resolución de conflictos colectivos laborales y la materialización del respeto de la dignidad humana y los derechos laborales, es decir, se convierte en cauce del principio democrático participativo dentro de la esfera del trabajo. (CIDH, 2020, pp.116-117)

Como punto 84 dentro del mismo Informe de Fondo No. 157/19,

(...) al igual que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, entiende que el derecho a la huelga puede calificarse como una libertad en tanto que es necesario que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en el ejercicio de dicho derecho como de asegurar que existan las condiciones y garantías necesarias para su realización efectiva, es decir, observa que el disfrute del derecho a la huelga es un requisito previo, y a la vez, el resultado del disfrute de otros derechos humanos. (CIDH, 2020, p.117)

Es importante señalar que, el derecho a la huelga es un derecho también reconocido y señalado en el artículo 45.c de la Carta de la Organización de los Estados Americanos [COEA], 1948,

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva.

Por su lado, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948), en el artículo 27 reconoce el derecho de huelga: “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”.

Asimismo, en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador (1988) se indica lo siguiente:

Los Estados Partes garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (...); b. El derecho a la huelga.

Por otro lado, la OIT (2018), en la sexta edición referente a la libertad sindical, recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, en lo que respecta al derecho de huelga, señala que el Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales. Referente a todo lo que concierne al derecho de huelga, señala la finalidad de la huelga económico-

social, política, de solidaridad, etc., las modalidades en las que esta medida se puede presentar, cómo se desenvuelve la parte empleadora durante la huelga, las limitaciones de la duración de la huelga, los casos en los que la medida puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias, y demás, pero el punto que más se enfatiza vinculado a la presente investigación es la orden de reanudar el trabajo, la contratación de trabajadores durante la huelga y la movilización, señalando que,

- Solo debería recurrirse a la sustitución de huelguistas: a) en caso de huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda.
- 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.
- Si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales. (OIT, 2018, pp. 145-176)

En esa línea, se ha podido vislumbrar el caso número 2697 (Perú), fecha de presentación de la queja 17 – DIC – 08, Informe núm. 357, junio 2010; la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP) alega trabas en el proceso de negociación colectiva entre el Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral núm. IX – Sede Lima de la Sunarp y la comisión negociadora de la zona registral núm. IX, sede Lima. El Comité observa que, en el marco del proceso de

negociación colectiva, la comisión negociadora de la zona registral núm. IX se niega a someter la controversia a un proceso arbitral, así como el despido de dirigentes sindicales y afiliados que participaron en una huelga y el reemplazo de huelguistas; además, la organización querellante objeta disposiciones legislativas en materia de huelga. En lo que respecta al alegato relativo al reemplazo de huelguistas durante la huelga que se realizó durante los días 15,16 y 17 de abril del 2008, el Comité toma nota de que el Gobierno informa que se llevó a cabo una inspección y que el inspector de Trabajo comisionado verificó que durante la medida de fuerza realizada por la organización sindical, su empleadora, la zona registral núm. IX, sede Lima, adoptó medidas en contra del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga, señalando que, en pleno ejercicio de dicho derecho, la Zona Registral núm. IX procedió a reemplazar a los trabajadores sindicalizados en sus puestos de labores por personal que se encontraba ligado a la institución por convenio de modalidades formativas laborales; el número de afectados fue de 441 trabajadores sindicalizados. En atención a ello, el inspector de Trabajo, mediante acta de infracción núm. 1343-2008-MTPE72/12.3, procedió a proponer la multa de 105.000 nuevos soles por infracción a la formativa sociolaboral; por consiguiente, la Tercera Subdirección de Inspección de Trabajo, mediante Resolución N.º 130172008-MTPE/2/12.330, procedió a multar con la mencionada cifra a la zona registral núm. IX, siendo dicho pronunciamiento confirmado por la Dirección de Inspección de Trabajo. Se hace mención a la importancia que otorga al principio de que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no debería 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 (OIT, 2010).

Es decir, se considera que se debe evaluar conforme a lo regulado en el caso de que se trate de un sector que cumpla actividades esenciales, teniendo en cuenta el grado de importancia y sin disminuir el respeto del derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga en estricto.

2.3.Resoluciones administrativas materia de estudio

Debe tenerse en cuenta que, dentro del sistema nacional, la Constitución Política del Perú, art. 28 (1993), señala al derecho de huelga como un derecho constitucional. Asimismo, su órgano interpretativo mediante Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 026-2007-PI/TC (2007), en su fundamento 6, establece que la huelga es un medio para que los trabajadores puedan obtener mejoras socioeconómicas y laborales, por parte de sus empleadores. Por otro lado, el derecho de huelga y sus efectos no deben ser avasallados en ninguna forma; por ello, la Corte Suprema de Justicia, mediante Casación Previsional 3480-2014 (2014), se ha pronunciado sobre el esquirolaje, declarando infundado el recurso interpuesto, caso generado con base en la iniciación de un procedimiento contencioso administrativo, indicando que la empresa habría sustituido trabajadores huelguistas por el personal no comprendido en la medida; esto para que el sistema productivo de la inspeccionada no aumente su desabastecimiento, por lo cual habría infringido el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, teniendo como criterio que la sustitución de trabajadores vulnera el derecho de huelga y a los sujetos de la relación laboral; por lo tanto, deviene en una práctica prohibida. Asimismo, indica que la Ley de Relaciones Colectivas prohíbe el esquirolaje externo, incluyéndose el interno en situaciones de huelga, por lo que se confirmó la sentencia de vista. En el ámbito administrativo, la Resolución de Intendencia N° 229-2016-SUNAFIL/ILM (2016) declara infundado el recurso de apelación interpuesto por Tiendas por Departamento Ripley S.A., controversia que se originó mediante orden de inspección y

culminándose con el acta de infracción, en la que se determina una infracción a la normativa sociolaboral, ya que el inspector a cargo habría advertido que tres trabajadores huelguistas habrían sido sustituidos por otros compañeros de la misma empresa, impidiendo el libre ejercicio de la huelga, lo que conlleva a determinar responsabilidad del sujeto infractor, que constituye una conducta proscrita en el numeral 25.9 del RLGIT, porque considera que el derecho de huelga no puede limitarse a la proscripción de conductas a un listado cerrado. Es decir, que con el solo hecho de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros, ya se habría configurado lo descrito en el artículo 25.9 del RLGIT. De igual forma, se cuenta con la Resolución de Intendencia N° 576-2015-SUNAFIL/ILM (2015), la cual declara infundado el recurso de apelación interpuesto por Tiendas por Departamento Ripley S.A., la cual sanciona con base en el artículo 25.9 del RLGIT, debido a que el inspector advirtió que el empleador habría colocado avisos ofreciendo el pago de S/ 70.00 por cumplimiento de jornada, en favor de los trabajadores que asistieran a laborar los días correspondientes a la huelga convocada, vulnerando directamente el libre ejercicio del derecho de huelga.

En materia laboral, específicamente dentro del derecho colectivo, se puede vislumbrar que los instrumentos legales en los que se empezaron a calificar las actividades y mecanismos utilizados por el empleador al momento de “reemplazar” a los trabajadores huelguistas, se iniciaron con el Decreto Ley N.° 25593, Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, publicada el 2 de julio de 1992, y el Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, de fecha 14 de octubre de 1992. La legislación precedente señalaba al derecho de huelga y, asimismo, hacía referencia a que el empleador no podía contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga; no obstante, el contenido del artículo es

abordado de manera incipiente. Posteriormente, se ha realizado una serie de modificaciones mediante la Ley 27912, publicada el 8 de enero de 2003, para posteriormente facultar al Poder Ejecutivo a publicar con fecha 5 de octubre de 2003 el Decreto Supremo N.º 010-2003-TR “Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, norma que rige hasta la fecha, complementada por el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, Decreto Supremo N.º 011-92-TR, el cual mantiene el mismo argumento referente al reemplazo de trabajadores huelguistas.

Por otro lado, la Ley General de Inspección del Trabajo es una norma que fue objeto de cambios precedentes y significativos al pasar de los años, si bien están decretos supremos como el D.S 003-71-TR, el D.S 003-83-TR, el D.S 04-95-TR y el D.S 004-96-TR, en los cuales no se hace referencia expresa en ningún apartado al derecho de huelga y, por ende, a los actos que enervan la misma, infracciones que denotarían en la sustitución de trabajadores huelguistas. Asimismo, el año 2001 se promulgó el Decreto Legislativo N.º 910 “Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador”, reglamentado por el Decreto Supremo 020-2001-TR; posteriormente, se dieron el D.S 010-2004-TR y D.S 011-2004-TR, donde tampoco se hace mención al derecho de huelga; en consecuencia, tampoco estaría señalada la sustitución de trabajadores huelguistas como acto infractor. Finalmente, en el año 2006 se da la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley 28806), reglamentada mediante el Decreto Supremo N.º 019-2006-TR, norma en la que se implementa y adecua lo referente al derecho de huelga; por consiguiente, en el apartado de infracciones muy graves en materia de relaciones laborales se señala,

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa, a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de

intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa, sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Sin embargo, no se denota que se haga referencia de forma expresa a la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores internos que mantienen un vínculo laboral dentro de la empresa.

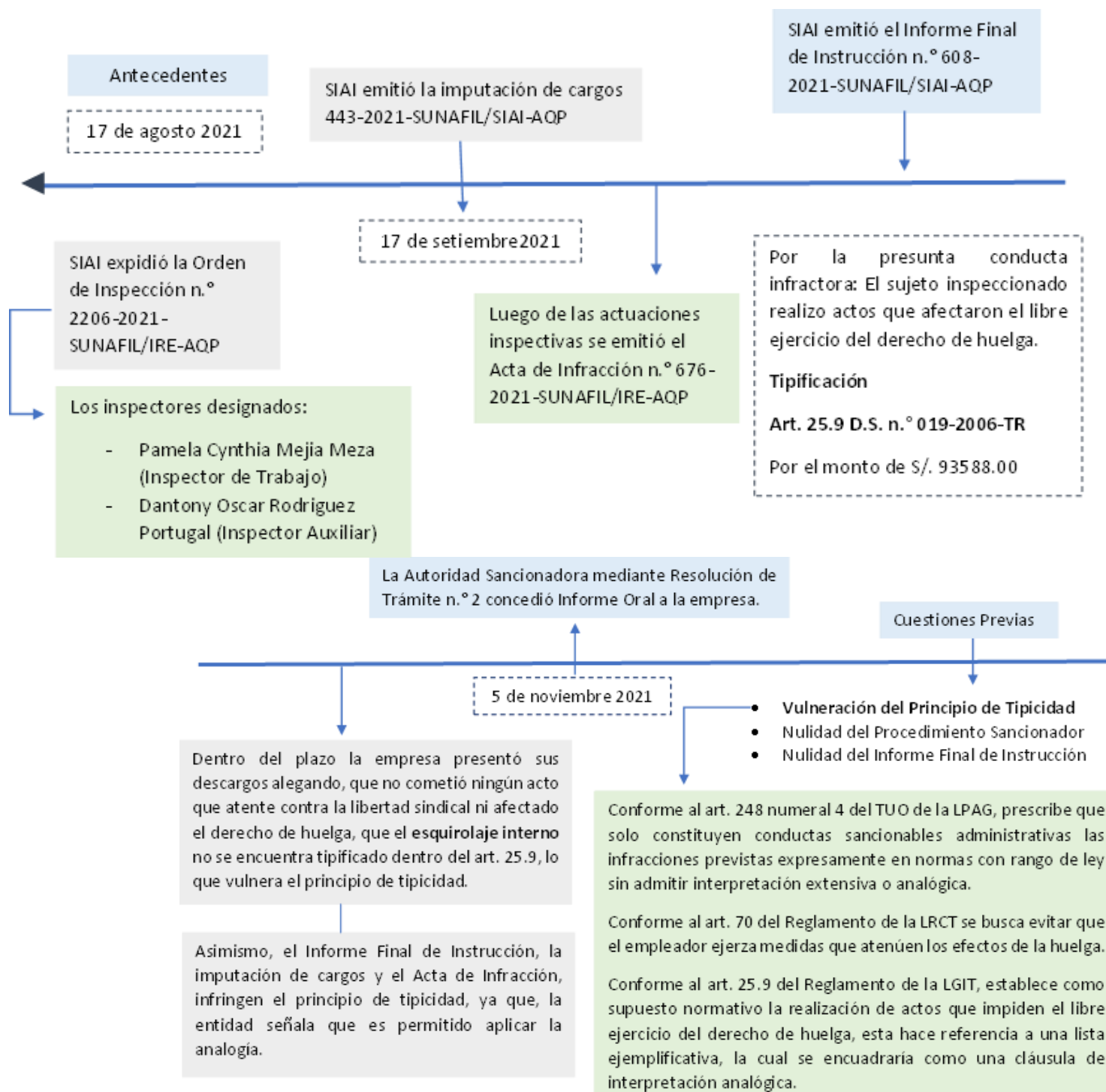
Ahora bien, cabe señalar que ninguno de estos reglamentos abarca la figura del “esquirolaje interno”, quedando excluida de los artículos ya mencionados; por lo tanto, se estaría frente a la implicitud del esquirolaje interno dentro de la figura del esquirolaje externo, que se ve reflejado en la aplicación analógica según jurisprudencia y doctrina.

Luego de haber revisado y buscado resoluciones administrativas de Sunafil referentes al esquirolaje interno, se encontró tres resoluciones de Intendencia y tres resoluciones de Sub Intendencia, las cuales versan en torno a un mismo administrado: Leche Gloria Sociedad Anónima - Gloria S.A., en materia de relaciones laborales y labor inspectiva, dentro del departamento de Arequipa.

2.3.1. Resoluciones de Subintendencia

Figura 1

Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N° 629-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE



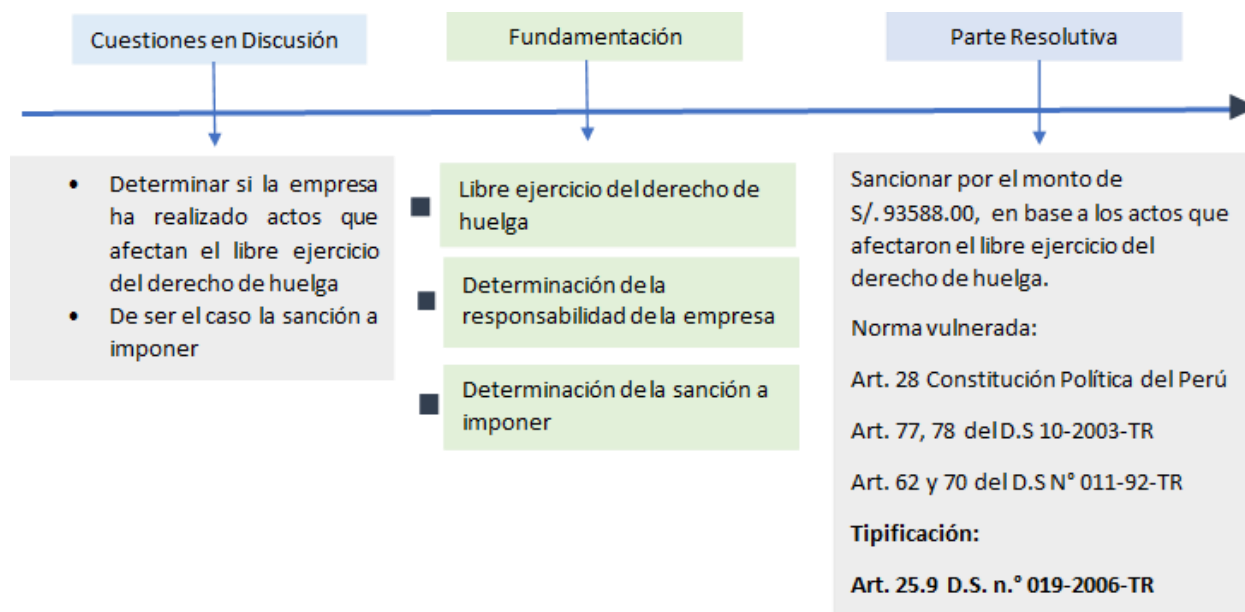
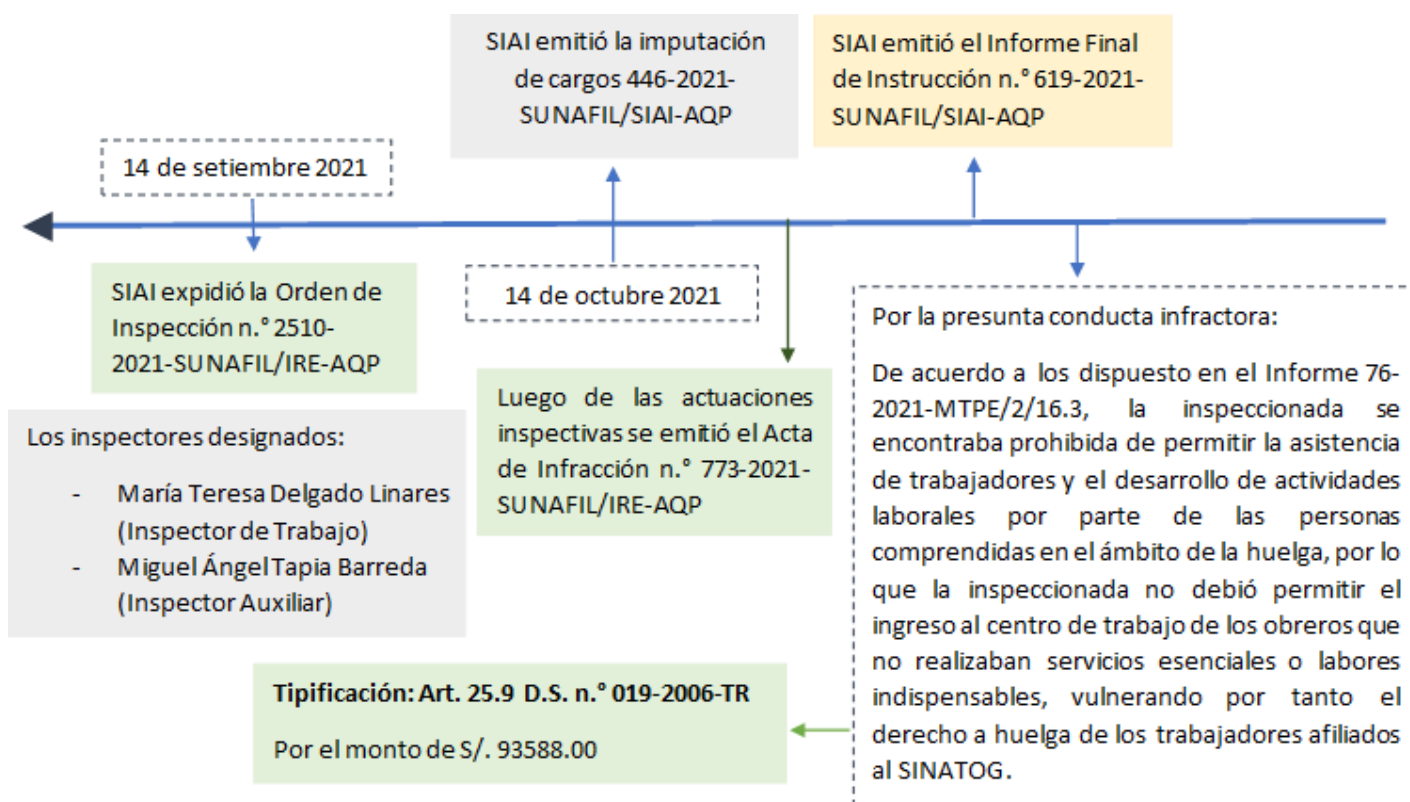


Figura 2

Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N° 720-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE



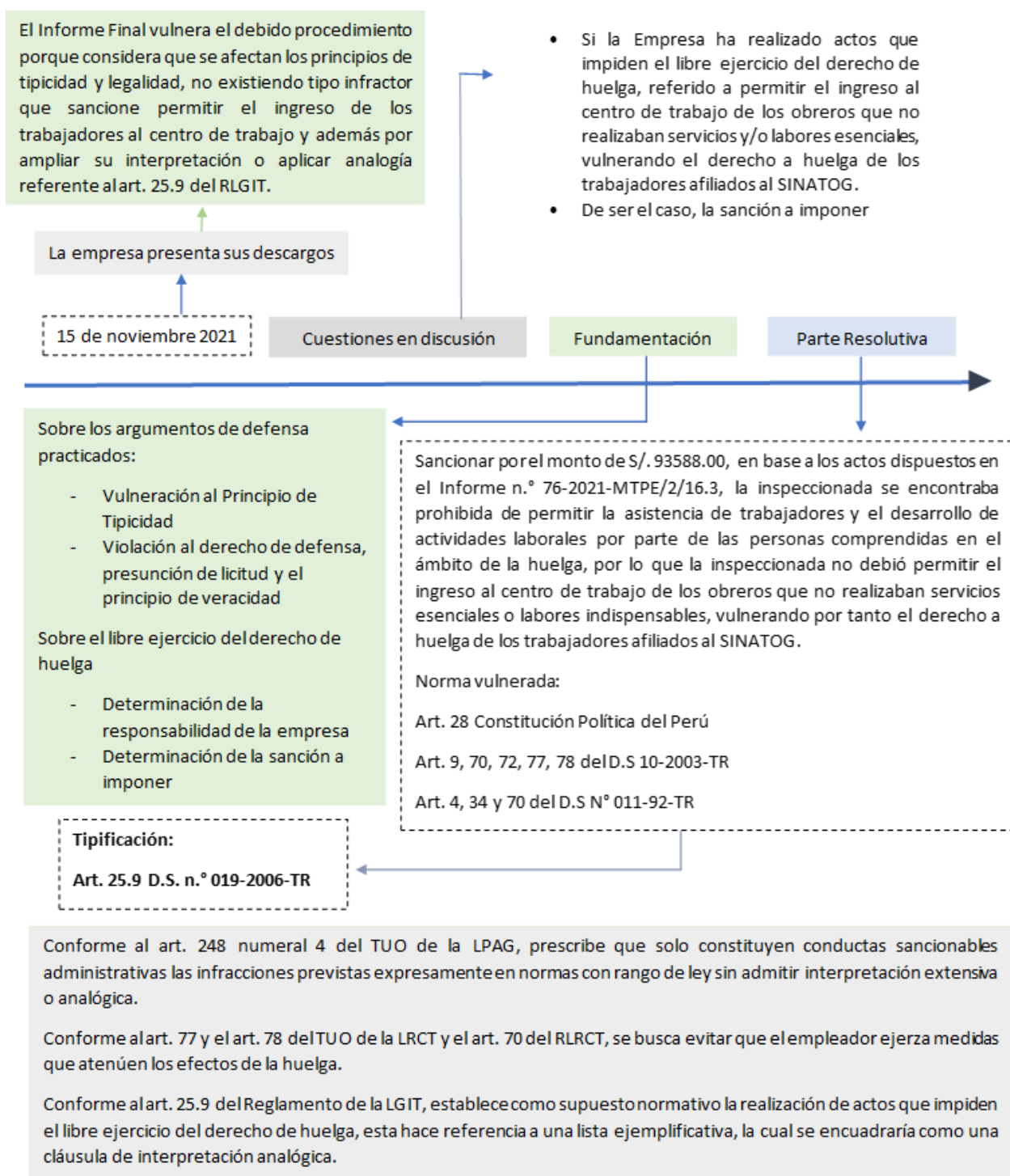
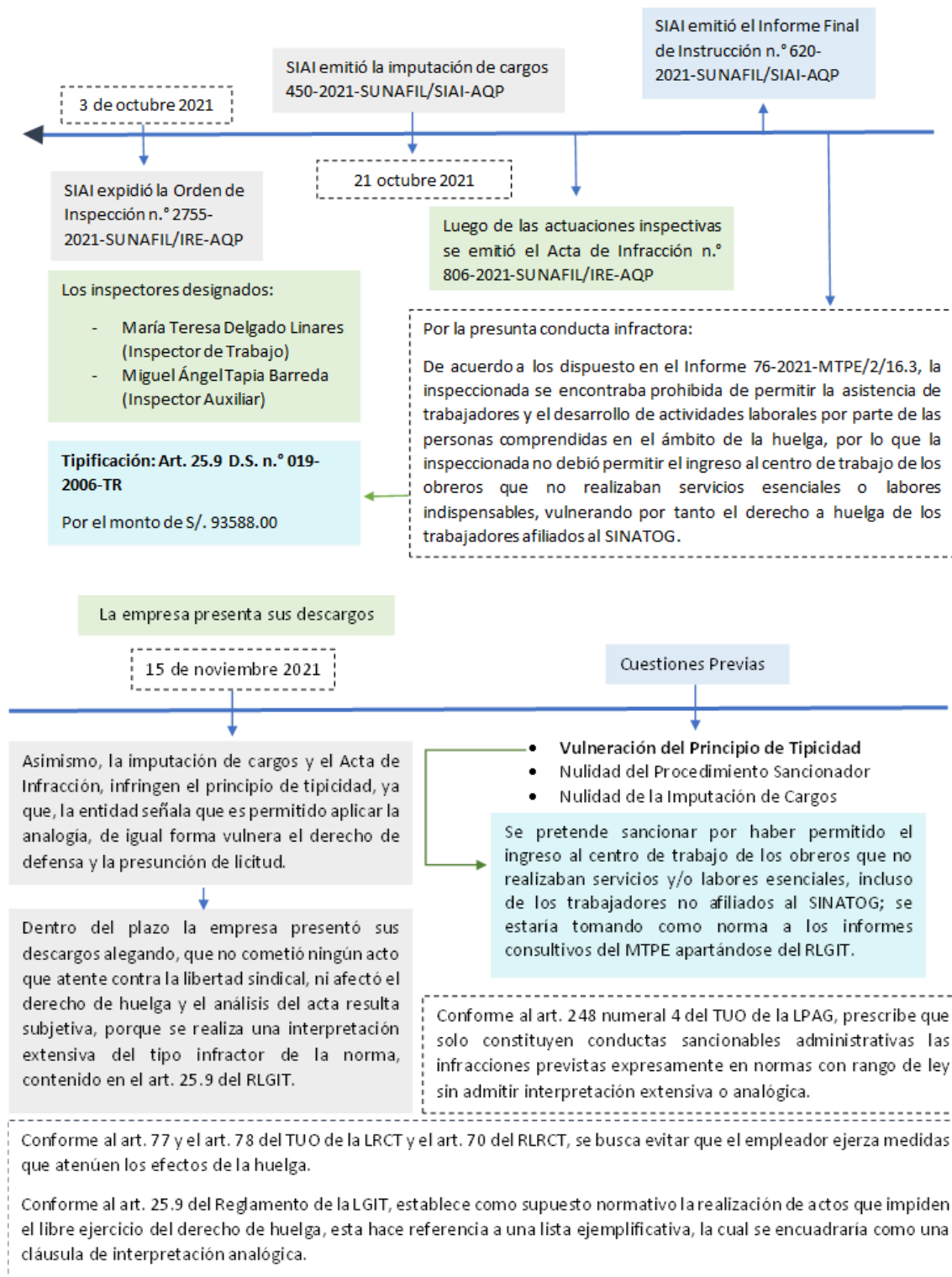
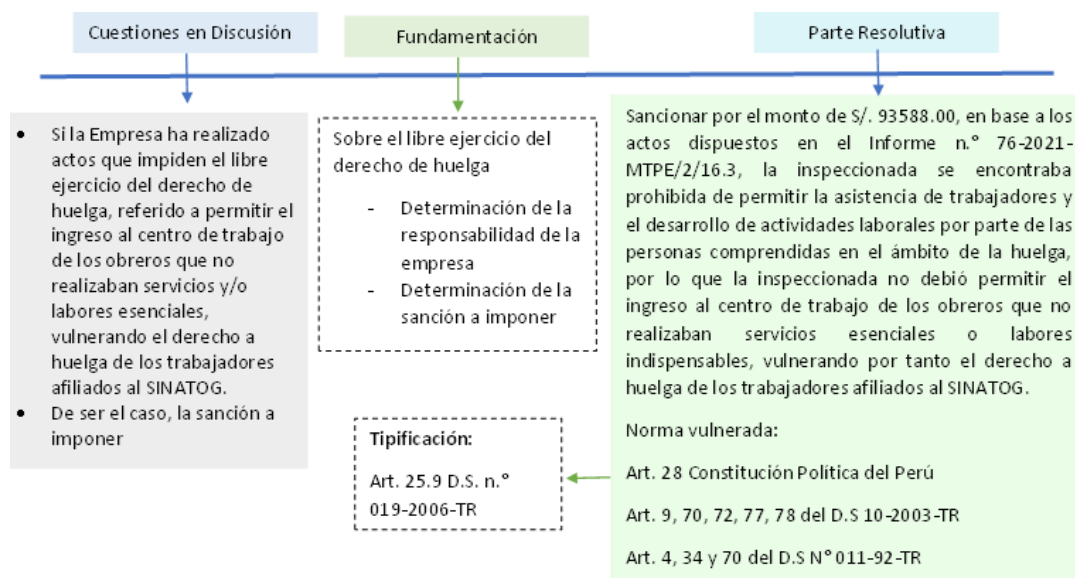


Figura 3

Diagrama de flujo de Resolución de Sub Intendencia N° 721-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE





2.3.2 Resoluciones de Intendencia

Resolución de Intendencia N° 024-2022-SUNAFIL/IRE-AQP

La autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N.º 608-2021-SUNAFIL/SAI-AQP, a través del cual se llega a la conclusión de que se ha determinado la existencia de la conducta infractora imputada a la inspeccionada. En mérito a dicho informe se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador mediante Resolución de Sub Intendencia N° 629-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE-AQP, por haber incurrido en infracción muy grave, tipificada en el artículo 25.9 del RLGIT. El recurso de apelación se argumentó en la vulneración del debido procedimiento, al no respetar derechos fundamentales como la vulneración al principio de tipicidad y legalidad; asimismo, se vulneró el principio de culpabilidad, debido a la falta de antijuricidad de la supuesta conducta imputada, siendo irrazonable que se pretenda sancionar por

actos que no se encuentran prohibidos por la normativa laboral. Así también, se vulnera el principio de la debida motivación y el principio de derecho de defensa y de veracidad.

Dentro de los considerandos se hace referencia a la infracción objeto de sanción. Según las actuaciones inspectivas, se tiene que el Sindicato Nacional de Obreros Gloria S.A. (Sinatog) acató una huelga indefinida con fecha 18 de agosto de 2021; de los 227 trabajadores de la Planta de Arequipa, 10 trabajadores pertenecen a SINATOG, de los cuales, siete trabajadores realizan labores en puestos indispensables y tres se encontrarían acatando la huelga. Se constató que el señor José Corrales Iquira fue desplazado del puesto de “envasado yogurt” a la “línea PET de refrescos” para ocupar el puesto del señor Ernesto Castro Castro, como operador de las máquinas etiquetadora y empacadora, de los reportes de control de empacado y producto terminado; se verificó que el día 31 de agosto de 2021, la línea PET se encontraba operativa, y de la manifestación de la supervisora se tiene que contaron con el apoyo del señor Dante Calcina en la máquina etiquetadora y empacadora; se concluyó que la inspeccionada dispuso que trabajadores no sindicalizados cambiaran de sus puestos habituales para reemplazar al trabajador sindicalizado Ernesto Castro Castro, como operador en la máquina etiquetadora y empacadora de la línea PET refrescos, con la finalidad de minimizar el daño económico causado por la huelga. El esquirolaje interno impidió que el derecho fundamental cumpla sus fines.

Corresponde señalar que el procedimiento administrativo sancionador es entendido, en primer término, como el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Dicho procedimiento constituye, además, una garantía esencial y el cauce a través del cual los administrados, a quienes se les imputan la comisión de una infracción, hacen valer sus derechos

fundamentales frente a la Administración Pública. El Tribunal Constitucional ha enfatizado en la sentencia del 16 de abril de 2003, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, que “es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

En relación con el principio de legalidad, normativamente se encuentra tipificado en el art. 4.1 numeral 1 del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444, 2001), en concordancia con el principio de tipicidad normado en el art. 248 numeral 4 del mismo cuerpo normativo; conforme el caso examinado, se ha determinado el tipo legal bajo el art. 25.9 del RLGIT, en el cual se advierte que se sanciona toda acción que tenga por finalidad impedir el libre ejercicio del derecho de huelga, mencionando a la contratación externa a manera de ejemplo, permitiendo la aplicación de la norma a otros supuestos análogos, como el esquirolaje interno que se evidenció en el presente caso.

La autoridad sancionadora ha resuelto confirmar la Resolución de Sub Intendencia N° 629-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE (ver Figura 1) en todos los sentidos.

Resolución de Intendencia N° 107-2022-SUNAFIL/IRE-AQP

La autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N.º 620-2021-SUNAFIL/SIAI-AQP, a través del cual se llega a la conclusión de que se ha determinado la existencia de la conducta infractora imputada a la inspeccionada. En mérito a dicho informe se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador mediante Resolución de Sub Intendencia N°

721-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE-AQP, por haber incurrido en infracción muy grave, tipificada en el artículo 25.9 del RLGIT. El recurso de apelación señala que se incurrió en vicios de nulidad, como la trasgresión del principio de culpabilidad, ya que se sanciona a la empresa por dejar asistir a los trabajadores que no eran parte del personal indispensable, al centro de trabajo para laborar, cuando dichos trabajadores no se encuentran en el ámbito de aplicación de la huelga por no pertenecer al Sinatog; así también, se determina que se vulnera el principio de tipicidad y legalidad, a razón de que la conducta por la que se les pretende sancionar no se encuentra tipificada en el numeral 25.9 del RLGIT, e incluso en el caso de una interpretación analógica, no existe norma sustantiva que puede darle contenido a dicho tipo infractor. Asimismo, se vulnera el principio de derecho de defensa, presunción de licitud y principio de veracidad.

Con fecha 4 de octubre de 2021 se dio inicio a la huelga, en la cual se permitió la asistencia al centro de trabajo de seis trabajadores obreros que no realizaban servicios esenciales o labores indispensables, vulnerando el derecho a la huelga de los trabajadores afiliados al Sinatog.

Referente al principio del debido procedimiento y tipicidad, la administración se basa en el art. 4.1.2 del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, así como en el numeral 1.1 de la norma en mención, en concordancia con el art. 248 numeral 4 de la misma. En cuanto al tipo infractor, el art. 25.9 del RLGIT sanciona toda acción que tenga por finalidad impedir el libre ejercicio del derecho de huelga permitiendo la aplicación analógica.

Por último, en la parte resolutive se desestima el recurso interpuesto en todos sus extremos y se confirma la sanción impuesta mediante Resolución de Sub Intendencia N.º 720-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE (ver Figura 2).

Resolución de Intendencia N° 133-2022-SUNAFIL/IRE-AQP

La autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción n.º 619-2021-SUNAFIL/SIAI-AQP, a través del cual se llega a la conclusión de que se ha determinado la existencia de la conducta infractora imputada a la inspeccionada. En mérito a dicho informe se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador mediante Resolución de Sub Intendencia N° 720-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE-AQP, por haber incurrido en infracción muy grave, tipificada en el artículo 25.9 del RLGIT. Se tienen como fundamentos del recurso de apelación que se incurrió en la vulneración del principio de tipicidad y legalidad, en la prohibición de laborar de los trabajadores, y atentaría contra el principio de culpabilidad, dado que el ordenamiento laboral no obliga a que el empleador restrinja los derechos de los trabajadores que voluntariamente deciden continuar laborando.

Por otro lado, respecto a la infracción en materia de relaciones laborales, la autoridad sancionadora se basa en la siguiente normativa: art. 248.4 del TUO de la LPAG. La Resolución N° 318-2021-Sunafil/TFL Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral precisa la exigencia de que los hechos imputados por la administración correspondan con la conducta descrita en el tipo infractor. En cuanto al tipo infractor, el art. 25.9 del RLGIT sanciona toda acción que tenga por finalidad impedir el libre ejercicio del derecho de huelga. También se alude al art. 70 del RLRCT, así como al art. 82 del TUO del RLRCT.

Finalmente, se resuelve desestimar el recurso interpuesto en todos sus extremos y se confirma la sanción impuesta por Resolución de Sub Intendencia n.º 721-2021-SUNAFIL/IRE-ARE/SIRE (ver Figura 3).

2.4.Marco conceptual

2.4.1.Pacto social

A través del tiempo, el hombre ha buscado resolver los problemas de la manera más sencilla, sin diálogo, a través de actos o medidas violentas, teniendo en cuenta que, antiguamente, no existían reglamentos o normas que establecían parámetros en las relaciones humanas, provocando desorden social; es por ello que se instaura un órgano capaz de controlar aquellas conductas, tratando de alcanzar un bien común para la sociedad en su conjunto, a través de una potestad ejecutiva, legislativa y judicial, a fin de evitar los conflictos sociales. En relación con ello, es que se habla del contrato social, figura que se enfoca en establecer un orden a través de normas, buenas costumbres y servicios públicos, con el fin de crear un consenso social; dichas normas o parámetros estarán establecidas por quienes ostentan el poder y pretenden generar un “*statuo quo*”.

Thomas Hobbes (1588-1679) planteó que “el contrato social implicaba ceder todos los derechos individuales al gobernante, para garantizar la paz entre los hombres” (como se citó en DeConceptos.com, 2011, párr. 2). Asimismo, Hobbes consideró que “es un pacto entre individuos que renuncian a la violencia, a favor de la paz y la seguridad, dentro de un Estado que sigue el modelo de un poder absoluto” (como se citó en Sijufor, 2019, párr. 1).

Por otro lado, John Locke (1632-1704) sostuvo que el pacto social “es la conservación de la libertad, renunciando al uso de la fuerza, dándose un contrato entre individuos y, entre estos y el Estado”. Respecto al estado de su naturaleza, este se enfoca en “el derecho a la conservación de la vida y su defensa, al derecho de la libertad y la propiedad”; además, indicó que “el poder del

Estado deriva del pueblo y, posee un poder limitado, es decir, en un modelo liberalista, buscando asegurar la paz y seguridad” (como se citó en Sijufor, 2019).

Con otra perspectiva, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), en *El contrato social*, consideró que “la libertad natural del hombre debe cederse a un interés colectivo mayor, conformando la institución estatal en la que reside el poder que cada individuo deposita en esta” (Rousseau, 2017, p. 128). Así también señala, que el estado de la naturaleza del contrato radica en que “los hombres son buenos, compasivos, libres e iguales, y la sociedad es la que genera las desigualdades e injusticias”; por lo tanto, define al contrato como “aquel compromiso libre entre individuos de someterse a las leyes, las cuales expresan la voluntad general, teniendo el Estado una soberanía popular, basado en democracia directa” (como se citó en Sijufor, 2019).

Por consiguiente, el contrato social invita a entender el rol que juega el ser humano dentro de la sociedad en la que se va a desarrollar, los derechos que les serán inherentes y las leyes a las que se someterá al formar parte de una colectividad; todo ello, desde su libertad. Desde otro punto, el rol que tendrá el Estado al buscar el bien común, ya sea dentro de un gobierno absolutista, liberalista o un gobierno que busque la soberanía popular de la mano de una democracia directa.

Entonces, conforme a la situación actual, el Estado debe buscar, específicamente dentro del ámbito laboral, mejorar la relación de los sujetos laborales mediante el empleo de un sistema para mejorar la calidad regulatoria y evitar que las normas devengan en ineficaces, eludiendo arbitrariedades y futuros desequilibrios que podrían conducir a un conflicto sociolaboral.

2.4.2. Actos antisindicales

Los actos antisindicales son prácticas que vulneran la libertad sindical. De esta manera, son prácticas desleales que atentan contra la buena fe laboral y la libertad del ejercicio sindical, constituyéndose como actos antisindicales: (a) el impedir la libre afiliación a una organización sindical o promover su desafiliación, (b) obstaculizar la formación o funcionamiento del sindicato, (c) obstaculizar la representación sindical, (d) la directa injerencia del empleador en las decisiones del sindicato, y (e) la vulneración de la negociación colectiva y la huelga (Sunafil, 2020).

En ese sentido, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (2003) describe que “está prohibido los actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen”.

Entonces, ¿el esquirolaje puede ser considerado como acto antisindical? Conforme con los párrafos precedentes se puede señalar que, en efecto, así debe ser considerado, debido a que no hay tipificación específica; sin embargo, la denominación “actos antisindicales” es muy amplia y genérica, ya que en la actualidad y conforme con la práctica, la sustitución de trabajadores huelguistas es una forma directa de menguar los efectos que produce el ejercicio del derecho de huelga, si bien esta es una figura que comprenden los derechos colectivos del trabajador y la actividad sindical propiamente dicha, no obstante, y conforme con la realidad, se ha ido mostrando la diversidad de configuración de actos que podrían acaecer y, por tanto, deberían señalarse y tipificarse, a fin de que se especifique el motivo concreto por el cual se exige su cumplimiento.

2.4.3.El esquirolaje interno

Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, “esquirol” es la “persona que sustituye en el trabajo a un huelguista”. Asimismo, Grau (2018) precisó de forma general que al hablar de la figura del “esquirolaje” se alude a una práctica prohibida y concreta, la cual es usada habitualmente dentro del ámbito de los conflictos laborales. En primer lugar, dentro de una consideración semántica, la autora refirió que “se trata de una expresión peyorativa —la nota de traición a la colectividad que entraña el término y que lleva a calificarlo como “rompehuelgas”, en algunos países de tradicional anglosajona (*breaking-strike*)—” (p. 106), la cual apunta al trabajador externo en la empresa a la que se presta a realizar las labores abandonadas por el huelguista; asimismo, también hace referencia al personal propio que no se adhiere a la huelga (esquirolaje interno).

Según Tarazona y Morillo (2021):

Existen dos tipos de esquirolaje: el externo y el interno, el primero se configura cuando el empleador contrata nuevos trabajadores con la finalidad de sustituir a los huelguistas; en cambio el segundo, se presenta cuando el trabajo de los huelguistas es cubierto por personal propio de la empresa, principalmente por aquellos que no acatan la medida.

Por tanto, conforme la STC 41/1984, la figura del esquirolaje interno es la sustitución de los trabajadores huelguistas mediante otros trabajadores vinculados a la empresa en el momento de la comunicación de la huelga. Cabe señalar que “la sustitución no busca garantizar el derecho de los trabajadores no huelguistas al no incorporarse a la huelga, sino que tiene por finalidad atenuar los efectos que dicho acto produce” (como se citó en Leal, 2015, p. 14).

Entonces, se puede decir que el concepto refiere a aquellos actos de sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores que no acataron dicha medida y que son parte del personal interno de la empresa (rotación interna), así como a aquellos que no laboran en el mismo centro de trabajo, pero pertenecen a otras sucursales de la misma empresa, siempre y cuando esta rotación de personal no tenga el fin de enervar los efectos de la huelga, porque se podría dar el caso de que sea una política interna el hecho de rotar a los trabajadores internos cada cierto tiempo o por temporadas. Es preciso señalar que la figura se configurará como tal cuando se dé la sustitución del trabajador huelguista por el no huelguista, y este desempeñe actividades y/o funciones distintas a las que habitualmente ejecutaba; consecuentemente, el propósito del esquirolaje interno es minorizar los efectos que conlleva consigo el derecho de huelga, la cual busca perjudicar de cierta manera al empleador y al sistema productivo, ya que se recurre a esta medida como resultado de la falta de solución de ciertos descargos presentados a través del pliego de reclamos, todo ello con el fin de velar por sus derechos socioeconómicos y profesionales.

Si bien el esquirolaje interno es la sustitución de trabajadores huelguistas por aquel personal interno con vínculo laboral, Espinoza (2012) señaló que es “la sustitución de trabajadores en huelga mediante movilizaciones internas de personal (esquirolaje interno)” (p. 1). Por ende, se puede decir que es un mecanismo utilizado por los empleadores para que continúe la actividad empresarial durante el desarrollo de la huelga, vedando su consecuencia y efectividad.

Cabe recordar que el empleador dispone de tres facultades: directriz, sancionadora y fiscalizadora. En cuanto al poder de directriz, por un lado, su finalidad es impartir órdenes al trabajador para que realice una adecuada prestación de sus servicios; no obstante, esta facultad también puede ser utilizada para dar órdenes distintas a las que usualmente realizaba el trabajador,

o también movilizar al personal, disposición no integrada en su política interna, pues esta se encuentra limitada cuando es dirigida a neutralizar los efectos de la huelga, manifestándose por medio de distintas modalidades (Leal, 2015), las cuales se explican a continuación.

Modalidad vertical. Se trata de situaciones en las que los empresarios recurren a la movilidad funcional vertical, es decir, a la sustitución de trabajadores de distinto rango jerárquico por los trabajadores huelguistas. A manera de ejemplo, se desprende de la STSJ de Sevilla, Andalucía núm. 1736/2009 de 7 de mayo (AS/2009/1865) que las tareas dejadas por los trabajadores huelguistas fueron realizadas por directivos y trabajadores que habitualmente desempeñan funciones muy superiores, con el objetivo de mantener el normal funcionamiento del servicio y aminorar, así, los efectos de la huelga.

Modalidad horizontal. Esta modalidad se da mediante la sustitución de los trabajadores del mismo nivel jerárquico. Según Espinoza (2012), “es la asignación de las tareas que dejan de realizar los huelguistas a otros trabajadores del propio centro de trabajo que habitualmente no se encargan de ellas, recurriendo con ello a la movilidad” (p. 9). Como ejemplo, se tiene la STS del 3 de junio del 2012 (RJ/2012/9294), en la cual la empresa señalada fue condenada a indemnizar al sindicato convocante de la huelga tras sustituir a su maquinista principal (en huelga) por otro de la empresa. El maquinista, al incorporarse al puesto de trabajo, manifestó que se adhería a la huelga, para justo después ver cómo el tren salía conducido por otro maquinista, el cual no figuraba en la lista de maquinistas convocados para el servicio que realizaba. De este modo, el Tribunal consideró que había sido empleado específicamente para sustituir ilegalmente al maquinista principal por el hecho de declararse en huelga.

En la actualidad, ambas modalidades podrían presentarse dentro de una empresa. Por una parte, se tiene a la “modalidad vertical”, que sería la más común y, como ejemplo, se daría de la siguiente manera: En la empresa “JOY”, dedicada a la producción y venta de juguetes, figuran varios sectores de trabajo, cada uno con su respectivo rango jerárquico; entre ellos se encuentra el área de Marketing, conformada por tres categorías: investigación de mercado, publicidad y ventas. Las dos primeras categorías están integradas por tres trabajadores cada una, mientras que en ventas se cuenta con nueve trabajadores, de los cuales ocho, por falta de respuesta del empleador a sus peticiones, acatan una huelga debidamente aprobada. Ante esta medida, llegado el día de la paralización de labores, el empleador recurre a los trabajadores que no acataron la huelga; en este caso, dentro del área de investigación de mercado se cuenta con tres trabajadores no huelguistas, de los cuales dos son posicionados para el área de ventas, con el fin de ocupar los puestos dejados por los huelguistas en dicha área y no tener bajas en los ingresos generados por las ventas del día.

En esa línea, conforme con el ejemplo señalado, se estaría incurriendo en esquirolaje interno dentro de la modalidad de movilización vertical, ya que se desplaza personal de una jerarquía superior a una inferior, causando con ello que la producción no tenga merma y, por consiguiente, debilita los efectos del derecho de huelga.

Por otro lado, la modalidad horizontal podría configurarse de la siguiente manera: En una empresa textil, en las categorías operarios de máquina, existen distintas secciones: el personal A se encarga de operar las máquinas rectas; el personal B, las máquinas de remalle y el personal C, las máquinas recubridoras. El caso es que en cada área operan cinco trabajadores y, por motivos salariales, 10 trabajadores sindicalizados deciden irse a huelga, por lo que una vez aprobada y señalados los días para la realización de dicha medida, el empleador decide rotar a los trabajadores

de esta categoría que no acataron la huelga; de esta manera, para el personal A quedaron tres y del personal B quedaron dos, a los cuales se les asigna cubrir al personal del área C durante los días de huelga con el fin de no interrumpir su proceso productivo. En este caso, al ser trabajadores de la misma categoría, ¿se configuraría el *esquirolaje interno*?

A manera de respuesta, las tesis consideran que sí se configura el esquirolaje interno en la modalidad horizontal, por dos razones: primero, porque a pesar de que son trabajadores de una misma categoría, se observa que cada operario de máquina realiza funciones distintas (operación de máquina recta, remalle y recubre); en tal sentido, por el poder de dirección del empresario al designar y/o agregar funciones distintas a las que habitualmente realizaban los cinco trabajadores restantes que no acataron la medida, la empresa continuaría con la producción y, consecuentemente, estaría contraviniendo los efectos a los que está destinado el derecho de huelga.

2.4.3.1. Sujetos de la relación laboral frente al esquirolaje interno. En primer lugar, se ubica a los trabajadores huelguistas, sujetos de la relación laboral que serán objeto de estudio de la presente investigación, teniendo en cuenta que al ser sustituidos de forma interna por su empleador, ven afectado su derecho fundamental de huelga.

Ahora bien, en el segundo lugar se ubica a los “no huelguistas”. Huarcaya (2015) consideró que los trabajadores no huelguistas resultan ser aquellos trabajadores que, a pesar de tomar conocimiento de una paralización, deciden continuar laborando, manteniendo la normalidad en la ejecución de sus labores. Y es que este concepto resulta ser diferente al de “esquirol”, el cual, sin tener una relación laboral con el empresario, es convocado para sustituir al trabajador huelguista que decidiera adherirse a la paralización. Es decir, ambos personajes realizan las actividades de la

empresa; sin embargo, la motivación de cada uno los diferencia. Aquí aparecen varios temas que merecen ser abordados, como el derecho al trabajo o la libertad sindical negativa existente. Respecto del derecho al trabajo, la Constitución de 1993 señala que “El trabajo es un deber y un derecho”, con lo cual se podría inicialmente equiparar la conducta del no huelguista a esta protección constitucional. Sin embargo, este derecho podría encontrarse frente a otros derechos igualmente constitucionales con los que pudieran darse algunos enfrentamientos, teniendo como ejemplo el derecho a la libre empresa. Y respecto de la valoración que se le puede dar, tanto al derecho al trabajo como al derecho de huelga, Waldeck-Rousseau (citado en Huarcaya, 2015) ha señalado lo siguiente: “El derecho de trabajar de un obrero es tan sagrado como el derecho de noventa y nueve a hacer huelga” (p. 78).

Desde un primer punto de vista, según Gutiérrez (2005), en su interpretación dispuesta en el título III del régimen económico, capítulo 1, principios generales de la Constitución Política del Perú, muchas de las normas alojadas en la Constitución son verdaderos principios que orientan el ordenamiento jurídico económico; estos principios tienen el propósito de proteger la dignidad de las personas en el terreno económico, respetando la iniciativa de los particulares, según expresa la carta magna peruana, encaminada a materializar en lo posible la igualdad en el mercado, empleando con claridad el rol regulador del Estado, un Estado fuerte que no compite con los particulares en la actuación empresarial, sino que colabore con ellos, atento a los excesos que pudieran generarse en una economía de mercado, donde se respete la iniciativa privada y no se abandonen las fuerzas del libre mercado. Asimismo, refiere que el orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país, refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que

contiene su constitución; en tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando de que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado.

Es decir, debería haber un equilibrio que regule y adecue íntegramente los derechos y deberes que en el contexto de esta investigación engloba a los integrantes de la relación laboral; por un lado, en defensa de los trabajadores huelguistas, y, por otro lado, denotando el perjuicio o la afectación que podría verse reflejado frente al empleador, quien busca adecuar el normal funcionamiento o la paralización de las actividades de la empresa a la hora de ejecutarse la medida de huelga.

Se debe tener en cuenta que la iniciativa privada es libre. Al respecto, Gutiérrez (2005) alegó que:

Quando la Constitución dice que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia, con un celoso respeto de la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor y la igualdad de trato en el mercado, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder, para lo cual se precisa de un Estado fuerte. (p. 777)

Partiendo de esa idea, la Constitución Política del Perú, en su art. 59, hace referencia a la libertad de empresa, libertad de comercio y libertad de trabajo. Al respecto, Gutiérrez (2005) consideró lo siguiente:

La libertad de empresa es uno de los derechos económicos esenciales, y que no solo es una declaración positiva, una facultad que se le reconoce a todas las personas naturales y jurídicas, sino también es una limitación, teniendo en cuenta que el derecho constitucional es el derecho de la libertad, debe por tanto limitar el poder (p. 795), “la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten (...) es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites” (Montesquieu, como se citó en Gutiérrez, 2005, p. 795).

Conforme con la interpretación del mismo artículo, Gutiérrez (2005) estableció que la libertad de empresa está compuesta por un conjunto de facultades que le dan entidad jurídica y que hacen realidad un haz de libertades, lo cual implica tener en cuenta que se desglosan dentro de esa misma seis tipos que la integran y comprenden: (a) la libertad de creación de empresa, (b) la libertad de inversión, (c) la libertad de acceso al mercado, (d) la libertad de organización, (e) la libertad de gestión, y (f) la libertad de cierre de empresa.

La libertad de organización, como indicó Gutiérrez (2005), consiste en la facultad que se le otorga al empresario para determinar sus objetivos empresariales, y en función de ellos decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa; en otros términos, esta libertad se materializa en la posibilidad que tiene el empresario para ordenar con libertad el proceso económico mediante la combinación de los factores productivos (capital y trabajo), la búsqueda por maximizar el resultado y la reducción de los costes.

Por ende, el empresario, dentro del ejercicio de sus actividades, se encuentra protegido constitucionalmente, es decir, cuenta con la libertad de proteger sus objetivos empresariales, y en el caso de que se vea afectada la producción o la actividad empresarial, esta no debería ser en un extremo muy perjudicial; sin embargo, la finalidad de la medida de huelga es limitar la libertad del empresario, considerando que al verse afectado el trabajo productivo, este repercutirá en su actuar, quien, a manera de respuesta, buscará o recurrirá al ejercicio de algún mecanismo o medida que proteja sus intereses. Es por ello que la jurisprudencia hace mención a aquella proporcionalidad que debe existir frente a la medida de huelga, existiendo sacrificios correlativos entre trabajador huelguista y empleador, a fin de que se llegue a un acuerdo en el que ambas partes no se vean totalmente afectadas, y se respeten como tal sus derechos. En conclusión, debe existir un equilibrio proporcional al actuar de ambas partes, toda vez que si se encuentra establecida de manera expresa la figura del “esquirolaje interno”, dentro de un marco legal, el empleador tendrá en cuenta que, al aplicar dicha medida, se estaría vulnerando un derecho fundamental y que, por consiguiente, se estaría haciendo responsable de los efectos de dicho acto.

2.4.3.2.Tratamiento del esquirolaje interno en el RLGIT, en el Anteproyecto de Código del Trabajo y en Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

2.4.3.2.1.Alcances del procedimiento adecuado a seguir para emitir una propuesta normativa. Hay que resaltar que el Congreso de la República es “el órgano representativo de la Nación, encargado de realizar las funciones legislativas, de control político y demás que establece la Constitución Política; además, es unicameral y está integrado por ciento treinta congresistas elegidos en forma directa, de acuerdo a ley” (Congreso de la República, s.f., párr. 6).

Asimismo, señala que:

El Poder Legislativo tiene funciones importantísimas para el desarrollo de la democracia en nuestro país. En primer lugar, la función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas constitucionales, leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Reglamento del Congreso. La segunda, consiste en el control político que alcanza a la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, el dictado de decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento por el presidente de la República del mensaje anual al Congreso y el antejuicio político. De igual forma, se encarga de la representación nacional y cumple funciones especiales de designación, conforme lo señala la Ley. Otra importante función es representar la opinión pluralista de la nación. (Congreso de la República, s.f., párrs. 7-8)

Los actos del congresista y del Congreso son públicos; por ende, la ciudadanía los conoce a través de los medios de comunicación.

En otras palabras, el Poder Legislativo es el encargado de representar, legislar y fiscalizar; por lo tanto, toda iniciativa legislativa, normativa, debe ser objeto de análisis, evaluación y estudio. Por un lado, el Congreso tiene como función principal legislar; no obstante, conforme con el artículo 104 de la Constitución Política, este puede delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo cuando versen de determinadas materias establecidas por ley. Por otro lado, el Ejecutivo,

de entre sus diversas funciones, tiene la facultad de reglamentar leyes, para luego evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento por medio de decretos supremos. Asimismo, será necesario el voto aprobatorio del Consejo de Ministros cuando sea requerido por ley o conforme a la materia; sin embargo, deben ser refrendados por el ministro de su ámbito de competencia según corresponda y rubricados por el presidente de la República; por lo tanto, el decreto supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria. Este proyecto reglamentario tiene que seguir un procedimiento; en primer lugar, corresponde ser elaborado por la entidad competente, debe estar acompañado por la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizadas; en segundo lugar, los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía, no pueden desnaturalizar ni transgredir la ley; y en tercer lugar, cuando la ley lo requiera será necesario que el proyecto reglamentario sea publicado por cinco días calendario en el portal electrónico respectivo, a fin de recibir aportes de la ciudadanía.

Es necesario resaltar que el Congreso no puede crear normas que generen gasto público; esta decisión le compete solo al Poder Ejecutivo.

2.4.3.2.2. Dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo N.º 28806, aprobado mediante el Decreto Supremo 019-2006-TR. El RLGIT, en el título III del régimen de infracciones, capítulo I, infracciones en materia de relaciones laborales, artículo 25.9 refiere lo siguiente:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la **sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos**

indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo (énfasis añadido).

Conforme con el párrafo precedente, se vislumbra que tal descripción está enmarcada en la figura del esquirolaje externo; en tal sentido, no se ha podido encontrar dentro de esta norma ni dentro de otra alguna que regule expresamente la figura del esquirolaje interno, ya que también es un acto que impide el libre ejercicio del derecho de huelga. Hay que recordar que la Administración pública estará regida por la legalidad y distintas fuentes y principios; en ese sentido, como bien se denota de los diferentes actos administrativos en cuanto a la resolución de los casos, la figura del esquirolaje interno está siendo tomada de manera implícita dentro de la figura del esquirolaje externo, acto que contraviene el principio de tipicidad, porque si se incurre en tal acto, esta es sancionada dentro de la figura del esquirolaje externo, invocando a la analogía o implícitud del esquirolaje interno dentro del esquirolaje externo, figuras que fácticamente se desarrollan de manera distinta.

En esa línea, se ha observado que a falta de la regulación expresa del esquirolaje interno, las resoluciones se han ido resolviendo sobre la base de jurisprudencia y doctrina, denotando con ello actos obstruccionistas por parte del empleador que contravienen los efectos del derecho de huelga, falta de predictibilidad en la resolución de los casos, alargamiento innecesario en el procedimiento administrativo sancionador; por tanto, genera gastos innecesarios a los administrados y a la Administración pública.

2.4.3.2.3.Dentro del Anteproyecto de Código del Trabajo. Para el año 2021, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitió el Anteproyecto de Código de Trabajo. Al respecto, Edilberto Jaime anotó lo siguiente:

Nuestro país es uno de los pocos dentro de Latinoamérica que no cuenta con un cuerpo normativo articulado que dé un tratamiento coherente a las normas que se aplican en las relaciones laborales, trayendo consigo que los trabajadores y empleadores desconozcan ciertos derechos y obligaciones que se encuentran dispersos dentro de la normativa laboral, debido a una falta de integración, dificultándose el acceso a esta información. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022, p. 2)

Al día de hoy, el Anteproyecto de Código se encuentra atravesando una etapa de revisión, debido a las críticas que recibió al momento de su presentación; en ese sentido, conforme con el problema concerniente al tema de investigación, sustitución interna de trabajadores huelguistas, en el Título VIII, Derecho de Huelga, capítulo II, efectos y calificación de la huelga, en su artículo 429°, se establece lo siguiente:

Prohibición de contratar personal de reemplazo

Durante la huelga, el empleador se encuentra prohibido de reemplazar a los trabajadores comprendidos en su ámbito, o de contratar directa o indirectamente los servicios prestados por estos, salvo que la huelga, agotado el procedimiento previsto en el artículo 432, hubiera sido declarada ilegal. El incumplimiento de esta disposición será considerado como una infracción muy grave. (artículo 429°, capítulo II)

Se vislumbra que se señala de manera confusa el contenido referente a la incorporación de la oración tácita “comprendidos en su ámbito”, lo cual hace que se divague sobre los actos a los que hace referencia el apartado normativo, pues existen distintos tipos de sustitución durante la medida de huelga, que inciden en una falta de regulación delimitada y expresa. Es necesario que el Código, como instrumento base dentro de la materia laboral, señale de forma clara los actos que se consideran como prohibidos y, por ende, que atentan contra el derecho fundamental de huelga, por lo que el presente estudio demostrará la importancia de indicar de forma expresa los actos que comprenden la sustitución de trabajadores, específicamente el esquirolaje interno, figura que actualmente no se encuentra regulada de forma explícita y se viene aplicando de forma analógica e implícita. Asimismo, se espera que sea útil la iniciativa legislativa que se brindará al final de esta investigación.

2.4.3.2.4. Dentro del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. El D.S. 014-2022-TR, con fecha 24 de julio del presente año, modificó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo con la finalidad de implementar la normativa precedente de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

Conforme con el contexto de la presente investigación, este decreto en su artículo 70 señala los efectos de la huelga de la siguiente manera:

Cuando la huelga sea declarada, observando los requisitos legales, **todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar**, no pudiendo pactarse en contrario. 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 y siempre que no estuviese comprendido en el ámbito de la huelga, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio.

El empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga. (énfasis añadido)

La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve la procedencia y la legalidad de la huelga, reguladas en los artículos 73 y 84 de la Ley, atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los convenios internacionales del trabajo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y al deber de fomento de la negociación colectiva, para garantizar el ejercicio del derecho de huelga.

A pesar de señalarse que durante la medida de huelga todos los trabajadores deberán abstenerse de laborar y el empleador de utilizar personal de reemplazo para realizar actividades de los huelguistas y mantener activos los procesos o actividades afectadas, debe anotarse que no comprende de forma expresa los tipos de sustitución en los que se podría incurrir, ya que la norma lo menciona de manera general y en sentido estricto; sin embargo, debería ser delimitada explícitamente en el RLGIT, instrumento normativo que solamente configura como infracción al esquirolaje externo, debiendo señalarse también los otros tipos a los que se hace referencia de manera general en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, es decir, al esquirolaje interno, a fin de que no contravenga el principio de legalidad y tipicidad.

Por ese motivo, el presente estudio está orientado a investigar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno con base en una metodología del análisis de impacto regulatorio, para que sea regulada o bien dentro del ámbito laboral concerniente al derecho de huelga o únicamente incorporada dentro del RLGIT.

2.4.4.Regulación expresa y sobrerregulación

El término “regulación” hace alusión a una forma de control de conductas, a través de reglas emitidas por el Estado, con el fin de proteger ciertos aspectos, actos y derechos que son de interés público. Según Selznick (1985, como se citó en Carbajales), “es un control sostenible y centralizado ejercitado por una agencia pública sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social” (p.45).

Partiendo de ese concepto, la regulación expresa y/o explícita parte de la idea de expresar literalmente de forma clara y detallada una norma o apartado legal, sin insinuar ni dar por entendido o conocido el contenido; en ese sentido, al señalar dentro de una norma, reglamento o ley un apartado legal que comprenda la tipificación de un tipo que devenga en una infracción o en un acto sancionable, aún más debe ser indicado textualmente de forma clara, detallada y puntual, a razón de que la persona, el administrado en el presente caso de la investigación, comprenda y tenga clara la figura de la cual se hará mención en el artículo legal.

A manera de ejemplo, se cita el siguiente apartado normativo regulado de forma expresa dentro del área laboral:

Artículo 37.- Gravedad de las infracciones, las infracciones de acuerdo a su gravedad serán determinadas en el Reglamento de la Ley, teniendo en consideración su incidencia en el

riesgo del trabajador, respecto de su vida, integridad física y salud, en el cumplimiento de las obligaciones esenciales respecto de los trabajadores, en la posibilidad del trabajador de disponer de los beneficios de carácter laboral, de carácter irrenunciable, en el cumplimiento de las obligaciones dentro de los plazos legales y convencionales establecidos, en la conducta dirigida a impedir o desnaturalizar las visitas de inspección y en el grado de formalidad. **No podrá imponerse sanción económica por infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento.** (énfasis añadido)

Por lo tanto, es importante el hecho de regular una norma de forma expresa, porque esta busca que se señale el contenido concretamente, de manera clara y explícita, sin insinuar ni dar por sabido o conocido lo referente al contenido de la norma, ya que un cuerpo normativo busca ser guía y un referente claro tanto para el legislador, los servidores públicos y los administrados, como para las personas que son desconocedoras del ámbito jurídico. Entonces, es aún más importante que ciertos actos que son sancionables o acaecen en una infracción, ya sean leves, moderados o graves, tengan señalado textual y explícitamente la calificación y el tipo; por ende, recaerá en recibir dicha medida, sin dejar un vacío o que se llegue a sobreentender o tomar de forma implícita aquel acto, ya que este debe estar señalado precisamente con el fin de que se conozca la figura infractora y consecuentemente sea respetada.

Partiendo de ese punto, es importante enfocar el concepto de sobrerregulación y los alcances que considera dicha figura. Al respecto, Vilallonga (2017) refirió lo siguiente:

La sobrerregulación es el exceso de leyes que una administración tiene en vigor para la población a la que rige; las consecuencias de este fenómeno, a corto plazo, son la confusión

y la querulancia, es decir, aquella tendencia de los países o regiones a mantener en vigor un marco legal excesivamente complejo. Por lo tanto, al hablar de ello no se habla de un problema con la ley consigo misma ni con su número; el problema aparece cuando las leyes se contradicen entre ellas y cuando, en su función reguladora, dejan a las personas desprotegidas. Por otro lado, destaca que la sobrerregulación hace aumentar la querulancia, práctica de denunciar masivamente el incumplimiento de leyes ante un juez, cuantas más leyes hay, más confusas son, más crecen las demandas en los juzgados. Por último, faltan modelos de participación ciudadana real, donde las personas no sean solo sujetos sometidos a la ley, sino que participen de su elaboración, facilitando su cumplimiento.

Respecto a lo finalmente señalado por Vilallonga (2017), es importante destacar su idea, ya que toda norma antes de que sea aprobada, debe pasar por un filtro de aprobación ciudadana, una consulta temprana, es decir, que se considere la opinión pública para que en el caso de que exista alguna observación, disconformidad, desacuerdo o alguna idea que complemente inclusive la nueva regulación, refleje transparencia y, por ende, beneficie a los ciudadanos; pero no solo ello, al hablar de sobrerregulación se está frente a una falta de calidad regulatoria, por lo que resulta necesario que al querer implementar, modificar, proponer o regular una nueva figura, se evalúe y se analice el impacto regulatorio, los beneficios y los costos. Además, debe valorarse la exposición de motivos, las condiciones y el diseño de la regulación. Por consiguiente, se trata de la aplicación de un análisis de impacto regulatorio, una metodología que no solo mejore la calidad regulatoria peruana, sino que sirva de base para lograr un cambio a la hora de aprobar un proyecto de ley.

En esa línea, se denominan “malas reglas” a aquellas normas que no aportan valor alguno al acto o conducta que pretenden ordenar; por el contrario, se convierten en un obstáculo para

realizarla o, peor aún, en un incentivo para llevarla a cabo de una manera indebida (Dávila, 2015, como se citó en Arriola, 2018).

A fin de ser más específicos, se identifica que la sobrerregulación afecta el buen funcionamiento de las entidades públicas en tres niveles: (a) nivel normativo, donde se determinan las potestades, funciones o atribuciones, así como las reglas que sirven de base para la propia existencia de distintos organismos que conforman las múltiples entidades de la Administración pública; (b) nivel organizacional, referido a la forma en que se organizan las entidades de la Administración pública internamente, a fin de cumplir con sus funciones, es decir, los puestos, niveles y número de plazas con que cuentan; y (c) nivel personal, que influye en el desempeño y desarrollo profesional de los servidores públicos, lo cual se vincula inexorablemente con la capacidad o experiencia con que cuentan para ejecutar las funciones, actividades o tareas encomendadas y que derivan, finalmente, en el éxito o no de la gestión de una entidad (Ibarra, 2011, como se citó en Arriola, 2018).

El presente trabajo de investigación pretende, por ello, demostrar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno, sin devenir como tal en una sobrerregulación, teniendo en cuenta que dicha figura está enmarcada dentro del tipo “esquirolaje” o “sustitución externa de trabajadores huelguistas” de forma implícita en los instrumentos laborales mencionados a lo largo de este estudio. Lo que se busca es demostrar, a través de un análisis de impacto regulatorio, que más allá de incorporar dicha figura, se evidencie que sí es importante incorporar de forma expresa dicha sustitución interna de trabajadores huelguistas dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, ya que este instrumento legal es imprescindible para el personal inspectivo.

2.4.5. Tipicidad

Este elemento es considerado en la doctrina y en la ley como un principio, que consiste en describir las conductas sancionables, es decir, la composición del ilícito de forma taxativa y específica, evitando vacíos legales, con el fin de generar certidumbre. En ese sentido, Morón (2017) refirió lo siguiente:

La autoridad administrativa no puede discrecionalmente establecer plazos, condiciones o cargas a los administrados. La decisión administrativa en sentido puro debe tener vocación de permanencia, ser incondicional y no sujetarse al cumplimiento de deberes posteriores del administrado. Solo cuando la ley que regula el acto administrativo o el procedimiento especial autorice a la autoridad incluir alguna modalidad, podrá hacerlo. Aun así, no podrá hablarse de una acción discrecional, sino reglada, por cuanto deberá cumplir los elementos previstos en la norma para agregarlos y sujetarse a las características que estas les impongan. (p. 211)

En esa línea y conforme con el contexto de esta investigación, la inspección laboral tiene como función fundamental garantizar el cumplimiento de las normas sociolaborales, y en el caso de que estas se infrinjan, existen normas sancionadoras que habilitan a la inspección de trabajo a iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, el artículo 37 de la Ley General de Inspección de Trabajo alude a la gravedad de las infracciones, y a la no imposición de una sanción económica por infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento.

Entonces, el principio de tipicidad se enmarca en los comportamientos que tienen una designación clara, es decir, deben ser reglados de manera que resulten cognoscibles para los administrados, con el objetivo de que tales actos delimitados conlleven una sanción administrativa, a fin de que de forma legítima puedan ejercer su derecho fundamental de defensa y al debido proceso.

2.4.6. Mejora regulatoria en el Perú

El Perú se encuentra en un continuo cambio y mejora referente al ámbito regulatorio, ya que se ha ido viendo a lo largo de los años la cantidad de normas emitidas que, en su gran mayoría, resultaron ineficientes, pues creaban un vacío, no eran coherentes, no cumplían en cierto modo las expectativas requeridas o no se acoplaban a la realidad actual. Es por ello que o bien se iban derogando o se modificaban.

A este respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2016) consideró lo siguiente:

El Perú, a pesar de haber tenido mejoras significativas en la reducción de la pobreza, el bienestar y el crecimiento económico durante la década pasada, requiere una mejora dentro del marco regulatorio, es decir, el establecimiento de una política regulatoria clara. Primeramente, carece de una política regulatoria de gobierno integral, frente a una dispersión entre los ministerios, agencias o las mismas oficinas de un ministerio determinado; existe, además, una falta de supervisión en torno a estas. De igual modo, tampoco hay un sistema formal que evalúe si las propuestas de regulación y las regulaciones que estarían sujetas a modificaciones surten un beneficio a la sociedad o si

son coherentes con otras políticas gubernamentales; por lo que debería desarrollarse una política regulatoria coordinada y coherente entre el Gobierno central y los gobiernos subnacionales, con el fin de promover buenas prácticas y mejores herramientas regulatorias, asumiendo que se instaure a futuro una política general sobre cumplimiento y aplicación regulatoria, de la mano de un manual o una guía que inspeccione dichos actos. Cabe destacar que la Comisión de Coordinación Viceministerial es la encargada de evaluar las propuestas normativas; sin embargo, se centra únicamente en aquellas con impacto multisectorial. Asimismo, se hace hincapié en la incertidumbre causada a nivel social, debido a la carencia de un registro único en el que se incluyan todas las leyes, reglamentos y trámites. (pp. 9-10).

Por otro lado, la OCDE (2016) mencionó también que existen tres instancias que concentran la mayoría de las funciones y actividades de política regulatoria: el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus). Respecto a los dos primeros organismos, tienen áreas con atribuciones de política regulatoria, con capacidad limitada o simplemente no cuentan con capacidad, debido a que no existe un adecuado marco legal; tampoco hay capacidad de recursos humanos y materiales, por lo que no hay una supervisión en la política regulatoria. Desde otra perspectiva, se tiene conocimiento de que existen los organismos reguladores especializados en campos económicos y sociales, adscritos a la PCM, con cierta independencia, así como la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (Ley 26889), la cual establece guías: un estándar de calidad legal, el propósito de la propuesta regulatoria, el análisis costo-beneficio y la

evaluación de impactos en la legislación vigente, criterios que las entidades de la Administración pública deben considerar al realizar proyectos regulatorios.

Asimismo, el Minjus publicó el *Manual de técnica legislativa*, que contiene la estructura, reglas de las leyes, el lenguaje que se debe utilizar y la motivación del proyecto. Si bien es cierto que se tiene la obligación de elaborar un análisis de costo- beneficio de la regulación, en la práctica no hay evidencia de una implementación sistemática del mismo, malentendiéndose el análisis de costo-beneficio. A la fecha se han realizado esfuerzos para establecer una política regulatoria; primigeniamente se dispuso, mediante decretos legislativos, verificar la calidad regulatoria y, posteriormente, implementar una herramienta que evalúe la normativa de manera integral, a través del AIR.

Es por ello que, mediante Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM, se aprueba el Reglamento AIR Ex Ante que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la Aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, en el cual también se ha establecido un plan de implementación del AIR a nivel sectorial (Poder Ejecutivo), a fin de que se aplique de forma obligatoria y progresiva (OCDE, 2016).

Asimismo, según la Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio (SSAR, 2021), la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria es la que se encarga de evaluar el:

(...) AIR Ex Ante y las consideraciones que deben tener las entidades del Poder Ejecutivo en el caso de proyectos normativos que crean o modifican procedimientos administrativos, así como para asegurar un proceso de implementación del AIR Ex Ante eficiente, y la hoja

de ruta para la adecuada aplicación del AIR Ex Ante, por parte de las entidades públicas del Poder Ejecutivo. (SSAR, 2021, p. 5)

Entonces, se recomienda que la regulación sea coherente, simple y eficiente, es decir, su implementación debe ser clara y de fácil entendimiento para los administrados. Cabe señalar que para ejecutar una regulación deben seguirse principios claves de consulta, transparencia y responsabilidad, con base en evidencia, con el objetivo de tener un orden estratégico para el desarrollo armónico y descentralizado del país, de manera trascendente, a fin de alcanzar el fin supremo de la Constitución, que es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, obteniendo como resultado estándares altos de calidad regulatoria.

2.4.7. Análisis de Impacto Regulatorio

El Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), según un estudio de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM, 2021), es un proceso que permite el estudio previo, sistemático e integral, busca determinar, evaluar y medir (beneficios y costos) de distintas alternativas de solución, tanto regulatorias y no regulatorias, de un problema público (p. 7). Asimismo, busca cumplir con objetivos determinados, y como metodología, el AIR debe aplicarse para identificar y establecer la mejor y más adecuada alternativa de solución.

El AIR, según la PCM (2021), considera el reconocimiento y el análisis de los riesgos, con el fin de adoptar la mejor alternativa de solución con base en pruebas. Es importante enfatizar que dicho análisis debe estar fundamentado y, por ende, valerse de “evidencia”; consecuentemente, va más allá de ser una herramienta de análisis de impactos de alternativas de solución basada en

información recolectada y verificada, obtenida de una investigación. También, busca obtener la mejor solución y beneficios para la sociedad en su conjunto.

El objetivo que tiene el AIR es lograr una toma de decisiones que esté orientada a una solución óptima y efectiva para el bien común; en otras palabras, es un *allinta rurasunchink* (“hagamos bien”, en quechua) (PCM, 2021, p. 4). Asimismo, busca determinar la opción más beneficiosa, con el objeto de solucionar el problema público encontrado a través de alternativas regulatorias, no regulatorias, que sean efectivas y eficientes.

Para la aplicación del AIR, conforme explica Merino (2022), se seguirá un ciclo en el canal IDRA Capacitaciones (IDRA) compuesto de seis etapas: primero, se identifica el problema de política pública que requiere atención del Gobierno; segundo, se identifican los objetivos; tercero, se determinan alternativas de solución; cuarto, se evalúa el impacto; quinto, se implementa y verifica el cumplimiento de la regulación, y, por último, se monitorea y evalúa el desempeño de la regulación. La PCM (2021) refirió que un buen AIR está construido con base en la obtención de la mejor información disponible como evidencia, ya que si bien se puede contar con información innumerable, principalmente en estos tiempos de digitalización en donde no todo dato es necesariamente relevante, es imprescindible la recolección de la mejor información. Asimismo, el AIR debe ser claro, conciso, preciso y proporcional al problema público y los riesgos involucrados, estableciendo alternativas de solución y clarificando el problema por sí mismo; por último, el AIR será redactado con lenguaje sencillo, evitando con ello usar términos técnicos (PCM, 2021).

Además de una correcta aplicación del AIR, debe tenerse en cuenta el análisis de calidad regulatoria para lograr un progreso normativo. Según el Reglamento que desarrolla el Marco

Institucional que rige el proceso de Mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex Ante (Reglamento AIR), Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM, los siguientes principios buscan orientar, guiar y servir de soporte a la generación de regulaciones necesarias, predecibles y coherentes:

- Principio de necesidad
- Principio de legalidad
- Principio de efectividad
- Principio de proporcionalidad
- Principio de consistencia y coherencia
- Principio de transparencia y participación
- Principio de integridad y neutralidad
- Principio de simplicidad
- Principio de rendición de cuentas

El Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM, instrumento que define al Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR Ex Ante) señala, en el artículo 3, que:

Es un proceso que permite el análisis previo, sistemático e integral para identificar, evaluar y medir los probables resultados, beneficios y costos de distintas alternativas de solución (regulatorias y no regulatorias) de un problema público, considerando la identificación y el análisis de riesgos, con el fin de adoptar la mejor alternativa de intervención en base a evidencia. Si la alternativa resultante de la evaluación correspondiente es una regulación, su desarrollo debe ser coherente y consistente con el ordenamiento jurídico vigente, así

como establecer los mecanismos para su cumplimiento. Dicha regulación se efectúa conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento. (Decreto Supremo N.º 063-2021-TR)

En esa línea, el AIR Ex Ante es un paso preliminar, con el fin de analizar de manera integral y sistemática los probables resultados para brindar posibles soluciones con base en evidencia. En el caso de que se opte por regular, esta debe ser coherente, conforme con el tema estudiado. Entre los beneficios están la posibilidad de obtener una simplificación normativa y contribuir a que los procedimientos administrativos sean efectivos.

2.4.7.1. Instrumentos para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio. La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaria de Gestión Pública, emitió y difundió para el año 2021 dos dispositivos que servirían de apoyo y soporte para la correcta aplicación del AIR. De igual forma, para el año 2022 se publicaron dos manuales referentes a las metodologías para evaluar los impactos del AIR; los cuales se describen a continuación.

2.4.7.2. Manuales para la aplicación del AIR Ex Ante.

- A. Con fecha 13 de julio del año 2021, se emitió el Manual para la aplicación del AIR Ex Ante; su base legal está establecida en el Decreto Legislativo N.º 1448, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria; y en el D.S. N.º 063-2021-PCM, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece lineamientos generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, el cual será conocido como el Reglamento AIR.

El manual pretende ampliar y profundizar la mejora de la calidad de las regulaciones con el objetivo de lograr y alcanzar en el mediano plazo estándares internacionales de la OCDE, para así lograr una mejora en la modernización pública y contribuir con la mejora regulatoria en la Administración pública, beneficiando a las personas naturales y jurídicas. Asimismo, se quiere lograr una toma de decisiones orientadas a una solución óptima y efectiva para el bien común, basada en evidencia y análisis de impactos de alternativas de solución (regulatorias y no regulatorias). De forma progresiva se busca que su aplicación inicie en las entidades públicas del Poder Ejecutivo respecto a proyectos de ley, decretos supremos y decretos legislativos. Cabe señalar que se viene implementando la actualización y el enriquecimiento del AIR, manual que contiene información necesaria y sustancial sobre los elementos más relevantes para su aplicación, incluyendo sus componentes y proveyendo formatos que ayudarán a las entidades públicas a sistematizar los resultados de las evaluaciones realizadas al problema público.

El Manual se desarrollará en cinco secciones. La primera establecerá los principales beneficios del AIR, su contexto en el ciclo regulatorio, los principios de mejora de calidad regulatoria que seguirá, la base legal y su ámbito de aplicación, respecto a las entidades, normas y excepciones. En la segunda sección, se desenvolverán los seis componentes para realizar un análisis de impacto regulatorio: (a) el análisis del contexto, la identificación de los afectados, la magnitud y el diagnóstico del problema público; (b) la identificación y el desarrollo de los objetivos consistente con el problema público identificado; (c) la identificación y el desarrollo de las alternativas de solución

regulatorias y no regulatorias; (d) la evaluación de los impactos de las alternativas de solución, (e) la identificación, descripción y desarrollo de los mecanismos de implementación y cumplimiento; y (f) la identificación, descripción y desarrollo de criterios y de los mecanismos de monitoreo y evaluación. La tercera sección incluye las actividades necesarias para realizar un AIR, entre ellas la data, la elaboración de indicadores, la agenda temprana y las consultas públicas. La cuarta sección contiene la preparación y presentación del expediente del AIR, que comprende el proceso y los actores involucrados en la exposición de dicho expediente. Por último, los anexos y la bibliografía se encuentran establecidos en la quinta y sexta sección.

- B. Para el mes de setiembre de 2021, se emitió el segundo manual. Su contenido está integrado de la misma manera que la primera Guía; sin embargo, resulta más didáctico y fácil de comprender, debido al diseño y la forma en la que se establecen los conceptos, la gran mayoría mediante gráficos. Cabe anotar que este manual es complementario al emitido en el mes de julio.

2.4.7.3. Manuales de metodologías para la evaluación de impactos del AIR ExAnte.

- A. El 8 de marzo de 2022 se emitió el Manual de Metodologías para la Evaluación de Impactos del AIR Ex Ante, cuya base legal es el Decreto Supremo N.º 063-2021-PCM, la Resolución Ministerial N.º 151-2021-PCM —la cual publicó el manual para la aplicación del AIR Ex Ante— y la Resolución N.º 008-2021-PCM-SGP, emitida por la Secretaría de Gestión Pública, que aprueba el Plan de Implementación del AIR Ex Ante

para las entidades públicas del Poder Ejecutivo. Por tanto, comprende diversos componentes que requieren ser profundizados para que las entidades públicas abarquen los alcances y efectúen un adecuado AIR, todo ello a través de las metodologías que se desarrollarán en este Manual, pues su fabricación fue diseñada con el fin de ampliar conceptos desarrollados en el primer manual, que permite evaluar los efectos positivos y negativos de las alternativas de solución, con la finalidad de elegir la más conveniente, descritas con el propósito de ser operativas, las cuales deberán ser perfeccionadas considerando los requerimientos nacionales e internacionales.

Por tal motivo, el manual se organiza en cuatro secciones: la sección I contiene los instrumentos de evaluación de alternativas, que abarcan la evaluación preliminar de alternativas en el sistema peruano, y la elaboración del cuadro breve y del cuadro detallado de costos y beneficios; la sección II hace referencia a las consideraciones previas para la selección de la metodología; la sección III introduce a las metodologías para la evaluación de impactos del AIR Ex Ante, que comprenden la evaluación de alternativas dentro del AIR y los costos de oportunidad: el concepto clave en la evaluación de alternativas, la selección de la metodología de evaluación y los criterios por tener en cuenta para seleccionar la metodología; y en la sección IV se desarrolla la aplicación de las metodologías, estableciendo su concepto, las fases, ventajas y desventajas, las cuales se reseñan a continuación.

- La Metodología de análisis multicriterio (AMC) es un método que hace una valoración ponderativa, principalmente de manera cualitativa y cuantitativa, debido a que tiene un enfoque multidisciplinario, de los impactos negativos (costos) y

positivos (beneficios) de cada alternativa de solución, con el fin de evaluar cuál es la que mejor se adecua a resolver el problema público identificado a través del desarrollo de siete fases: (a) establecer los objetivos, (b) identificar las alternativas regulatorias, (c) establecer los criterios de evaluación, (d) calificar y evaluar el desempeño de cada alternativa, (e) asignar pesos a cada criterio de evaluación, (f) calcular la combinación de pesos y calificaciones, y (g) la evaluación final y elección de la mejor alternativa.

- La Metodología de análisis costo-beneficio (ACB) es una de las más utilizadas a nivel internacional; tiene como ventaja producir un resultado numérico en términos monetarios, en el cual intervendrán factores objetivos en la elección de datos, haciendo comparables las alternativas que se presentarán; esta metodología es considerada difícil y costosa de emplear, debido a que el análisis requerirá mayor precisión, mayor acopio de información y la guía de un economista cualificado.

Su enfoque es sistémico, comprende una serie de fases, empezando por identificar los impactos, monetizar los costos de la regulación y monetizar los beneficios de la regulación, para, posteriormente, construir los flujos de costos y beneficios futuros, analizar la sensibilidad y elegir la mejor alternativa.

- Metodología de análisis costo-efectividad (ACE), conocida también como costo-efectividad, es un método que permite comparar los costos de una alternativa regulatoria en términos monetarios y los beneficios relativos a un objetivo determinado; al igual que el ACB, siempre se requerirá de la guía de un economista cualificado. Cabe destacar que abarca cuatro etapas: (a) cuantificar los costos de cada

alternativa en términos monetarios, (b) identificar la efectividad de cada alternativa utilizando indicadores de efectividad comunes, (c) cuantificar la efectividad de cada alternativa, y (d) interpretar los resultados para elegir la mejor alternativa.

- Metodología de análisis de riesgo (ADR), es una herramienta que prioriza las medidas regulatorias de acuerdo con la valoración de los riesgos de la materia regulada, por lo que se requiere tener información cualitativa y cuantitativa para determinar qué tipos de niveles de riesgos puede tolerar la Administración pública, se busca determinar qué probabilidad existe de que esos peligros se materialicen y qué medidas son adecuadas para disminuir dicha probabilidad. Ahora bien, cabe mencionar que los recursos asignados dependerán de tres factores: (a) la probabilidad del riesgo, (b) los impactos potenciales, y (c) la pretensión de la entidad pública para administrar el riesgo. Asimismo, es importante tener en cuenta que el riesgo puede ser incorporado en las metodologías mencionadas anteriormente.

Las fases que integran esta metodología son cuatro: (i) identificar y clasificar los peligros, (ii) identificar las probabilidades de ocurrencia, (iii) determinar el nivel de riesgo, y (iv) administrar el riesgo por parte de la entidad para elegir la mejor alternativa.

En consecuencia, el manual establece cuatro metodologías, las cuales, pese a tener procedimientos y alcances distintos, buscan encontrar la alternativa de solución más adecuada, eficiente y favorable para resolver el problema público identificado. No obstante, también se hace alusión a un modelo de costeo estándar, que es un método simplificado consistente en reducir el impacto de la regulación respecto a las cargas

administrativas sobre las empresas. Para medir dichas cargas de manera cuantitativa, el modelo debe responder dos preguntas: ¿Qué obligaciones de información impuestas por el Gobierno existen/se generan? y ¿Qué costos conllevan o es probable que carguen a la economía los ciudadanos y las entidades públicas?

Además, el capítulo IV incluye siete anexos: (i) los tipos de problemas públicos, (ii) taxonomía de los costos de la regulación, (iii) taxonomía de los beneficios de la regulación, (iv) preguntas guía para identificar los impactos, (v) pros y contras de los métodos para estimar las mejoras en el bienestar, (vi) ejemplos de aplicación del cuadro detallado, y (vii) todo lo concerniente al costeo estándar.

- B. Para el mes de mayo de 2022, se emitió el cuarto manual de metodologías para la evaluación de impactos del AIR Ex Ante, versión complementaria del tercer manual, la cual, a diferencia de este, fue desarrollada de manera didáctica y resumida. En cuanto al contenido, está compuesto por tres secciones: (i) instrumentos de evaluación de alternativas empleadas en el Perú, (ii) introducción a las metodologías de evaluación, y (iii) aplicación de las principales metodologías. Además, cuenta con anexos y bibliografía que contienen herramientas adicionales, ampliando la explicación y los alcances de las metodologías de evaluación.

2.4.7.4. Componentes del AIR.

- a) *Identificación de los afectados, magnitud y diagnóstico del problema público.* En este primer paso, se realizará un diagnóstico del problema público, el cual deviene en la falta de regulación expresa del esquirolaje interno, que se da a causa de que se aplica

esta figura de forma implícita, lo cual ocasiona el desconocimiento de la figura. Consecuentemente, genera conductas obstruccionistas que van en contra del derecho de huelga, y con esta investigación se busca brindar aportes para que se aplique conforme con el principio de tipicidad, a fin de que haya una correcta imputación; por ende, un aumento de predictibilidad en la resolución de los casos, incremento de celeridad en el procedimiento administrativo sancionador y una baja incidencia en las prácticas que van en contra del derecho de huelga.

Dentro del diagnóstico, se ha identificado quiénes resultan afectados y en qué grado:

Trabajadores huelguistas: Afecta directamente al derecho de huelga e indirectamente estaría afectando la actividad sindical. En este caso, el grado de afectación es mayor, debido a que se estaría vulnerando un derecho protegido por la Constitución.

Empleadores: Afecta su derecho de defensa al momento de fundamentar sus descargos e iniciar el procedimiento administrativo sancionador, ya que, en la mayoría de casos, la autoridad administrativa resuelve en cuanto a jurisprudencia, doctrina, dejando de lado la tipicidad de la norma. En este caso, el grado de afectación es relativamente mayor.

Sindicatos: Afecta en el caso de que no puedan señalar el tipo (subsumir los hechos al tipo legal) y al momento de que se configure (equivalente a una infracción muy grave). En este caso el grado de afectación es mayor.

Trabajadores no huelguistas: Afecta en el desconocimiento de la figura, puesto que de esta manera se acepta por parte del trabajador el incremento de trabajo y funciones de forma interna. Asimismo, se puede dar en el cambio de funciones y puestos dentro del centro de trabajo, logrando con estos actos enervar los efectos a los que conlleva la huelga. En este caso, el grado de afectación es intermedio.

Sistema inspectivo: Al no estar debidamente tipificada la infracción, el grado de afectación es intermedio.

b) *Identificación del o los objetivos al enfrentar el problema público.* Estos nos ayudarán a identificar las alternativas de solución:

- Regulación del Esquirolaje Interno en base a la metodología del AIR.
- Que los integrantes de la relación laboral tomen conocimiento de la figura.
- Facilitar la labor inspectiva.

c) *Identificación de las alternativas de solución.* Este componente ayudará a determinar si es necesario:

- Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de Análisis de impacto regulatorio.
- Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga.

- Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en el caso de incumplimiento.

d) *Evaluación de los impactos de las alternativas de solución.* Comprende la evaluación de los costos y beneficios que generan, incluyendo sus mecanismos de cumplimiento, con la finalidad de elegir la mejor alternativa de solución del problema público identificado (regulatoria o no regulatoria). En este punto, se señalarán los impactos positivos y negativos que se desprenden de cada una de las alternativas de solución propuestas.

Tabla 1

Evaluación de los impactos de las alternativas de solución

Alternativas de solución	Impacto positivo	Impacto negativo
Elaborar una propuesta normativa respecto al	-Que este tipificado -Genere seguridad jurídica	- Unificación de la propuesta normativa

esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de Análisis de impacto regulatorio.	- Que no se vulnere el derecho de huelga. - Que se aplique el Análisis del Impacto Regulatorio.	dentro del reglamento de la Ley 28806. - Los costos de la elaboración de la propuesta normativa.
Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento.	- Conocimiento público de la figura. - Que se generen prácticas positivas para que no se enerven los efectos del derecho de huelga.	- Aplicación de la figura de forma implícita. - Los costos de la difusión de la figura. - Falta de acceso a las TIC (lugares alejados).
Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga.	- Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo. - Aplicación dentro del sistema inspectivo y demás normas laborales concernientes al derecho de huelga. - Brevedad en la resolución de los casos.	- Unificación de la propuesta normativa dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga. - Los costos de la publicación e implementación de la ley.

	- Predictibilidad en la resolución.	- Tiempo de adecuación. - Demora en la interiorización de la figura.
--	-------------------------------------	---

A partir de esta evaluación de impactos, se señalan los posibles costos y beneficios que generaría cada alternativa de solución planteada.

Costos y beneficios de: Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de Análisis de Impacto Regulatorio.

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos, se incurriría dentro del subtipo Costos de cumplimiento, en primer lugar, cargas administrativas, costos soportados por el Estado y por sus funcionarios públicos, como resultado de las actividades administrativas realizadas como: costos por la elaboración de la propuesta normativa, costos durante las etapas de verificación y aprobación de la propuesta, así también, por el levantamiento y procesamiento de información. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en costos de corrupción en el caso de que exista disconformidad por parte de las empresas; asimismo, en las demoras administrativas, en las molestias que cause el interiorizar y aplicar la metodología del AIR, y de forma mínima en las incoherencias en las que se podría acaecer al implementarse la propuesta normativa. Dentro de los Costos de implementación, se tiene como subtipo a los costos de información y cargas administrativas; en este caso, para monitorear el cumplimiento de la regulación sería necesaria la obtención y

sistematización de datos (verificación de casuística a fin de delimitar el tipo legal) para ser incorporados al Sistema Informático de Inspecciones del Trabajo, y, en segundo lugar, el subtipo de costos de monitoreo y ejecución, como el seguimiento que se llevará a cabo por el área de supervisión, a fin de verificar la utilización del tipo legal y, por otro lado, la elaboración y aplicación de la propuesta, para que posteriormente se modifique el artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806 y, se dé un procesamiento de las sanciones que se vayan a aplicar.

Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de costos de cumplimiento indirecto se estaría ante el hecho de que, una vez conocida la propuesta normativa, una que otra empresa que se vea afectada por la medida de huelga acate como debe ser la paralización de sus actividades y, con ello, una vez restablecidas con normalidad las labores, esta incrementa el precio de los productos por las pérdidas de producción acaecidas durante el periodo de la medida. Y dentro de los otros costos indirectos o subtipo costos secundarios en los que se podría incurrir, estarían los costos de transacción, en los cuales podría darse la negociación de un acuerdo interno entre trabajadores no sindicalizados y empleadores, llevando con ello costos relacionados con el comportamiento estratégico de las partes ya señaladas, con la finalidad de ir contra la libertad sindical, el derecho de huelga y las negociaciones colectivas.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo de eficiencia de mercado se brindaría seguridad jurídica al saber que la propuesta normativa está siendo elaborada con base en un AIR, el cual se viene aplicando internacionalmente, para la correcta elaboración de una norma; así también, se denotaría el alcance a una mejor información, es decir, un mayor conocimiento de las actividades (esquirolaje interno) que vendrían a afectar el derecho fundamental de huelga.

En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se podría reflejar en el soporte que brindaría el AIR como base para futuras investigaciones que sigan esa metodología.

Por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, se tendría la protección adecuada y oportuna del derecho fundamental de huelga.

Costos y Beneficios de: Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento (opción de empujón o *nudggin*).

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos se incurriría dentro del sub tipo Costos de cumplimiento, en primer lugar, a costos sustantivos de cumplimiento, en el que se abarcaran las inversiones y gastos a los que se lleguen a enfrentar las empresas respecto a las capacitaciones periódicas, tanto presenciales como mediante las TIC, y de igual manera la entidad pública (Sunafil). En segundo lugar, cargas administrativas, costos soportados por las empresas, por la Sunafil, como resultado de las actividades administrativas realizadas como: costos por la elaboración de formularios, reuniones internas y externas, levantamiento, recopilación y procesamiento de información, y designación de nuevo personal para estas nuevas actividades, en el caso de que corresponda. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en la disconformidad por parte de los empleadores en invertir un tiempo para capacitar a los trabajadores, y por parte de estos últimos, el hecho de acceder a estas capacitaciones debido a la falta de costumbre. Referente a los Costos de implementación, se tiene como subtipo a los costos de monitoreo y ejecución; en este caso, para monitorear la interiorización de la figura en los integrantes de la relación laboral, el uso de aplicativos por parte de la Sunafil.

Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de costos de cumplimiento indirecto, se estaría frente a la suposición de la falta de interés por cierto grupo de trabajadores, y, por ende, su falta a las capacitaciones, lo cual incidiría en la realización de capacitaciones extras (no programadas). Y dentro de los otros costos indirectos o subtipo costos secundarios en los que se podría incurrir, están los costos de transacción, en los que podría darse la negociación de un acuerdo interno entre empleador y capacitador en el caso de que se necesite una reprogramación para dicha instrucción.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo eficiencia de mercado, se denotaría el alcance a una mejor información, es decir, un mayor conocimiento de la figura y los actos (sustitución interna) que vendrían a afectar el derecho fundamental de huelga. En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se beneficiará con la construcción de un mejor ambiente laboral; por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, por parte de los trabajadores habría un mayor conocimiento y, por lo tanto, una mejor defensa de sus derechos.

Costos y Beneficios de: Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga.

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos, se incurriría dentro del subtipo Costos de cumplimiento, en primer lugar, a costos sustantivos de cumplimiento, en el que se abarcarán las inversiones y gastos a los que se llegue a enfrentar el Estado para la incorporación de la figura dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga, respecto a cargas administrativas, costos soportados por el Estado y por sus funcionarios públicos, como resultado de las actividades administrativas realizadas como: la modificación de las normas

en materia laboral referentes al derecho de huelga de forma física, y dentro de las demás plataformas como en el SPIJ; así también, en la unificación normativa y los costos que acarreará la publicación e implementación de la propuesta de ley. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en costos de corrupción en el caso de que haya una demora en el tiempo de aplicación en el ámbito laboral referente al derecho de huelga. Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de costos de cumplimiento indirecto se estaría frente a la suposición de que al estar incorporada la figura, el empleador tiene que cumplir con la disposición normativa (esquirolaje interno), de modo que se verían atendibles los efectos de la huelga, es decir, se produciría una reducción en el sistema productivo de la empresa.

Dentro de los Costos de implementación, se tiene como subtipo, en primer lugar, a los costos de información y cargas administrativas; en este caso, para monitorear el cumplimiento de la regulación, sería necesaria la recopilación, obtención, levantamiento de nueva información y el procesamiento de dicha información, para ser incorporada dentro del ámbito laboral concerniente al derecho de huelga; y, en segundo lugar, en el subtipo de costos de monitoreo y ejecución, en este caso, las inspecciones y fiscalizaciones llevadas a cabo por la autoridad administrativa designada.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo eficiencia de mercado, se brindaría seguridad jurídica y predictibilidad en la resolución de los casos; asimismo, habrá un ahorro de costos dentro del procedimiento administrativo sancionador, favoreciendo con ello al principio de celeridad y economía procesal. En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se podría reflejar en el cumplimiento de

los convenios colectivos y en la concesión de la petición realizada a favor de los trabajadores sindicalizados; por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, existiría una adecuada y oportuna protección del derecho de huelga.

2.4.7.5. Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex Ante (Reglamento AIR) Decreto Supremo N.º 063- 2021-PCM. La publicación del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex Ante, según Zúñiga (2021), “explica la decisión del Estado Peruano por fortalecer el marco institucional de la función normativa del Estado en cuanto a la mejora de la calidad regulatoria” (párr. 1).

Este reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 063-2021-TR, tiene por objeto desarrollar el marco institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria, así como establecer los lineamientos generales para la aplicación del AIR Ex - Ante y de otros instrumentos que aseguren la idoneidad y la calidad del contenido de las intervenciones regulatorias. Ahora bien, la finalidad del Reglamento radica en establecer las reglas y responsabilidades para garantizar el adecuado funcionamiento del marco institucional para la mejora de la calidad regulatoria y la aplicación del AIR Ex Ante.

Dentro de su contenido, el Reglamento abarca definiciones que serán claves en todo su desarrollo: el AIR Ex Ante, la agenda temprana, el análisis de impacto regulatorio Ex Post, el aplicativo informático para el AIR Ex Ante, la consulta pública, los costos de cumplimiento, las disposiciones normativas de carácter general (regulaciones), la generación de evidencia, el manual para la aplicación y el manual para la evaluación del AIR Ex Ante, lo que es calidad regulatoria,

el rol que llevarán las entidades de la Administración pública y, sobre todo, qué es la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria (CMCR).

Por otro lado, se señala el ciclo regulatorio, el cual abarca el diseño, elaboración, aprobación, implementación, cumplimiento, seguimiento, evaluación y mejora de la regulación. Este proceso debe ser optado y utilizado por las entidades públicas, por lo que debe basarse en evidencia, es decir, en una justificación razonable que garantice el proceso de producción regulatoria (abierto y transparente). Asimismo, debe promover la libre competencia en los mercados, la interculturalidad, la inclusión, el respeto de los derechos humanos y la equidad, evitando todo tipo de discriminación. También, garantizar la armonización y coherencia de las regulaciones, y de las políticas que integran el ordenamiento jurídico, así como el monitoreo y seguimiento al cumplimiento de la regulación. Para obtener regulaciones basadas en lo mencionado, estas deben sustentarse y fundamentarse en el principio de necesidad, legalidad, efectividad, proporcionalidad, consistencia y coherencia, transparencia y participación, integridad y neutralidad, simplicidad, y en el principio de rendición de cuentas. El reglamento busca que la mejora de calidad regulatoria sea parte del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, con la finalidad de que las entidades públicas perfeccionen su producción regulatoria. Los actores que serán parte de la mejora regulatoria están establecidos en el artículo 7; se señalan para la participación activa del sector público a la Presidencia del Consejo de Ministros, y para la participación activa del sector privado a la academia, la sociedad civil y los ciudadanos en general. Se mencionan también, de manera enunciativa, los instrumentos, tales como la simplificación administrativa, el análisis de calidad regulatoria de procedimientos administrativos, el AIR Ex - Ante, el AIR Ex Post, la consulta pública a través de sus diversas modalidades, el costeo de la

regulación y de los trámites, las revisiones y derogaciones del ordenamiento jurídico, la agenda temprana, herramientas para generar, recopilar el procesamiento y el análisis de datos e información para la generación de evidencias y otros que se establezcan por decreto supremo.

Dentro del Reglamento, en un capítulo específico se abarca todo lo referente al AIR Ex Ante; este es un proceso que permite el análisis sistemático e integral para identificar, evaluar y medir los probables resultados, beneficios y costos de distintas alternativas de solución, regulatorias y no regulatorias, de un problema público, considerando la identificación y el análisis de riesgos, con el fin de adoptar la mejor alternativa; su desarrollo debe ser coherente y consistente con el ordenamiento jurídico vigente, y de este se deben establecer los mecanismos para su cumplimiento, todo ello con base en evidencia. El capítulo señala los objetivos de este análisis, el cual busca garantizar que la propuesta regulatoria planteada por la entidad pública sea la mejor opción para contribuir o reducir los riesgos de un problema público. El reglamento especifica el ámbito de ampliación y los componentes que comprenderá el AIR Ex Ante. En este se indicará lo siguiente:

- El análisis del contexto, la identificación de afectados, la magnitud y el diagnóstico del problema público.
- Identificación y desarrollo del o los objetivos.
- Identificación y desarrollo de las alternativas de solución regulatorias y no regulatorias.
- Evaluación de los impactos de las alternativas de solución (costos y beneficios).
- Identificación, descripción y desarrollo de los mecanismos de implementación y cumplimiento para asegurar la viabilidad de la mejor alternativa seleccionada.

- Identificación, descripción y desarrollo de criterios y de los mecanismos de monitoreo, supervisión y evaluación del cumplimiento de los objetivos y del proyecto regulatorio seleccionado.

De igual forma, se desarrolla el análisis como parte del proceso de producción regulatoria en las entidades públicas del Poder Ejecutivo, el proceso que se seguirá y las etapas que este comprende, desde la elaboración, la emisión del primer dictamen por parte de la CMCR, sus plazos, el levantamiento de observaciones y la emisión del dictamen final. En cualquiera de las etapas, la entidad pública del Poder Ejecutivo podrá solicitar reuniones de coordinación o de aclaración de observaciones, todo ello de la mano de un Manual que servirá para su aplicación y desarrollo; por consiguiente, se hace mención de forma precisa del objetivo, el contenido y los lineamientos para su implementación. En lo que respecta a la consulta pública, de igual modo se establecen sus objetivos, en qué etapas se desarrollará, tanto en la etapa previa al diseño, a la elaboración y desarrollo del proyecto regulatorio y las herramientas que se emplearán. Cabe anotar que existe una obligatoriedad respecto a los instrumentos para la aplicación de este análisis.

La Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria será la encargada de emitir el dictamen favorable respecto de la creación de propuestas regulatorias y/o modificaciones, ya sean sectoriales o multisectoriales. Respecto a estas últimas, para que puedan ingresar al proceso de evaluación de la Comisión de Coordinación Viceministerial (CCV), y si en este caso se encuentra una observación, se pide que se remita electrónicamente la nueva propuesta subsanada, para que sea evaluada.

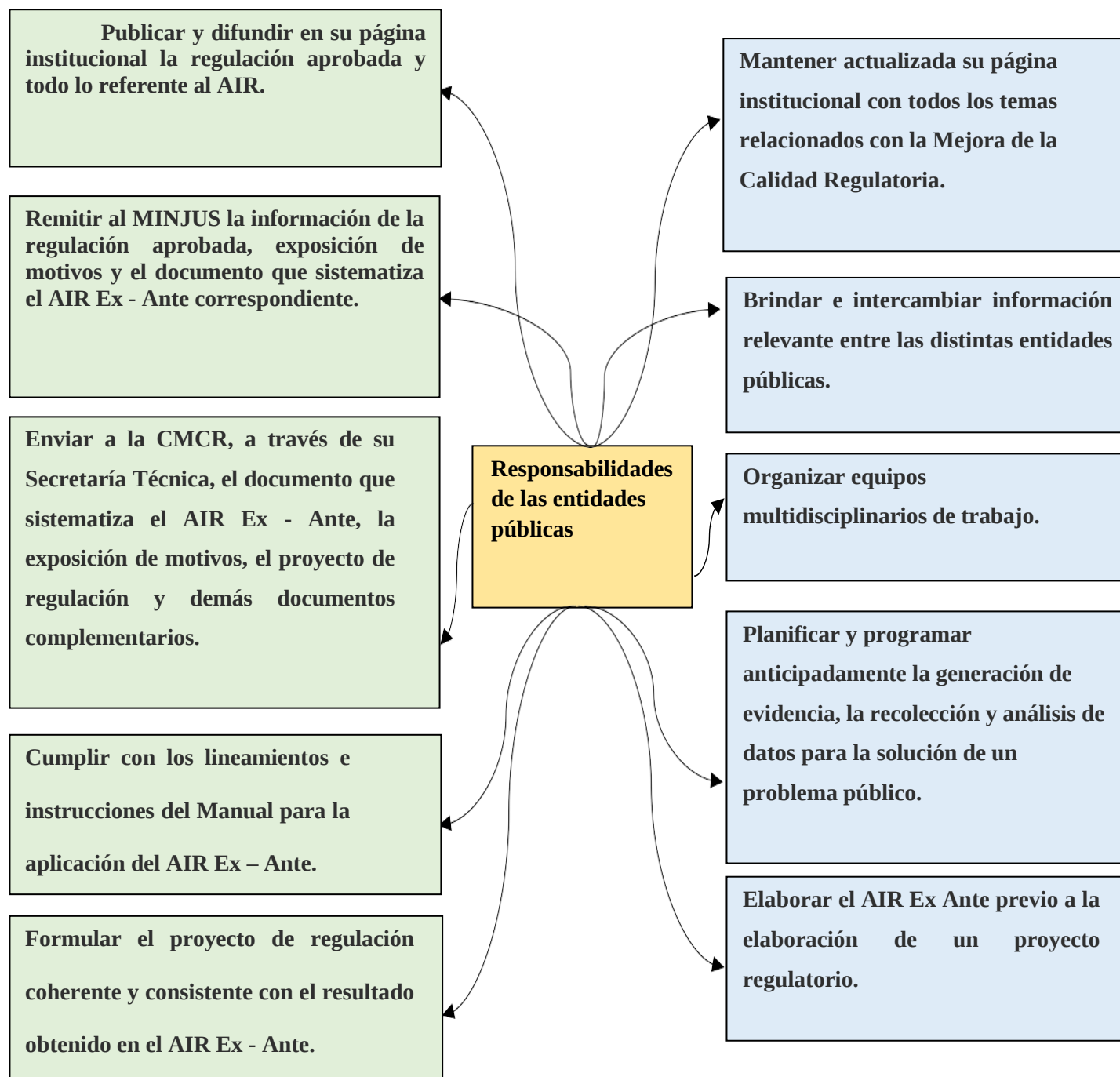
Las entidades públicas se rigen por los principios establecidos por el reglamento, el manual (que establece los lineamientos, criterios, fases del proceso, plazos, desarrollo de los componentes y formularios aplicables), normas e instrumentos complementarios.

La CMCR depende de la PCM y tiene por finalidad evaluar el AIR Ex Ante de los proyectos regulatorios, así como el análisis de calidad regulatoria, la creación o modificación de procedimientos administrativos, y está conformada por el secretario general de la PCM, quien la preside juntamente con el secretario de Gestión Pública, el viceministro de Economía, el director de la Dirección de Eficiencia Normativa del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el viceministro de Justicia o representante, y el director de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Minjus. Asimismo, la Comisión se encarga también de controlar e informar a la secretaría técnica qué entidad pública no cumplió con la elaboración del AIR conforme lo establecido y se encarga de emitir un dictamen; cuando este ente remite su proyecto regulatorio, ya sea sectorial o multisectorial, a fin de que sea calificado, dicho dictamen debe ser favorable para continuar con el proceso de aprobación.

Los responsables conforme a sus atribuciones y encargatura de la conducción del AIR Ex Ante dentro de los ministerios son el ministro, viceministro y el secretario general; asimismo, los encargados para el caso de los organismos o demás entidades públicas serán el presidente del Consejo directivo o el titular de la entidad, el gerente general o quien tome su lugar, el oficial de Mejora de Calidad Regulatoria y el profesional designado por la institución.

Figura 4

Diagrama de flujo de las obligaciones de las entidades públicas según el reglamento del Análisis de Impacto Regulatorio



Nota. La entidad pública será responsable de diversas acciones para el diseño y elaboración del proyecto regulatorio.

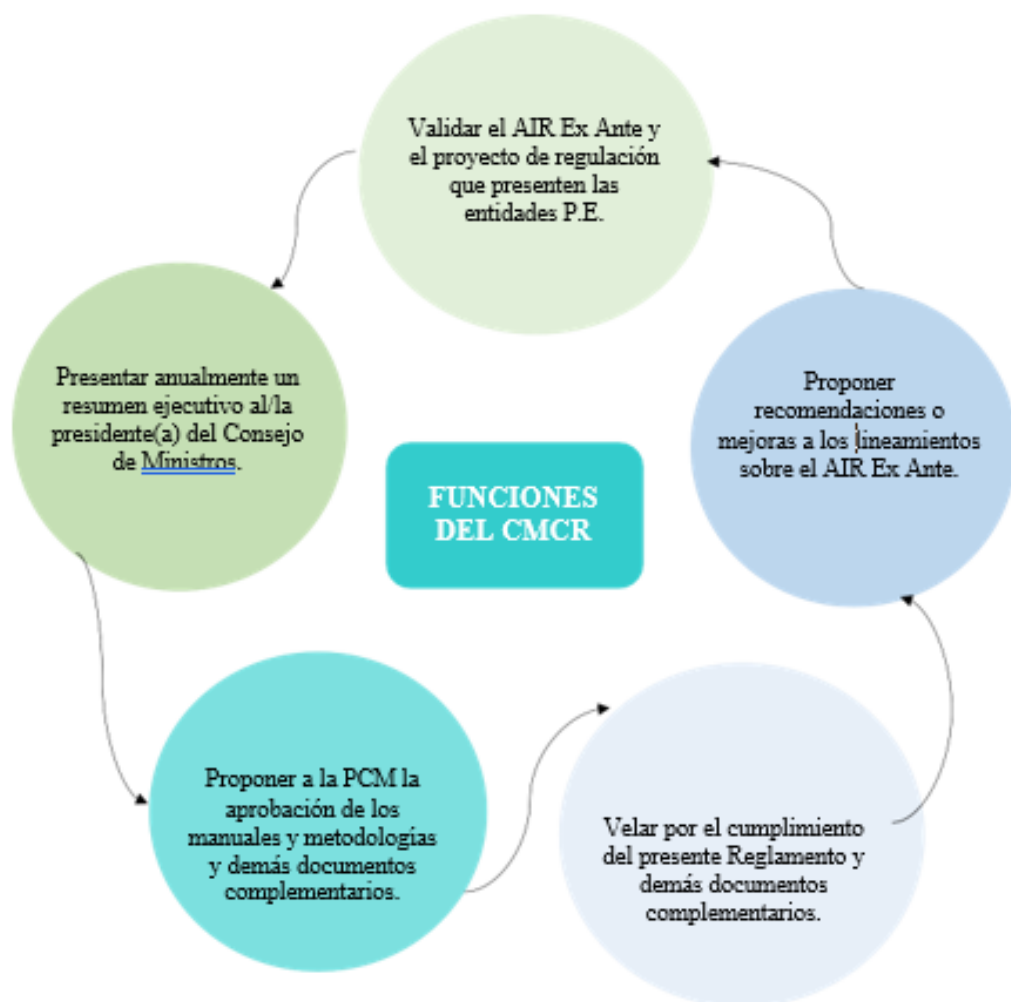
Por otro lado, para el fortalecimiento del proceso de mejora de calidad regulatoria, se debe coordinar con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y otras entidades públicas para la generación o intercambio de datos, a fin de fortalecer, analizar y sistematizar la información constantemente.

Es necesario resaltar que, la CMCR puede invitar a especialistas y/o representantes de la sociedad civil y del sector privado, para apoyar y fortalecer el proceso de la revisión del AIR Ex Ante, contando con el derecho a voz, pero no de voto; en cuanto a las decisiones de la Comisión, estas se adoptarán por unanimidad con el debido sustento, de igual forma, cuando se adopte decisiones por mayoría y, en casos de no lograr el consenso se actuará conforme al reglamento interno de la CMCR.

Para la elaboración, propuesta, actualización, modificación e implementación de la propuesta del manual para la aplicación del AIR Ex Ante, es necesaria la conformidad por consenso, suscrita en acta respectiva por todos los miembros de la CMCR para continuar con el proceso de aprobación.

Figura 5

Funciones de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria, según el reglamento del Análisis de Impacto Regulatorio

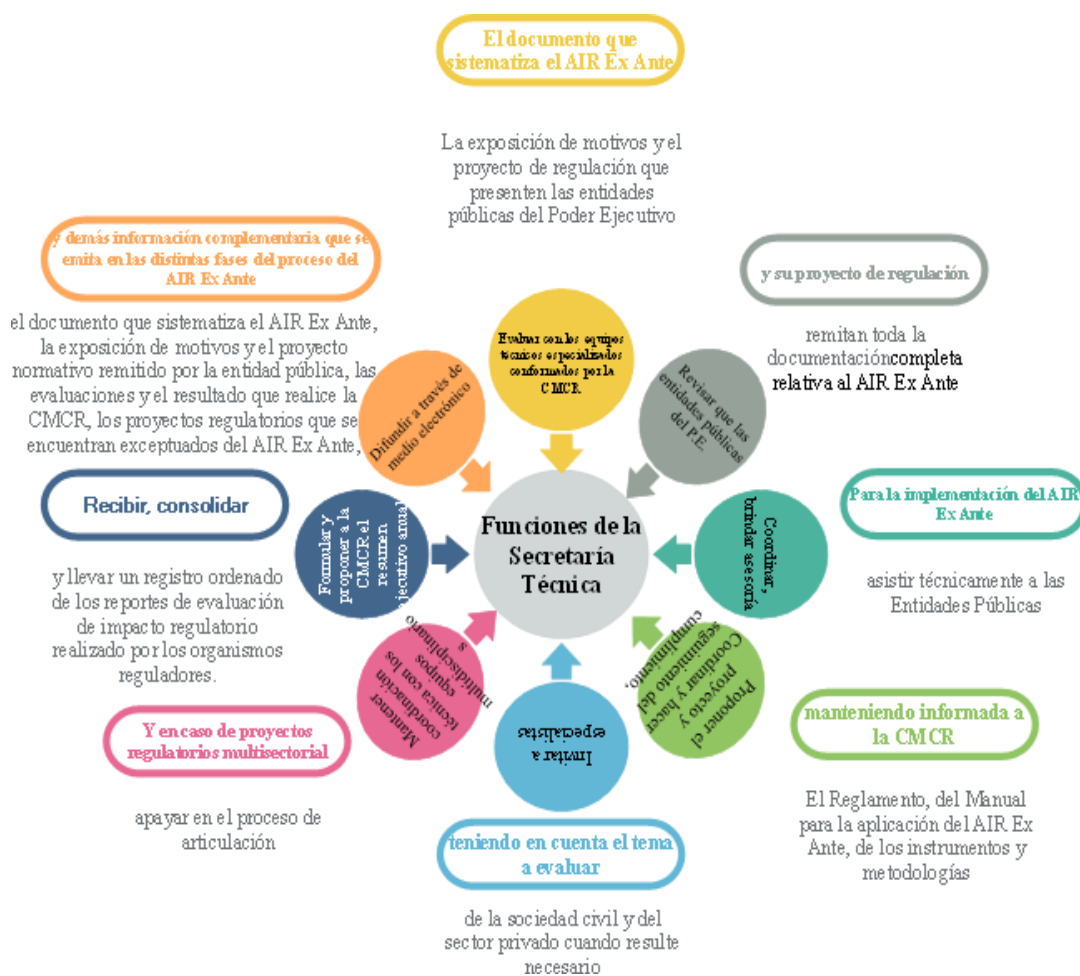


Nota. La Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria debe cumplir funciones con el fin de evaluar el AIR Ex Ante de los proyectos regulatorios que presenten las entidades públicas.

Para el cumplimiento adecuado de sus funciones y el fortalecimiento de los representantes de la evaluación técnica, se pueden conformar equipos técnicos especializados de las entidades, quienes participan integralmente con la secretaría técnica; y la que ejerce el rol de la secretaría técnica de la CMCR es la Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio de la Secretaría de Gestión Pública de la Comisión.

Figura 6

Diagrama de flujo de las funciones de la secretaría técnica según el reglamento del análisis de impacto



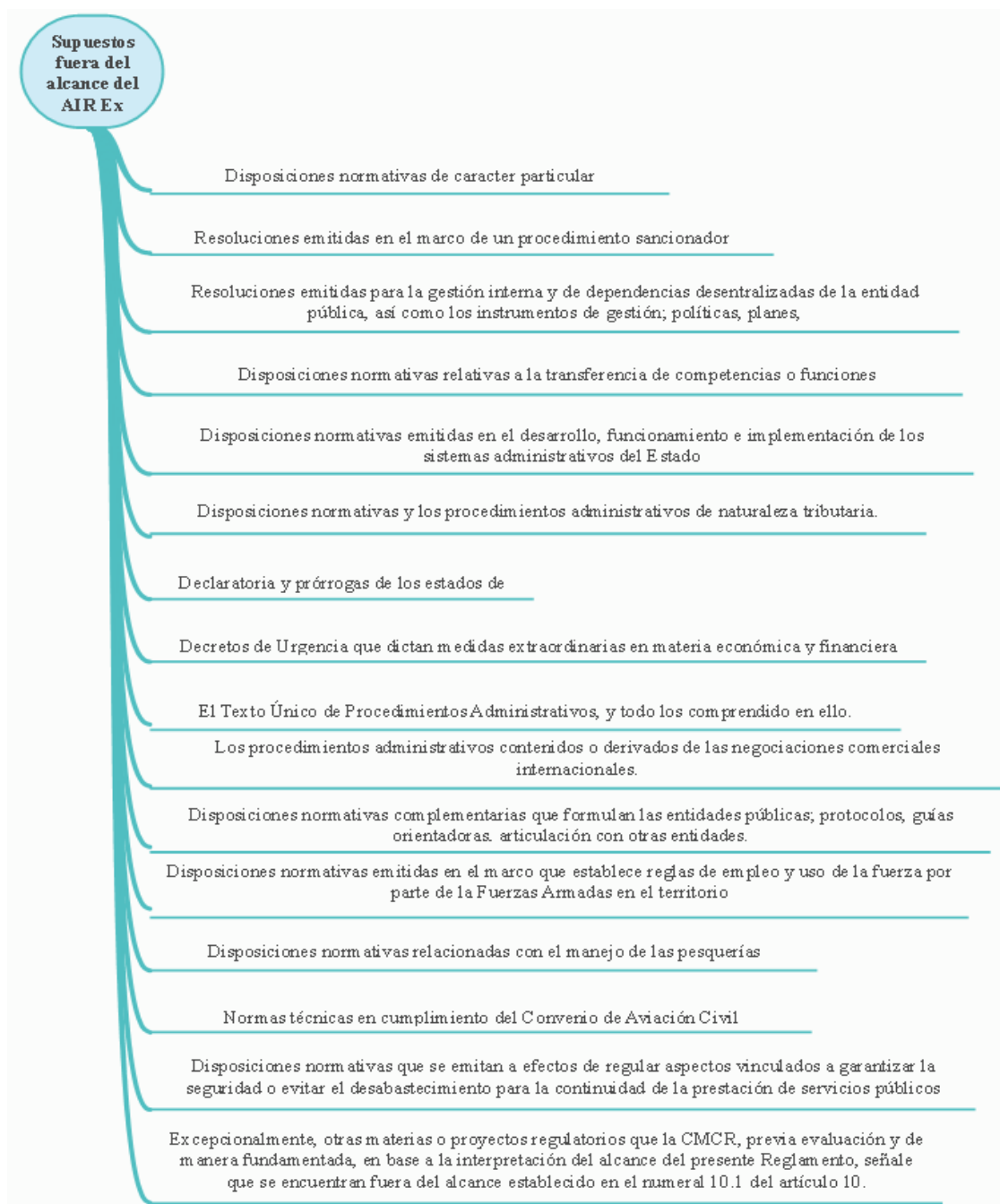
Nota. La Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio ejerce el rol de Secretaría Técnica de la CMCR, que debe cumplir una serie de funciones.

El reglamento interno contiene los lineamientos para la conformación de equipos técnicos especializados, en cuanto al manual del evaluador establece los lineamientos y criterios a seguir en su proceso de evaluación, ambos instrumentos son propuestos por la Secretaría Técnica de la CMCR al PCM. Para el cumplimiento del objetivo, la CMCR puede invitar a distintos representantes de las entidades, organismos autónomos y academias a nivel nacional e internacional.

Cuando sea necesario generar, sistematizar y actualizar para obtener información de datos estadísticos, a fin de generar evidencia para la toma de decisiones regulatorias, la entidad pública requerirá tal información por medios digitales, a través del secretario/a general o quien haga sus veces o el/la oficial de mejora de calidad regulatoria de la entidad, por medio electrónico al INEI o demás entidades públicas que administren información oficial.

Figura 7

Diagrama de flujo de los supuestos que están fuera del alcance del análisis de impacto regulatorio, según su reglamento.



Nota. El Reglamento AIR presenta casos específicos que se encuentran fuera de su ámbito de aplicación actual, y en casos de incertidumbre, de si su proyecto se encuentra dentro de algún supuesto de excepción, podrán consultar a través de la Secretaría Técnica a la CMCR.

Cuando se trate de proyectos regulatorios de carácter multisectorial o requiera el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, será necesario que la entidad pública coordine, articule y obtenga la emisión de opiniones técnicas previas en el ámbito de su competencia, que se presentará adjunto al documento que sistematiza el AIR Ex Ante.

Las entidades públicas deberán monitorear y evaluar las regulaciones emitidas como resultado del AIR Ex Ante, para determinar si se ha cumplido con los objetivos planteados; así como para identificar propuestas de mejoras, modificaciones o derogación de la regulación. Por otro lado, la implementación del AIR Ex Ante es progresiva, que contiene como mínimo el fortalecimiento de capacidades, desarrollo de pilotos, la asistencia técnica, desarrollo de los instrumentos complementarios y plazos para el cumplimiento obligatorio del AIR Ex Ante, conforme lo dispuesto en el presente reglamento.

Es importante señalar que las disposiciones complementarias consignan específicamente los plazos para aprobar el Manual para la aplicación y la evaluación del AIR EX - Ante, el plazo para aprobar el Reglamento interno de la CMCR para el desarrollo de las metodologías y para el componente de evaluación de impactos del AIR Ex Ante, los plazos para la adecuación del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa y el reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general. De igual manera, se indican detalladamente los plazos para la aprobación de los lineamientos de la aplicación de la agenda temprana y para la aplicación de la consulta pública; a partir de la séptima disposición, se hace referencia a los organismos reguladores que viene implementando el AIR, estableciendo que estos se rigen por el reglamento y por toda norma complementaria. En consecuencia, deben seguir las mejoras en los lineamientos y

metodologías concernientes, con la finalidad de mantener un proceso integral en lo que respecta a la aplicación del AIR. Para la creación o modificación de los procedimientos administrativos dentro del Poder Ejecutivo en los que se aplique el análisis, la CMCR y la Secretaría Técnica mantendrán las funciones señaladas en el reglamento, en sus artículos 11 y 13. El Poder Ejecutivo seguirá realizando el análisis de calidad regulatoria señalada en el reglamento, siguiendo el Manual y el aplicativo informático ACR vigentes. Por otro lado, se señala la aprobación de los lineamientos para la aplicación del AIR Ex Post, y la creación de la Comisión Consultiva, tras entrar en vigencia el reglamento, la cual estará conformada por representantes del sector privado, academia y sociedad civil organizada, y con reconocida capacidad y experiencia. Por último, se mencionan los lineamientos para la aplicación del reglamento a las demás entidades públicas que no conforman el Poder Ejecutivo. Cabe anotar que la PCM, a propuesta de la CMCR, aprueba las normas e instrumentos complementarios que lleguen a ser necesarios para la mejor aplicación del reglamento; por consiguiente, se fija un plan de implementación progresivo del AIR Ex Ante en las entidades del Poder Ejecutivo, el cual contendrá un cronograma de obligatorio cumplimiento para la aplicación y evaluación del AIR Ex Ante. Es importante señalar que este plan prioriza los proyectos regulatorios de carácter general que serán aprobados por decreto supremo o normas con mayor jerarquía por parte del Poder Ejecutivo, o los que se abarquen en el numeral 1 del artículo 10 del reglamento, y se establece la progresividad de su aplicación en los demás proyectos regulatorios de carácter general.

El reglamento solamente incorpora una disposición complementaria transitoria, referente a la aplicación obligatoria del aplicativo informático AIR, entendiéndose que las entidades públicas en el proceso de creación o modificación de los procedimientos administrativos continuarán

utilizando el aplicativo informático del ACR hasta que se implemente el aplicativo informático del AIR.

2.4.7.6. Metodología del AIR. Son los pasos ordenados y sistematizados para examinar y medir los beneficios, costos y posibles efectos de la regulación nueva o existente.

Esta metodología será de utilidad para la regulación del esquirolaje interno dentro del marco del derecho laboral concerniente al derecho de huelga, ya que se cuestionará el problema en sí, y se identificará y documentará su origen y magnitud, para luego determinar cuáles son los impactos (costos y beneficios) de la propuesta, directos e indirectos, así como los grupos de interés que se verán afectados y aquellos a los que beneficiará la propuesta.

2.4.8. Contexto económico nacional

Conforme con el contexto económico actual, tras haber pasado por las primeras olas de pandemia y al entonces estado de emergencia, cabe anotar que gran parte del presupuesto económico fue destinado al área sanitaria durante los últimos años, por lo que hubo un retraso en la implementación y aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio. Hay que tener en cuenta que las metodologías que abarcan dicho análisis tienen restricciones en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que, según lo establece el Reglamento del AIR Ex Ante aprobado por D.S. 063-2021-PCM, no es posible que se aplique a las normas con rango de ley ni a decretos de urgencia en materia económica y financiera.

Entonces, aún si este método hubiera sido aplicado con anterioridad, su uso no hubiera sido tan eficiente debido al contexto sanitario por el que venía y viene atravesando el país. Hay que resaltar que las normas emitidas durante este periodo fueron aparentemente mal evaluadas, a causa

de la rapidez y necesidad con la que se requerían; es por ello que la puesta en marcha del AIR en este tiempo quizás no hubiera surtido el efecto esperado, debido a la naturaleza del periodo; consecuentemente, el acelerar la elaboración y la emisión de un proyecto normativo en esas circunstancias, en cierto modo condujo a la mediocridad, y el hecho de aplicar este análisis hubiera resultado ineficiente, puesto que quizás no se hubieran seguido a cabalidad las fases o la metodología requerida, teniendo como resultado normas deficientes.

Un ejemplo que era latente durante ese periodo se reflejó en los proyectos de ley relacionados con congelamientos o condonaciones de deudas masivas (“Congreso: Podemos Perú ahora plantea congelar”, 2020). En ese sentido, esta crisis demandó apoyo y condiciones particulares para muchos afectados, ya que la situación no fue igual para todos. Los más afectados fueron las microfinancieras que atienden principalmente a las mypes (HacerPerú, 2020). De igual forma, la asociación HacerPerú resaltó lo siguiente:

El rol del Legislativo es fundamental para el equilibrio de poderes, pero su accionar debe respetar las reglas del juego y la necesidad de institucionalidad, que brinda orden y predictibilidad, ya que dicha función no es de exclusiva exigencia para el Ejecutivo; asimismo, se han venido aprobando normas controversiales durante las madrugadas dentro del Congreso de la República, dejando en tela de juicio el ánimo de transparencia. Además, se ha legislado en varias ocasiones por vía rápida, buscando llevar proyectos de ley directamente al pleno, sin adecuado debate previo y análisis técnico. (Hacer Perú, 2020, párr. 5)

Dicha asociación agregó que se debe exigir, igualmente, calidad regulatoria al Poder Legislativo. “Un análisis de impacto regulatorio permite sopesar los verdaderos costos y beneficios

que una regulación puede generar, así como asegurar que la vía elegida sea la mejor alternativa posible”. (HacerPerú, 2020, párr. 5)

En esa línea, Alarcó (2021) refirió que “el poder legislativo tiene la responsabilidad muy patente, teniendo que tomar medidas nacionales claras y siempre con evidencia científica (comité de expertos público y contrastado)” (párr. 2).

Por otro lado, la Comisión Sectorial del MTPE (2022) señaló que durante el periodo comprendido entre los años 2011 al 2019, la producción económica en el Perú tuvo un alza significativa; sin embargo, este crecimiento se vio interrumpido para el año 2020, debido a la pandemia producida por el Covid-19, que originó la paralización de las actividades económicas en la mayoría de los sectores productivos del país (minero, pesquero, textil, agrario, mercantil, etc.), lo cual se vio reflejado en el registro de las tasas de pobreza y pobreza extrema, es decir, una disminución en los niveles de pobreza monetaria, así como en las tasas de crecimiento del PBI y del PBI per cápita.

Este virus ha afectado de manera transversal a distintas áreas, como, por ejemplo, en el campo de sindicación, ya que para el año 2015, la tasa de sindicalización se ubicó en un 6,0%; no obstante, para el año 2020 fue de 5,2%, denotándose una disminución de 0,8 puntos porcentuales. Asimismo, se observó que los que contaban con un contrato a plazo indeterminado mantuvieron mayores tasas de sindicalización (7,9% al 2021), muy a diferencia del grupo de trabajadores a tiempo parcial, quienes ostentaron con menor proporción de trabajadores sindicalizados (0,7% al 2021). De igual forma, se aprecia el decaimiento pronunciado de la cantidad de pliegos de reclamos presentados en el 2020, con un número de 216 pliegos, a diferencia del año 2019, con una cantidad de 527 (MTPE, 2022, pp. 33-34).

Desde otro punto de vista, las huelgas ejercidas por los trabajadores sindicalizados, tuvieron un alza para el año 2019, registrándose 67 inactividades. En efecto, la Comisión Sectorial del MTPE (2022) sostuvo lo siguiente:

Para el año 2020 solo se registraron 23 huelgas; a pesar de ser el año con menor cantidad de huelgas, el año 2020 registró la mayor cantidad de trabajadores comprendidos (128 mil) de todo el periodo. En la misma línea, la cantidad de horas-hombre perdidas fue la mayor en toda la década al registrar 3,653 miles de horas perdidas por motivo de huelga. (p. 36)

Capítulo III

Diseño Metodológico

3.1. Categoría de estudio

Ante la ausencia de la correcta regulación del esquirolaje interno, se viene aplicando esta figura de forma implícita, lo que ocasiona el desconocimiento de la figura y genera conductas obstruccionistas que van en contra del derecho de huelga. Esta investigación busca brindar aportes para demostrar la viabilidad de su regulación, según la aplicación del principio de tipicidad, para que haya una correcta imputación; por ende, un aumento de predictibilidad en la resolución de los casos, incremento de celeridad en el procedimiento administrativo sancionador y una baja incidencia en las prácticas que van en contra del derecho de huelga.

Las categorías que se desprenden de la presente investigación son:

- El esquirolaje interno: Acto que consiste en la sustitución de trabajadores que se encuentran ejerciendo su derecho de huelga, por trabajadores del personal interno, no sindicalizados; dicha figura no se encuentra regulada expresamente dentro del ámbito laboral concerniente al derecho de huelga, específicamente dentro del reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo.
- Análisis de Impacto Regulatorio: Es una herramienta metodológica, eficiente, factible y necesaria, cuyo objetivo es lograr una mejor calidad regulatoria; se encarga de identificar el problema público, para proponer las alternativas de solución regulatorias y no regulatorias, con el objeto de examinar de manera sistemática los beneficios y costos de cada alternativa.

3.2. Método de investigación

3.2.1. Tipo de investigación

El modelo de la presente investigación será de tipo cualitativo, debido a su extensión interpretativa, ya que busca desde una realidad describir, construir e interpretar fenómenos o situaciones; además, cualitativamente el diseño se orientó y constituyó de forma abierta y manejable durante el desarrollo de este estudio. Asimismo, se revisan pocos casos representativos sobre el tema por tratar (esquirolaje interno) y su enfoque dentro de un Análisis de Impacto Regulatorio. Para tener un mayor conocimiento, se han tenido que analizar los significados a través de datos textuales, documentales y audiovisuales, a fin de que le dé mayor credibilidad, transparencia, dependencia, valoración y representatividad a los argumentos, resultados y discusión del presente trabajo de investigación. En esa línea, según Hernández (2010, como se citó en Fernández et al., 2015), está se basa en la recolección de datos con el fin de comprender la profundidad o los matices que posee un determinado tema, que en la mayoría de los casos es de naturaleza compleja. Para el caso de esta investigación, el tema es ligeramente amplio y controversial, por lo que se requiere de un estudio para hallar una solución. Asimismo, esta investigación no resolverá el problema, pero generará algunos aportes y una posible solución a través del uso de una metodología del AIR, que demuestre si es viable o no la regulación expresa de la sustitución interna de trabajadores huelguistas.

Por su naturaleza, la presente investigación se realizará de forma descriptiva, método a través del cual es posible analizar detalladamente un problema jurídico en sus diversos aspectos. En efecto, este método tiene una perspectiva dentro de un propósito intrínseco, es decir, se trata del objeto mismo de la investigación, el cual consiste en demostrar si es viable o no la regulación

expresa del esquirolaje interno en materia del derecho de huelga; asimismo, describir el problema público vinculado, establecer las alternativas de solución e identificar los costos y beneficios de cada alternativa, dentro de los contextos, fenómenos y situaciones que se puedan presentar.

Por otro lado, dentro de un propósito extrínseco, se espera que esta investigación tenga un propósito a posteriori, por lo que se desencadenaría dentro de una investigación aplicada, enfocada en resolver el problema público identificado, en determinar si es viable que pueda ser regulado dentro de un instrumento normativo y, con ello, generar una posible propuesta jurídica. Si bien las tesis han descubierto el tipo de esquirolaje interno (figura que se viene empleando de manera implícita, se verifica por medio de inspecciones y se plasma en jurisprudencia), el hecho de estudiar la viabilidad de su regulación en un instrumento normativo dentro de la materia laboral con base en una metodología de AIR estaría generando un nuevo conocimiento, ya que se estaría probando a través del uso de este método (herramienta) si se torna eficiente, oportuna y factible su regulación.

En ese sentido, todas las referencias que se incluirán serán con base en una investigación documental, ya que se realizará a través del análisis de documentos y tesis en los que se trate acerca del esquirolaje interno, además de las normas y resoluciones en las que se abarque de manera implícita la figura. También, al fundamentar respecto al análisis de impacto regulatorio, se analizarán las normas, guías, manuales y planes piloto referentes al uso de esta metodología; de igual forma, las normas y resoluciones acordes con el problema planteado serán recopiladas a través de páginas y portales web, cuyo acceso es público.

Por último, según el método de investigación, este estudio seguirá una metodología de investigación de estudio de casos, es decir, se planteará sobre la base de la interpretación de los

casos referidos al esquirolaje interno, a fin de comprender el *modus operandi* del empleador y de la Administración pública al aplicar la figura.

3.2.2.Escenario

El escenario del presente trabajo de investigación se dará en el análisis del contexto en el que se encuentra la figura del esquirolaje interno, específicamente en torno al derecho de huelga, información que se recabará tanto de doctrina (documentos, tesis, artículos de opinión, libros, periódicos, revistas, blogs y videos) como de jurisprudencia (resoluciones administrativas emitidas por Sunafil). De igual manera, se abarcará dentro del marco de la investigación al análisis de impacto regulatorio, a través de guías, manuales, documentos y planes piloto.

3.2.3.Técnicas de recojo y análisis de información

Las técnicas de recojo y obtención de datos sobre la investigación serán realizadas por medio del análisis de documentos, para explicar, clarificar y decidir el problema de la investigación. Mediante esta técnica se podrá acceder de forma específica a las normas, sentencias, artículos o tesis en materia del derecho de huelga, dentro del escenario del esquirolaje interno; dichos documentos serán recogidos de las páginas web y portales jurídicos de acceso público.

En primer lugar, toda la información recabada será señalada de manera pertinente mediante las referencias que se indicarán en la presente investigación, por lo que serán corroboradas a través de las páginas web para así poder autenticar su validez. Asimismo, es preciso señalar que es oportuno usar esta forma de recolección de datos debido a la coyuntura nacional relacionada con la pandemia de Covid-19, la cual dificulta otro tipo de búsqueda; además

de que esta forma de recolección de datos es acorde con el análisis de documentos, para evaluar el criterio caracterizador optado por la autoridad administrativa.

Respecto de los instrumentos de recolección de datos, se empleará la ficha de análisis documental, mecanismo que servirá para entender el contexto y los alcances de la figura; también, se utilizará de forma complementaria documentación digital internacional de acceso público.

Capítulo IV

Resultados

El problema identificado, según la metodología empleada, recae en el tipo de problema público “fallas de la regulación”, que se da cuando una norma, a pesar de estar regulada, no es expresa, es decir, no es de claro entendimiento, presenta vacíos y se presta a interpretaciones subjetivas fuera del marco legal. En el presente caso, el tipo de problema señalado deviene dentro del ciclo de regulación, específicamente dentro de una falla de diseño de la regulación como un problema en la definición de reglas, por lo que cae en vacíos legales. Por otro lado, al ser una regulación aprobada sin consulta pública, acontece dentro de una falla de implementación de la norma, al no sancionar la conducta (sustitución interna) o permitir que dicho acto se configure. Su regulación es necesaria, además, para proteger los derechos constitucionales, como es el derecho de huelga.

El problema público definido es la “falta de regulación del esquirolaje interno” dentro de la materia del derecho de huelga, inmerso en el área del derecho laboral. Se busca identificar primeramente los objetivos para enfrentar el problema público. Así, el primer objetivo es *la regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR*, debido a que este proceso sistemático ha venido aplicándose previamente de forma internacional, logrando una mejor calidad regulatoria, resultados que motivaron su utilización en el Perú. Por ello, se busca, a través de esta metodología, verificar, identificar y corroborar los impactos positivos y negativos que acarrearían las alternativas de solución planteadas, y así optar por la alternativa (propuesta) más conveniente, a través de una evaluación racional. Segundo, *que los integrantes de la relación laboral tomen*

conocimiento de la figura, a fin de que el trabajador no deje que se vulneren sus derechos, para que no se incurra en la ignorancia de reclamar o denunciar en el caso de que se configure la sustitución de trabajadores huelguistas. Asimismo, que el empleador no abuse en su ejercicio de poder de dirección al reemplazar a los empleados que acatan la huelga con el fin de no mermar en su actividad productiva, conllevando a un equilibrio entre ambas partes. En el caso de que el esquirolaje interno esté tipificado y, por ende, llegue a generar una sanción, esta figura deberá ser acatada. Y como tercer objetivo, *que se facilite la labor inspectiva*; en este caso se busca que el personal inspectivo cuente con una herramienta equipada (norma delimitada) para poder subsumir los hechos fiscalizados a la figura tipificada y no se recurra a la aplicación implícita y/o analógica de la norma, sino que se inicie y se culmine con celeridad un procedimiento administrativo sancionador respecto al caso planteado.

Por consiguiente, para determinar la solución más conveniente al problema público investigado, se identificaron tres alternativas de solución (regulatorias y no regulatorias): (a) elaborar una propuesta normativa enfocada en una metodología del AIR, (b) capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento; y (c) incorporar la figura del esquirolaje interno en el reglamento de la Ley 28806, alternativas que se consideran relevantes luego de excluir y quitar aquellas que no son adecuadas y viables, es decir, que no cumplen de forma eficiente con los objetivos buscados.

Para identificar la solución más adecuada entre las opciones identificadas, se hizo un reconocimiento, evaluación y comparación de los impactos tanto negativos como positivos, ambos focalizados dentro del tipo “impactos sociales”. Según las preguntas guía para identificar los impactos, fueron enfocados en los siguientes subtipos:

- Estándares y derechos relacionados con la calidad del trabajo: ¿tiene un impacto en la calidad del empleo?, ¿afecta directa o indirectamente los derechos y obligaciones existentes de los trabajadores, en particular en lo referente a la información y consulta dentro de su empresa y a la protección contra el despido?, ¿afecta directa o indirectamente los derechos y obligaciones existentes de los empleadores?
- Gobernanza, participación, buena administración, acceso a la justicia, medios de comunicación y ética: ¿afecta la autonomía de los interlocutores sociales en sus áreas de competencia? Por ejemplo: ¿afecta el derecho de negociación colectiva a cualquier nivel o el derecho a la acción colectiva?, ¿afecta los derechos y las relaciones del individuo con la Administración pública?, ¿afecta el acceso del individuo a la justicia?
- Inclusión social y protección de grupos particulares: ¿conduce directa o indirectamente a una mayor desigualdad/igualdad?, ¿hace que el público pueda estar mejor informado acerca de un tema en particular?
- Mercados de trabajo y del empleo: ¿tiene consecuencias específicas negativas para determinadas profesiones, grupos de trabajadores o trabajadores autónomos?

Entre los estándares y derechos relacionados con la calidad del trabajo, se puede responder que sí conlleva a tener un impacto en la calidad de empleo, ya que al existir inconvenientes, dificultades o disgustos dentro de la empresa, el trabajador recurre a un pliego de reclamos, y al no recibir una respuesta adecuada, se acoge a su derecho de huelga, mecanismo que al no ser respetado por el empleador (sustitución) recae en dicho impacto. A este respecto, la OIT preserva la seguridad del empleo, el salario, las horas de trabajo y la negociación colectiva, dentro de la cual se establece lo que es justo en materia de salario y en las condiciones de trabajo, facilitando y

conduciendo con ello a una relación laboral favorable (OIT, 2015, párr. 3). Asimismo, se puede indicar que sí afecta de forma directa el derecho de huelga de los trabajadores huelguistas, ya que este mecanismo de presión no cumpliría los efectos deseados, y de forma indirecta afecta el derecho de los trabajadores no huelguistas, su derecho del trabajo o al realizar actividades y funciones que usualmente no realizaban. De igual forma, se denota que afectaría de cierto modo los derechos a la información, cuando el empleador no brinda capacitaciones periódicas respecto a los derechos concernientes a todos los trabajadores (esquirolaje interno). Por otro lado, habría una afectación directa en las obligaciones del empleador, al entender que este no debería emplear la figura de “sustitución” de trabajadores internos, es decir, debe asumir su responsabilidad y aceptar las mermas en su producción al no llegar a un acuerdo con los trabajadores sindicalizados.

En cuanto al subtipo Gobernanza, participación, buena administración, acceso a la justicia, medios de comunicación y ética, se advierte que sí se afectaría la autonomía de los interlocutores sociales como es en el caso del derecho de negociación colectiva, ya que no se lograría una adecuada negociación entre el empleador y el sindicato recurrente, conllevando con ello al desequilibrio de buenas relaciones laborales. Así también, el empleador al notar que la figura del esquirolaje interno no está regulada, consideraría que esta no acarrearía una sanción; por ende, el dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador resultaría innecesario, conllevando a entrar en conflicto con la Administración pública (Sunafil), la cual daría por sobreentendida la figura del esquirolaje interno, con la consiguiente afectación en dicha relación, al verse perjudicado el derecho de defensa del empleador. Asimismo, en lo referente al trabajador, al no tener clara la figura, no podrá denunciar dicho acto en el caso de que este se presente. Consecuentemente, también

se vería afectado el acceso a la justicia por parte del trabajador, ya que este se da cuando hay una buena administración y, por ende, un equilibrio dentro de la relación laboral.

Para la inclusión social, la protección de grupos particulares conduce directamente a una mayor desigualdad en cuanto al grupo de trabajadores o empleadores que tienen conocimiento de la figura, muy a diferencia de aquellos grupos que la desconocen por su falta de regulación expresa dentro de la norma; asimismo, se puede vislumbrar esta desigualdad dentro de la relación laboral, de ser el caso que el empleador tenga conocimiento y el trabajador que vaya a ser sustituido no, de igual forma el trabajador huelguista; por ende, resultaría atentatorio su derecho de huelga. En consecuencia, es necesario hablar de una regulación expresa, con el fin de que el esquirolaje interno sea de conocimiento público y se evite con ello la vulneración del derecho fundamental de huelga. Por último, dentro de mercados de trabajo y del empleo, podría haber consecuencias específicas negativas para el grupo sindicalizado, como, por ejemplo, el menoscabo de los efectos del derecho de huelga, conllevando a que se labore en condiciones desfavorables, con una posible renuncia por parte del trabajador.

Como primera alternativa de solución se debe elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de Análisis de impacto regulatorio, la cual cuenta con los siguientes impactos positivos (pues beneficiarán y ayudarán a la sociedad en su conjunto): figura tipificada, seguridad jurídica, derecho de huelga no vulnerado y aplicación del análisis de impacto regulatorio. Asimismo, cuenta con los siguientes impactos negativos: unificación de la propuesta normativa dentro del reglamento de la Ley 28806 y los costos de la elaboración del proyecto normativo en los que se pueda incurrir. Para la segunda alternativa de solución, capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una

sanción en el caso de incumplimiento, se cuenta con los siguientes impactos positivos: el conocimiento público de la figura y la generación de prácticas para que no se enerven los efectos del derecho de huelga; por otro lado, sus impactos negativos son: la aplicación de la figura de forma implícita, puesto que si se lleva a cabo solamente esta alternativa de solución, se seguiría sobreentendiendo el esquirolaje interno dentro del esquirolaje externo; los costos que devienen de la difusión de la figura y la falta de acceso a las TIC. Esto resulta principalmente en los lugares alejados, donde no se tiene acceso inmediato a una red de internet o no hay suficiente cobertura. Como última alternativa de solución, elaboración de una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga, los impactos positivos son: la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, la aplicación dentro del sistema inspectivo y demás áreas jurídicas laborales, la brevedad en la resolución de los casos y la predictibilidad en la resolución; asimismo, cuenta con los siguientes impactos negativos: la unificación de la propuesta normativa dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga, los costos de la publicación e implementación de la ley, tiempo de adecuación, y la demora en la interiorización de la figura. Respecto a los dos últimos, se estima que implicará un periodo de tiempo la adaptación de la figura del esquirolaje interno en el reglamento, y el hecho de asimilar e incorporar, es decir, interiorizar la figura.

A partir de esta evaluación de impactos, se señalan los posibles costos y beneficios que generaría cada alternativa de solución planteada.

Costos y beneficios de: Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806.

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos, se incurriría dentro del subtipo Costos de cumplimiento; en primer lugar, *cargas administrativas*, costos soportados por el Estado y por sus funcionarios públicos, como resultado de las actividades administrativas realizadas como: costos por la elaboración de la propuesta normativa, costos durante las etapas de verificación y aprobación de la propuesta, así como por el levantamiento y procesamiento de información. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en *costos de corrupción* en el caso de que exista disconformidad por parte de las empresas; asimismo, en las demoras administrativas, en las molestias que cause el interiorizar y aplicar la metodología del análisis de impacto regulatorio, y de forma mínima en las incoherencias en las que se podría acaecer al implementarse la propuesta normativa. Dentro de los Costos de implementación se encuentra el subtipo *costos de información y cargas administrativas*; en este caso, para monitorear el cumplimiento de la regulación sería necesaria la obtención y sistematización de datos (verificación de casuística a fin de delimitar el tipo legal); luego está el subtipo de costos de monitoreo y ejecución, como el seguimiento que se llevará a cabo por el área de supervisión, a fin de verificar la utilización del tipo legal, y, por otro lado, la elaboración y aplicación de la propuesta, para que posteriormente se modifique el artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806 y se dé un procesamiento de las sanciones que se vayan a aplicar.

Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de *costos de cumplimiento indirecto* se presenta el hecho, de que, una vez conocida la propuesta normativa, una que otra empresa que se vea afectada por la medida de huelga acate como debe ser la paralización de sus actividades y con ello, una vez restablecidas con normalidad las labores, esta incrementa el precio de los

productos por las pérdidas de producción acaecidas durante el período de la medida. Y dentro de los otros costos indirectos o subtipo costos secundarios en los que se podría incurrir, estarían los *costos de transacción*, en los cuales podría darse la negociación de un acuerdo interno entre trabajadores no sindicalizados y empleadores, conllevando costos relacionados con el comportamiento estratégico de las partes ya señaladas, con la finalidad de ir contra la libertad sindical, el derecho de huelga y las negociaciones colectivas. En cuanto a los Costos de implementación, se tiene como subtipo a los *costos de información y cargas administrativas*; en este caso, para supervisar el cumplimiento de la regulación, sería necesaria la recopilación, obtención, levantamiento de nueva información y el procesamiento de información, material que será necesario para una correcta tipificación que será incorporada dentro del reglamento de la Ley 28806.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo de bienestar, se brindaría seguridad jurídica al saber que la propuesta normativa está siendo elaborada con base en un análisis de impacto regulatorio, el cual se viene aplicando internacionalmente para la correcta regulación de una norma; así también, respecto al subtipo de *eficiencia de mercado*, se denotaría el alcance a una mejor información, es decir, un mayor conocimiento de las actividades (esquirolaje interno) que vendrían a afectar el derecho fundamental de huelga.

En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se podría reflejar en el soporte que brindaría el análisis de impacto regulatorio como base para futuras investigaciones que sigan esa metodología. Por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, se tendría la protección adecuada y oportuna del derecho fundamental de huelga.

Costos y Beneficios de: Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento (opción de empujón o *nudgign*).

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos se incurriría dentro del subtipo Costos de cumplimiento; en primer lugar, a *costos sustantivos de cumplimiento*, en el que se abarcarán las inversiones y gastos a los que se lleguen a enfrentar las empresas respecto a las capacitaciones periódicas, tanto presenciales como mediante las TIC, y, de igual manera, la entidad pública (Sunafil). En segundo lugar, *cargas administrativas*, costos soportados por las empresas y por la Sunafil como resultado de las actividades administrativas realizadas como: costos por la elaboración de formularios, reuniones internas y externas, levantamiento, recopilación y procesamiento de información, y designación de nuevo personal para estas nuevas actividades. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en la disconformidad por parte de los empleadores en invertir un tiempo para capacitar a los trabajadores, y por parte de estos últimos, el hecho de acceder a estas capacitaciones debido a la falta de costumbre.

Referente a los Costos de implementación, se tiene como subtipo a los costos de monitoreo y ejecución, en este caso para monitorear la interiorización de la figura en los integrantes de la relación laboral y el uso de aplicativos por parte de la Sunafil.

Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de costos de cumplimiento indirecto, se estaría frente a la suposición de la falta de interés por cierto grupo de trabajadores, y, por ende, su falta a las capacitaciones; ello incidiría en la realización de capacitaciones extras (no programadas). Y dentro de los otros costos indirectos o subtipo costos secundarios en los que se podría incurrir, están los *costos de transacción*, en los cuales podría darse la negociación de un acuerdo interno

entre empleador y capacitador, en el caso de que se necesite una reprogramación para dicha instrucción.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo eficiencia de mercado, se denotaría el alcance a una mejor información, es decir, un mayor conocimiento de las actividades (esquirolaje interno) que vendrían a afectar el derecho fundamental de huelga. En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se beneficiará con la construcción de un mejor ambiente laboral; por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, por parte de los trabajadores habría un mayor conocimiento y, por lo tanto, una mejor defensa de sus derechos.

Costos y Beneficios de: Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga.

- **Costos.** En este caso, como parte de los costos directos se incurriría dentro del subtipo Costos de cumplimiento, en primer lugar, a *costos sustantivos de cumplimiento*, en el que se abarcarán las inversiones y gastos a los que se llegue a enfrentar el Estado para la incorporación de la figura en el reglamento de la Ley 28806 y dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga, respecto a *cargas administrativas*, costos soportados por el Estado y por sus funcionarios públicos, como resultado de las actividades administrativas realizadas como: la modificación del reglamento de forma física y dentro de las demás plataformas como en el SPIJ; así también, en la unificación normativa del esquirolaje interno dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga, y los costos que acarreará la publicación e implementación del artículo normativo. Dentro del segundo subtipo que hace referencia a los

Costos de “molestias” o “irritación”, se incurriría en *costos de corrupción*, en el caso de que haya una demora en el tiempo de aplicación en el ámbito laboral referente al derecho de huelga.

Como parte de un Costo indirecto, en el subtipo de *costos de cumplimiento indirecto* se estaría frente a la suposición de que, al estar incorporada la figura, el empleador tiene que cumplir con la disposición normativa (esquirolaje interno), de modo que se verían atendibles los efectos de la huelga, es decir, se produciría una reducción en el sistema productivo de la empresa.

Dentro de los Costos de implementación, se tiene como subtipo a los *costos de información y cargas administrativas*; en este caso, para monitorear el cumplimiento de la regulación sería necesaria la recopilación, obtención, levantamiento de nueva información y el procesamiento de dicha información para ser incorporada dentro del ámbito laboral, concerniente al derecho de huelga y, en segundo lugar, en el subtipo de costos de monitoreo y ejecución, en este caso, las inspecciones y fiscalizaciones llevadas a cabo por la autoridad administrativa designada.

- **Beneficios.** Dentro de los beneficios directos, en el subtipo de bienestar, se brindaría seguridad jurídica y predictibilidad en la resolución de los casos; asimismo, en el subtipo de eficiencia de mercado, habrá un ahorro de costos dentro del procedimiento administrativo sancionador, favoreciendo con ello al principio de celeridad y economía procesal. En referencia a los beneficios indirectos, dentro del subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, se podría reflejar en el cumplimiento de los convenios colectivos y en la concesión de la petición realizada a favor de los trabajadores sindicalizados; por último, en el subtipo de beneficios no monetizados, existiría una adecuada y oportuna protección del derecho de huelga.

Tabla 2

Cuadro detallado de costos y beneficios para cada alternativa

ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN																			
Impactos		Elaborar una propuesta normativa respecto al Esquirolaje Interno, que modifique el reglamento de la Ley n.º 28806.						Capacitar presencialmente, asimismo, mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento						Elaborar una propuesta de Ley que regule la figura del Esquirolaje Interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga					
C/B		Trabajadores sindicalizados	Trabajadores no Huelguistas	Empleador	Entidad Pública	Ciudadanos	Sindicato	Trabajadores sindicalizados	Trabajadores no Huelguistas	Empleador	Entidad Pública	Ciudadanos	Sindicato	Trabajadores sindicalizados	Trabajadores no Huelguistas	Empleador	Entidad Pública	Ciudadanos	Sindicato
Costos Directos (CD)	Cargas administrativas	-	-	-	-- -		-			-	-- -		-				-- -		
	Costos de cumplimiento sustantivos							-	-	---	-- -		-				--		
	Costos de irritación	-	--	---	--		-	--	--	---	--			--	--	-	-- -		-
Costos Indirectos (CI)	Costos de cumplimiento indirectos	-	-	--	-	---		--	--	---	--		-	-	-	---		-	-
	Costos Secundarios/ costos de Transacción	-	--	--	--		--	-	-	--	--		-						
Costos de observancia	Costos de información y cargas administrativas				-- -		-									-	-- -		-

	Costos de monitoreo y ejecución			-	--		--			-	--	-	-			-	--		-
Costos totales (CD + CI + CO)		6	5	8	14	3	8	6	6	13	15	1	5	3	3	6	14	1	4
Beneficios Directos	Eficiencia de mercado	++	++	++	++	+	++	+++	+++	++	++	+	+	++	+	+++	++		++
Beneficios indirectos (BI)	Beneficios de cumplimiento indirectos	+	+	+	++	+++	+	+++	+++	+++	++	+++	++	+++	+	+	++		++
Beneficios no monetizables		+++	+	+	++	++	++	+++	+++	+++	++	+++	++	+++	+	+	++	+	++
Beneficios totales (BD + BI)		7	4	4	7	6	7	9	9	8	7	7	5	8	3	5	7	1	6

Nota. Cuadro extraído y adaptado del *Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR)*, vol.2, 2021.

(+) Impacto positivo bajo

(+ +) Impacto positivo moderado

(+ + +) Impacto positivo fuerte

(-) Impacto negativo bajo

(- -) Impacto negativo moderado

(- - -) Impacto negativo fuerte

En la Tabla 2, se hizo una evaluación de los costos y beneficios de cada alternativa de solución, enfocada en los sujetos que conforman el ámbito del problema público.

En primer lugar, para la alternativa de solución elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno que modifica el reglamento de la Ley 28806, los trabajadores sindicalizados, los no huelguistas, los empleadores y el sindicato dentro del tipo costos directos, subtipo cargas administrativas, inciden en una calificación baja, porque estos sujetos no incurrirían en los costos que se podrían emplear para la elaboración de la propuesta normativa, muy a diferencia de la entidad pública que incide en una calificación alta, porque será la encargada de las actividades administrativas que conllevarán a la elaboración, verificación y aprobación de la propuesta. En el subtipo costos de irritación, los trabajadores sindicalizados y el sindicato contarán con una calificación baja por las demoras administrativas que se puedan presentar y por la interiorización de la figura; muy por el contrario, se incidirá con una calificación moderada en los trabajadores no huelguistas y en la entidad pública, en el caso de que exista disconformidad respecto a la propuesta y desconocimiento de la metodología aplicada para regular de forma expresa “el esquirolaje interno”; por último, con una calificación alta se posicionará el empleador, ya que tendrá que interiorizar y adecuar de forma más rígida la figura, y las molestias que se podrían ocasionar al existir disconformidad frente a la propuesta conllevarán consigo costos de irritación.

Dentro de costos indirectos, en el subtipo de costos de cumplimiento indirectos con una calificación baja se encuentran los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas y la entidad pública, ya que una vez implementada la propuesta normativa, muy a diferencia de los empleadores, se les exigirá más de lo habitual a los trabajadores sindicalizados y no huelguistas dentro de su horario laboral normal, para recuperar las pérdidas de los días no laborados durante

la medida de huelga acatada; por ende, la entidad pública tampoco se verá muy afectada; con una calificación moderada se situará al empleador, quien buscará recuperar la pérdida de producción acaecida durante los días de huelga. Consecuentemente, los ciudadanos figurarán con una calificación alta, debido a que es el sector en el que impactará el incremento y/o subida de precios.

En lo referente al subtipo costos secundarios o costos de transacción, los trabajadores sindicalizados serían los únicos que figurarían con una calificación baja, ya que es muy poco probable que llegue a darse un acuerdo interno entre el trabajador huelguista y el empleador. Por otro lado, con una calificación moderada se encuentran los trabajadores no huelguistas, los empleadores, la entidad pública y el sindicato, puesto que podría configurarse una negociación interna, conllevando costos relacionados con el comportamiento estratégico de los sujetos señalados, con el fin de obtener un beneficio individual. En el tipo costos de implementación, subtipo costos de información y cargas administrativas, de forma alta se sitúa a la entidad pública, porque será responsable de supervisar el cumplimiento de la regulación, así como de la recopilación, obtención y procesamiento de nueva información; por tal motivo, estos costos inciden de forma baja respecto al sindicato. En cuanto al subtipo costos de monitoreo y ejecución, con una calificación baja se encuentra el empleador, ya que el monitoreo de la elaboración e implementación de la propuesta normativa no estará dentro de sus funciones como prioridad; sin embargo, existirá un interés. Con calificación moderada se encuentra el sindicato, que muy a diferencia realizará un seguimiento al estado de la propuesta normativa; de igual forma, con mayor importancia lo tomará la entidad pública, que devendrá con una calificación alta. Conforme con los beneficios, en el tipo de beneficios directos subtipo eficiencia de mercado, con una calificación baja se encuentran los ciudadanos, porque el esquirolaje interno no les será conocido.

De forma moderada se tiene a los trabajadores sindicalizados, a los trabajadores no huelguistas, al empleador y a la entidad pública, a quienes favorecerá e impactará de forma positiva el tener mejor información acerca de la figura; por ende, con una calificación alta se situará al sindicato, cuyo objetivo será salvaguardar los derechos de los trabajadores con la elaboración de la propuesta normativa.

Dentro del tipo beneficios indirectos en el subtipo beneficios de cumplimiento indirectos, con una calificación baja estarán los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas, los empleadores y el sindicato, puesto que el análisis de impacto regulatorio que seguirá la elaboración de la propuesta normativa favorecerá únicamente en que esté bien implementado el artículo que no vulnerará el derecho de huelga, incidiendo por ello de forma baja respecto a dichos sujetos, con una calificación moderada, a la entidad pública, a la que muy por el contrario le favorecerá la aplicación del análisis de impacto regulatorio en la elaboración y modificación de una norma. Consecuentemente, con una calificación alta beneficiará a los ciudadanos, ya que dicha propuesta elaborada conforme con el AIR servirá de base para futuras investigaciones que sigan esa metodología, brindando una mejor calidad regulatoria. Finalmente, respecto a los beneficios no monetizables, con una calificación alta se tiene a los trabajadores sindicalizados, a la entidad pública y al sindicato, ya que dicho beneficio buscará que se dé una protección adecuada y oportuna del derecho fundamental de huelga; es por ello que, de forma moderada, se sitúa a los ciudadanos, quienes tendrán conocimiento del valor de dicho derecho, por lo que con una calificación baja estarán los trabajadores no huelguistas y los empleadores.

En segundo lugar, respecto a la alternativa de solución, capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento, el tipo de costos directos en el

subtipo cargas administrativas obtiene una calificación baja en el empleador y el sindicato, por las actividades administrativas a las que conllevará la realización de capacitaciones (reuniones internas, externas, recopilación de información y designación de nuevo personal orientado para tal actividad). Con una calificación alta respecto a lo mencionado se situará a la entidad pública, sujeto responsable de asumir dichos costos; y sin calificación ni grado de afectación se encuentran los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas y los ciudadanos. En el subtipo de costos de cumplimiento sustantivos, los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas y el sindicato cuentan con una calificación baja, ya que las inversiones y los gastos para el cumplimiento de esta alternativa no les corresponderán, por lo que con una calificación alta se tiene a la entidad pública y a los empleadores, quienes serán los responsables de asumir el cumplimiento de las capacitaciones, tanto presenciales como mediante TIC. Dentro del subtipo de costos de irritación, de forma moderada califican la entidad pública, los trabajadores no huelguistas y los trabajadores sindicalizados, debido a que la inversión de tiempo en asistir a dichas capacitaciones, y/o coordinarlas traerá consigo molestias debido a la falta de costumbre, por lo que el empleador incidirá con una calificación alta, siendo el sujeto con mayor responsabilidad, debido al tiempo que invertirá en capacitar a los trabajadores; consecuentemente, el sindicato y los ciudadanos no cuentan con calificación alguna. Dentro del tipo costos indirectos, en el subtipo costos de cumplimiento indirectos, con una incidencia baja se encuentra el sindicato, de forma moderada se sitúan los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas y la entidad pública, ya que se estaría frente a la suposición de la falta de interés por parte de los trabajadores, conllevando a una inasistencia a las capacitaciones, por lo que la entidad pública se verá obligada a reprogramar dichas actividades; de igual forma, pero con mayor incidencia se encontrará el

empleador. Dentro del subtipo costos secundarios o costos de transacción, con una calificación moderada, se encuentran el empleador y la entidad pública, debido a que podría llevarse a cabo una negociación interna entre ambos sujetos en el caso de que se necesite reprogramar o haya un interés de por medio; por consiguiente, los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas y el sindicato contarán con una calificación baja. Dentro del tipo costos de implementación, en el subtipo costos de monitoreo y ejecución, la entidad pública tendrá una calificación alta, ya que es la encargada de fiscalizar la interiorización de la figura respecto a los demás integrantes de la relación laboral, ya sea mediante el uso de aplicativos, de forma presencial, etc.; es por ello que con una calificación baja se encuentran el sindicato, los empleadores y los ciudadanos, sin tener incidencia alguna en dichos costos los trabajadores sindicalizados y los trabajadores no huelguistas.

Respecto a los beneficios de esta alternativa de solución, en el tipo beneficios directos, subtipo eficiencia de mercado, con una calificación baja se sitúan el sindicato y los ciudadanos, debido a que el conocimiento e información que se obtendrá acerca de la incorporación del esquirolaje interno favorecerá en mayor grado a los trabajadores sindicalizados, trabajadores no huelguistas y a la entidad pública, encontrándose de forma moderada el empleador. Dentro de los beneficios indirectos en el subtipo de beneficios de cumplimiento indirectos, los trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas, el empleador y los ciudadanos cuentan con una calificación alta, debido a que este impacto favorecerá y apoyará con la construcción de un adecuado ambiente laboral, fortaleciendo el vínculo entre los sujetos de la relación laboral, por lo que de forma moderada beneficiará a la entidad pública y al sindicato; y concerniente al subtipo de beneficios no monetizables, se contribuirá a la defensa del derecho fundamental de huelga,

gracias al conocimiento adquirido en las capacitaciones, favoreciendo con ello de forma alta a los trabajadores sindicalizados, trabajadores no huelguistas, a los empleadores y a los ciudadanos, con una calificación moderada para la entidad pública y al sindicato.

Finalmente, de acuerdo a la alternativa de solución, elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga, dentro del tipo beneficios directos, en el subtipo de cargas administrativas únicamente se califica de forma alta a la entidad pública, ya que los gastos soportados le corresponderán, costos referentes a la modificación, incorporación e integración del esquirolaje interno dentro de la materia laboral, concerniente al derecho de huelga, de forma física y dentro de las plataformas, ello con el fin de que se unifique la figura, así también, estará a cargo de los costos en los que incurra la publicación e implementación del artículo normativo; de igual forma, en el subtipo, costos de cumplimiento sustantivos, se ubica únicamente a la entidad pública con una calificación moderada, puesto que, las inversiones y los gastos que involucren la incorporación de la figura le competarán al estado y a sus funcionarios públicos; referente al subtipo costos de irritación, con una calificación baja se situará el sindicato y el empleador, ya que, el tiempo que abarque la aplicación e integración de la figura no tendrá mucho impacto en estos sujetos, a diferencia de los trabajadores sindicalizados y los trabajadores no huelguistas, quienes se situarán con una calificación moderada, encontrándose con una calificación alta a la entidad pública; respecto al tipo de costos indirectos en el subtipo costos de cumplimiento indirectos, con una calificación alta se ubica al empleador, teniendo en cuenta que una vez incorporada la figura, este cumplirá con la disposición normativa, de modo que se verán atendibles los efectos de la huelga, por lo tanto, habrá una reducción en el sistema productivo de la empresa, muy a diferencia de los

trabajadores sindicalizados, los trabajadores no huelguistas, los ciudadanos y el sindicato a quienes no les afectará de la misma manera, teniendo por ello una calificación baja; dentro del tipo costos de implementación, en el subtipo costos de implementación y cargas administrativas, de forma baja se situarán el empleador y el sindicato, puesto que, no habrá una responsabilidad directa a la hora de monitorear el cumplimiento de la regulación, del mismo modo en la obtención y sistematización de datos, muy por el contrario, con una calificación alta se ubicará a la entidad pública, sujeto que si será responsable de dichos gastos, de igual forma, referente al subtipo costos de monitoreo y ejecución, se encontrará con una calificación alta a la entidad pública, quien fiscalizará y verificará el cumplimiento del tipo legal, situándose con una calificación baja a los empleadores y al sindicato.

Por consiguiente, referente a los beneficios directos en el subtipo eficiencia de mercado, de forma baja se calificará a los trabajadores no huelguistas, de forma moderada al sindicato y a los trabajadores sindicalizados, y con un impacto alto, al empleador y a la entidad pública, dado que, este impacto brindará seguridad jurídica y predictibilidad en la resolución de los casos, conllevando a un ahorro de costos dentro del procedimiento administrativo sancionador; en el tipo de beneficios indirectos, subtipo beneficios de cumplimiento indirectos, de forma alta se ven beneficiados los trabajadores sindicalizados, en vista que, habrá un cumplimiento de los convenios colectivos y una correcta solución al pliego de peticiones, por eso, la entidad pública y el sindicato contarán con una calificación moderada, consecuentemente, los trabajadores no huelguistas y los empleadores con una calificación baja; por último, dentro del subtipo beneficios no monetizables, les favorecerá de forma alta a los trabajadores sindicalizados, debido a que, existirá una adecuada y oportuna protección al derecho de huelga, una vez incorporada la figura en todo el ordenamiento

laboral, contrayendo un efecto tuitivo, por lo tanto, con una calificación moderada, se encontrará la entidad pública y el sindicato, por esta razón, el beneficio será menos favorable para los trabajadores no huelguistas, el empleador y los ciudadanos.

4.1. Metodología de análisis multicriterio

A través de un procedimiento organizado, minucioso y claro se identificaron alternativas de solución con el fin de elegir la que mejor se adecue al problema público “la falta de regulación expresa del esquirolaje interno”. Es por ello que se escogió la metodología de análisis multicriterio, la cual, según el *Manual de metodologías para la evaluación de Impactos del AIR Ex Ante*, “permite tomar decisiones sobre la mejor alternativa cuando no es posible o no es necesario calcular los impactos de una manera cuantitativa” (Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros [SGP PCM], 2022, p. 24), sobre todo porque los problemas que se pretenden resolver suelen ser muy complejos e involucran varios criterios de análisis, los cuales generalmente no suelen ser puramente cuantitativos.

Por esa razón, por medio del AMC se busca reconocer la mejor o la alternativa preferida, que se obtiene por intermedio de una evaluación, análisis y estudio de los distintos criterios de evaluación, es decir, los impactos positivos y negativos, los cuales devienen dentro de un enfoque cualitativo en relación con las alternativas regulatorias y no regulatorias.

Asimismo, la SGP PCM (2022) señaló que este método es útil cuando existe un gran número de impactos diferentes (positivos y negativos), y esta información tiene varias dimensiones, que al ordenarlas en un marco lógico permiten tomar decisiones; mediante esta

evaluación se identificó el tipo y subtipos de los impactos positivos (beneficios) o negativos (costos), en los que se encuadró cada alternativa de solución, para posteriormente ponderar estas dentro de las dimensiones: baja, moderada o alta, tal como se ilustra en la tabla en la sección de Anexos (Tabla 2).

A continuación, se desarrollarán las fases que componen esta metodología.

4.1.1.Fase 1: Establecer los objetivos por evaluar

Regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR. Este objetivo es imprescindible, ya que se busca que la figura del “esquirolaje interno” se regule de forma expresa dentro del marco de la materia laboral concerniente al derecho de huelga; por ende, dicha regulación debe pasar por un riguroso análisis y evaluación, es decir, ver si es adecuada, si trae consigo una mejora regulatoria; se debe transitar por un procedimiento sistemático, eficaz, claro y estructurado, esto es, el análisis de impacto regulatorio, instrumento que fue diseñado para expedir regulaciones de calidad, teniendo como tamiz un proceso circular de calidad en la regulación.

Los integrantes de la relación laboral deben tomar conocimiento de la figura. El presente objetivo pretende que se tenga un mejor alcance de la información concerniente al esquirolaje interno, por parte de los trabajadores huelguistas, quienes al saber de esta no dejarán que se vulnere su derecho fundamental de huelga. De igual forma, los trabajadores no huelguistas, al ser requeridos para sustituir otras actividades durante el acatamiento de la medida, y los empleadores, no podrán alegar desconocimiento de la figura y evitarán conductas obstruccionistas; en el caso de que el empleador incurra en este acto, tendrá conocimiento anticipado de la imputación atribuible y el resultado del procedimiento administrativo sancionador.

Facilitar la labor inspectiva. Este objetivo está orientado principalmente a facilitar la labor de investigación del sistema inspectivo, y ello se logrará una vez incorporada la figura del esquirolaje interno de manera adecuada dentro del reglamento de la Ley 28806, favoreciendo y ayudando con esto a que se fomente, controle y fiscalice el cumplimiento de las normas sociolaborales; en el caso concreto, el derecho de huelga.

4.1.2.Fase 2: Identificar las alternativas regulatorias relevantes

Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología del Análisis de Impacto Regulatorio.

Cabe señalar que el problema público planteado deviene en la falta de regulación expresa del esquirolaje interno. Como se ha venido viendo, esta es aplicada de forma implícita, teniéndose por sobreentendida la figura dentro del esquirolaje externo, lo que ocasiona una falta de seguridad jurídica, ausencia de una correcta imputación, disminuye la predictibilidad en la resolución de los casos y genera un extenso procedimiento administrativo sancionador, lo que contraería costos innecesarios tanto para el Estado como para el administrado. Por tal motivo, se debe emplear una metodología adecuada para que, posterior a una evaluación, se le dé un soporte, credibilidad y eficiencia a la propuesta normativa que modificará el artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806, para su aplicación de forma consistente en el tiempo.

En consecuencia, para lograr ello, es necesario tener como base el AIR conjuntamente y de forma complementaria con la metodología del análisis multicriterio.

Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga. Esta es una de las alternativas regulatorias más óptimas, porque tendría consecuencias importantes en la búsqueda de la solución para el problema público que se presenta. Asimismo, la propuesta de ley busca incorporar de forma

expresa o taxativa la figura del esquirolaje interno dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga, es decir, integrar la figura dentro de todo instrumento normativo alusivo al derecho de huelga; por tanto, surtirá efectos de forma específica en el caso de que se incida en la sustitución interna de trabajadores huelguistas. Por consiguiente, será de mejor conocimiento para los integrantes de la relación laboral como un acto vulneratorio al derecho de huelga.

Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento. Como parte de una opción no regulatoria, al continuar con la falta de regulación del esquirolaje interno, se busca mediante esta alternativa dar a conocer los alcances en los que incurre dicha figura; en otras palabras, capacitar en sus distintas formas (presencial y virtual), recurriendo a la instrucción y orientación de esta figura, a través de los distintos medios de comunicación dispuestos por parte del empleador y la entidad pública (Sunafil). En consecuencia, tiene como finalidad disminuir hasta cierto punto la incidencia de los actos de sustitución de los trabajadores huelguistas.

Las actividades, antes de ser identificadas las alternativas de solución, han sido encuadradas dentro del tipo de alternativas regulatorias y no regulatorias; sin embargo, una alternativa adicional es la opción de no hacer nada o *status quo*; como alternativa regulatoria, la finalidad es regular e incorporar esta figura dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga. Sería lo siguiente: elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de AIR; y elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral, referente al derecho de huelga. Por otro lado, respecto a la alternativa no regulatoria, estaría dentro del tipo de opción “empujón” o *nudging*, ya que esta promueve que al no haber regulación se impulsen las prácticas positivas que solucionen el problema público; esta opción es capacitar presencialmente y mediante las TIC, e imponer una sanción en caso de

incumplimiento. Por último, dentro del análisis de impacto regulatorio es importante tener en cuenta una opción “cero”, es decir, qué pasaría si no se aplica ninguna medida regulatoria o no regulatoria; en el presente caso, es dejar el estado actual de ausencia de regulación expresa del esquirolaje interno y, por ende, falta de conocimiento adecuado de la misma.

4.1.3.Fase 3: Establecer los criterios de evaluación

Tabla 3

Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR

ALTERNATIVA: Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806.	OBJETIVO	IMPACTOS					
		POSITIVOS				NEGATIVOS	
		TIPIFICACIÓN	SEGURIDAD JURÍDICA	LA NO VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA	APLICACIÓN DEL AIR	UNIFICACIÓN DE LA PROPUESTA NORMATIVA	COSTOS DE ELABORACIÓN
	Regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR.	Como impacto positivo, la tipificación conducirá a una correcta regulación, puesto que al estar señalada la figura se evitará incurrir en la aplicación de analogías e implitud normativa.	Una vez regulada la figura, se generará seguridad jurídica, ya que se seguirá un procedimiento de análisis de impacto regulatorio, cuyo resultado es una norma acorde con el ordenamiento jurídico.	Una adecuada regulación conllevará a una óptima protección del derecho fundamental de huelga.	Al ser un instrumento internacional, el AIR sigue un proceso sistemático, racional, efectivo y lógico, orientado a mejorar la calidad regulatoria.	La integración de la figura del esquirolaje interno dentro del reglamento de la Ley 28806.	Los costos que acarrea cada etapa, dentro de las etapas, elaboración, verificación y la aplicación de la propuesta.

CALIFICACIÓN	2	4	1	3	2	1
---------------------	---	---	---	---	---	---

Nota. Calificación donde 1 es el mayor impacto y 4 es el menor impacto.

Para el presente criterio de evaluación, se ha calificado como mayor impacto positivo a la no vulneración del derecho de huelga (opción 1), debido a que este está referido a un derecho fundamental, si bien es cierto, se tuvo una disyuntiva al momento de cualificar entre la opción 1 y la opción 2 (Tipificación), la cual tiene como finalidad regular el esquirolaje interno, por ello, muy a pesar de estar concatenada con nuestra alternativa y objetivo, no va enfocada y dirigida al fin supremo de todo ordenamiento, que es la persona y su dignidad, fundamento esencial que deviene en la protección de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de huelga, impacto que solo se lograría si se tipifica de manera expresa, adecuada y en soporte de la aplicación del AIR (opción3), metodología que conduce a una mejor regulación, evaluando si es pertinente, adaptable y eficaz su incorporación. Por lo tanto, que se brinde seguridad jurídica, no se aparta de ser un impacto importante, pero queda señalada como opción 4, debido a que es una consecuencia suscitada de los impactos (opciones) precedentes.

Dentro de los impactos negativos como opción 1, los costos de la elaboración de la propuesta normativa, porque es el que incide más en el resultado de la regulación, de manera que, esta opción es necesaria para que se dé la opción 2, es decir, si no hay un presupuesto destinado y consignado para regular y modificar el artículo 25.9 del reglamento de la Ley n.º28806, no se podrá unificar dentro de dicho instrumento legal.

Tabla 4

Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: Que los integrantes de la relación laboral tomen conocimiento de la figura

ALTERNATIVA: Capacitar presencialmente y, mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento.	OBJETIVO	IMPACTOS				
		POSITIVOS		NEGATIVOS		
		CONOCIMIENTO PÚBLICO DE LA FIGURA	PRÁCTICAS POSITIVAS PARA QUE NO SE ENERVEN LOS EFECTOS DEL DERECHO DE HUELGA	APLICACIÓN DE LA FIGURA DE FORMA IMPLÍCITA	COSTOS DE LA DIFUSIÓN DE LA FIGURA	FALTA DE ACCESO A LAS TIC
	Que los integrantes de la relación laboral tomen conocimiento de la figura	Como impacto positivo el tener mayor conocimiento del esquirolaje interno tendrán una mejor defensa y protección de sus derechos.	El hecho de capacitar presencialmente o mediante el uso de TIC ante la ausencia de una regulación brinda mayor conocimiento acerca del impacto de la figura; por ende, genera un uso adecuado de la misma, motivando al desarrollo de actos positivos que evitan que se perjudiquen los efectos del derecho de huelga.	A pesar de tener conocimiento de la figura, esta se seguirá aplicando de forma implícita dentro del esquirolaje externo.	Se incurriría en costos de programación y concretización de la capacitación para brindar información acerca de la figura, ya sea de forma virtual (TIC) o presencial, ello mediante boletines, etc.	Deviene en un impacto negativo, debido a que muchas empresas, así como trabajadores, no cuentan con una cobertura de red adecuada, y la mayoría de veces los mismos trabajadores no tienen un conocimiento idóneo del uso de estas plataformas y tecnologías.
	CALIFICACIÓN	1	2	3	1	2

Nota. Calificación donde 1 es el mayor impacto y 4 es el menor impacto.

Para el presente criterio de evaluación, se ha calificado como mayor impacto positivo a la opción de conocimiento público de la figura, debido a que es un acto previo y esencial para que se cumpla el objetivo de la alternativa no regulatoria de solución planteada; asimismo, esta resulta

pertinente porque brindará mayor información acerca del esquirolaje interno, pese a no estar señalado en el ámbito laboral enmarcado en el derecho de huelga de forma expresa. Consecuentemente, se obtendrá el buen uso de la figura, incentivando el incremento de las buenas prácticas conducentes a que no se enerven los efectos del derecho de huelga; es decir, la opción 1 concretizaría la opción 2.

En cuanto a los impactos negativos, se ha considerado a los costos de la difusión de la figura como la opción 1, ya que se incurre en una inversión para la programación de capacitaciones de forma física y/o virtual, a fin de que los integrantes de la relación laboral tengan conocimiento. Como opción 2, la falta de acceso a los TIC se calificó en un punto medio, porque ante la ausencia de cobertura, señal de internet, acceso a aparatos digitales y manejo de plataformas, para que se tenga conocimiento de la figura, se puede capacitar de forma presencial. Como última opción con menor impacto negativo, pero no menos importante, se tiene a la aplicación de la figura de forma implícita; este indicador no producirá cambio alguno dentro del plano jurídico, puesto que la figura se seguirá aplicando de forma implícita, a pesar de que exista una capacitación que brinde información sobre la misma.

Tabla 5

Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: facilitar la labor inspectiva

ALTERNATIVA: Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la material laboral referente al derecho de huelga.	OBJETIVO	IMPACTOS							
		POSITIVOS				NEGATIVOS			
		DACIÓN DE LA LEY CONTRAYENDO UN IMPACTO IMPERATIVO	APLICACIÓN DENTRO DEL SISTEMA INSPECTIVO Y DEMÁS NORMAS LABORALES CONCERNIENTES AL DERECHO DE HUELGA	BREVEDAD EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS	PREDICTIBILIDAD EN LA RESOLUCIÓN	UNIFICACIÓN DE LA PROPUESTA NORMATIVA DENTRO DE MATERIA LABORAL	LOS COSTOS DE LA PUBLICACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY	TIEMPO DE ADECUACIÓN	DEMORA EN LA INTERIORIZACIÓN DE LA FIGURA
	Facilitar la labor inspectiva	Como impacto positivo, la ley que se establecerá tendrá carácter imperativo; por lo tanto, se asentará una sanción clara y bien definida, lo que ayudará a una mejor actuación del sistema inspectivo.	Una vez incorporado el esquirolaje interno en el ámbito laboral concerniente al derecho de huelga, se facilitará la labor inspectiva.	Una vez integrada la figura del esquirolaje interno dentro del área laboral concerniente al derecho de huelga, su aplicación servirá en la mejora de la celeridad y la economía procesal, obteniendo con ello una simplificación en el procedimiento administrativo; por ende, ya no habrá cabida a cuestionar el proceder del inspector.	El hecho de tener incorporada la figura brindará mayor seguridad durante el procedimiento; asimismo, en la actuación y fiscalización por parte del inspector; por lo tanto, se tendrá por predictible (información veraz, confiable) el fallo que tendrá la autoridad administrativa.	Como impacto negativo, habrá una demora en la integración de la figura de forma física y dentro de las plataformas del Estado del “esquirolaje interno” en el ámbito laboral concerniente al derecho de huelga.	La divulgación, publicación y otros actos que ponen en efecto la normativa, dilatarían de cierta manera la labor inspectiva en torno al esquirolaje interno.	El tiempo que tomará la oportuna adaptación de la figura del esquirolaje interno dentro del sistema inspectivo.	La existencia de una dilación en asimilar, conocer e incorporar el esquirolaje interno dificultaría a futuro la labor inspectiva.
CALIFICACIÓN	1	2	4	3	2	1	3	4	

Nota. Calificación donde 1 es el mayor impacto y 4 es el menor impacto.

Para el presente criterio de evaluación, se ha calificado como mayor impacto positivo a la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, puesto que una vez expedida la norma, se tendrá clara la figura y, por ende, su infracción, elemento primordial para que se dé la aplicación dentro del sistema inspectivo y demás normas laborales concernientes al derecho de huelga, segunda opción que facilitará la labor inspectiva, contrayendo con ello una predictibilidad en la resolución de los casos; en este caso es la opción tres, ya que al ser incorporado el esquirolaje interno dentro del ámbito laboral concerniente al derecho de huelga, la decisión de la autoridad administrativa será predecible una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador; por tal motivo, se conllevará dentro de la opción con menor impacto positivo, producir una brevedad en la resolución de los casos, haciendo más célere y económico el procedimiento administrativo.

Al ponderar los impactos negativos dentro de la presente alternativa, se consideran los costos de la publicación e implementación de la ley como la opción 1 con mayor efecto negativo, dentro del marco laboral concerniente al derecho de huelga; asimismo, en las plataformas y portales del Estado, resulta imprescindible para que haya una unificación de la propuesta de la ley dentro del ámbito laboral, opción 2, puesto que sin estar correctamente integrada la figura del esquirolaje interno, no existiría un tiempo de adecuación deviniendo en la opción 3; por consiguiente, tampoco habría una demora en la interiorización de la figura, opción 4 con menor impacto negativo.

Tabla 6

Criterios de evaluación de acuerdo con el objetivo: mantener las cosas en el estado actual (statu quo)

	OBJETIVO	IMPACTOS							
		POSITIVOS		NEGATIVOS					
		NO INCURRE EN COSTOS PARA UNA MODIFICACIÓN O INCORPORACIÓN DE LA FIGURA	NO INCURRE EN COSTOS EN LA CAPACITACIÓN	APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA	DESCONOCIMIENTO DE LA FIGURA	FALTA DE TIPIFICACIÓN	FALTA DE CELERIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	CONDUCTAS OBSTRUCCIONISTAS	FALTA DE PREDICTIBILIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS
ALTERNATIVA: No hacer nada	Mantener las cosas en el estado actual (statu quo)	El hecho de modificar el RLGIT N.º 28806 acarrea consigo costos administrativos y, por ende, mantener el estado actual evitará que se incurrirá en dichos gastos.	Si se mantiene el <i>statu quo</i> , ya no habrá la necesidad de incidir en costos de capacitación para informar sobre el esquirolaje interno, por parte de Sunafil y del empleador, ya que el D.S 014-2022-TR prohíbe de manera general la sustitución de trabajadores durante la medida de huelga.	Como impacto negativo, ante la existencia del esquirolaje externo dentro del RLGIT, se sobreentiende dentro de esta al esquirolaje interno, generando un vacío legal; consecuentemente, la existencia de una semejanza en el supuesto de hecho conlleva a la aplicación de la analogía, dejando de lado que se señalen específicamente los actos que configuran el esquirolaje interno.	A razón de una existencia del sobreentendimiento de la figura, es que no se cuenta con certidumbre jurídica respecto a los actos que configura el esquirolaje interno por parte de los integrantes de la relación laboral, a pesar de estar incluida genéricamente dentro del D.S 014-2022-TR.	Una vez que se inicie el procedimiento administrativo sancionador no existirá norma legal específica en la cual los hechos puedan ser subsumidos como tales, por lo cual se configurará una ausencia de tipificación; asimismo, la sanción que se impondrá resultará dudosa, ya que no estaría señalada en el RLGIT, por lo que estaría yendo contra el principio de legalidad.	Ante la ausencia de tipicidad de la figura, los descargos y los medios impugnatorios por parte de los empleadores podrían resultar como parte del alargamiento innecesario del procedimiento administrativo sancionador, vulnerando en cierta manera el principio de economía y celeridad procesal.	La falta de regulación del esquirolaje interno en el RLGIT conlleva a que los actores de la relación laboral, en este caso los empleadores, en cierto modo incurran en actos infractores, como la sustitución de trabajadores internos durante la medida de huelga, pese a que esta esté señalada de manera genérica dentro del D.S 014-2022-TR.	El desconocimiento de la figura, falta de tipificación en el RLGIT y, por ende, una aplicación analógica en la resolución de los casos, trae consigo una ausencia de predictibilidad, generando con ello una falta de seguridad jurídica.
	CALIFICACIÓN	1	2	4	6	1	3	2	5

Nota. Calificación donde 1 es el mayor impacto y 6 es el menor impacto.

Para el presente criterio de evaluación, se ha calificado como mayor impacto positivo a la no incurrancia en costos para una modificación o incorporación de la figura, porque al mantener las cosas en el estado actual no habrá necesidad de incurrir en los gastos que acarrearía su reglamentación dentro del RLGIT. Asimismo, respecto del segundo impacto positivo, no incide en costos en la capacitación ni en los gastos para brindar información acerca de la figura, ya que el D.S 014-2022-TR prohíbe de manera general la sustitución de trabajadores durante la medida de huelga.

Respecto a la evaluación de los impactos negativos, dentro de la presente alternativa, el mayor impacto negativo es la falta de tipificación, ya que al no hacer nada no se encontraría señalada de forma expresa la figura del esquirolaje interno en el RLGIT, lo cual conlleva a que se realicen conductas obstruccionistas, pese a que esta esté señalada de manera genérica en el artículo 70 del D.S 014-2022-TR, opción 2, por lo que como opción 3 se tiene la falta de celeridad en el procedimiento administrativo sancionador, vulnerando en cierta manera el principio de economía y celeridad procesal, a razón de que no está señalada como sanción de forma expresa en el RLGIT; en consecuencia, se da una aplicación analógica, opción 4, generada por la existencia de una semejanza en el supuesto de hecho, trayendo consigo la falta de determinación específica de los actos que configuran el esquirolaje interno. A razón de las opciones precedentes, deviene la quinta opción, falta de predictibilidad en la resolución de los casos, impacto negativo que causa incertidumbre jurídica, deviniendo en la sexta opción, la aplicación implícita, la cual ocasionaría desconocimiento de los actos que configura el esquirolaje interno, puesto que estaría señalado de forma general en el D.S. 014-2022-TR.

4.1.4.Fase 4: Calificar y evaluar el desempeño de las alternativas

Respecto a la primera alternativa de solución, “elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología de análisis de impacto regulatorio”, según la evaluación realizada se tiene como mayor impacto positivo, a la *no vulneración del derecho de huelga*, y como mayor impacto negativo a los *costos de elaboración*.

De la segunda alternativa, *capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento*, según la evaluación realizada, el mayor impacto positivo recae en el conocimiento público de la figura, y el mayor impacto negativo recae en los costos de la difusión de la figura.

La tercera alternativa, que es *elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga*, según los criterios de evaluación se tiene como mayor impacto positivo a la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, y como mayor impacto negativo a los costos de la publicación e implementación de la ley.

Por último, en cuanto a la cuarta alternativa de solución, *no hacer nada*, es decir, mantener el estado actual (*statu quo*), según los criterios de evaluación, tiene como mayor impacto positivo no incurrir en costos para una modificación o incorporación de la figura, y como el mayor impacto negativo a la falta de tipificación.

Tabla 7*Calificación y evaluación de las alternativas de solución*

		ALTERNATIVAS			
		No hacer nada	Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento	Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806	Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga
Criterio de evaluación n.º 1	+ La no vulneración del derecho de Huelga	1	2	6	7
	- Costos de elaboración	0	-4	-5	-7
Criterio de evaluación n.º 2	+ Conocimiento público de la figura	3	4	5	6
	- Costos de la difusión de la figura	0	-4	-3	-6
Criterio de evaluación n.º 3	+ Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo	3	3	6	7
	- Los costos de la publicación e implementación de la ley	0	-1	-5	-7
Criterio de evaluación n.º 4	+ No incurre en costos para una modificación o incorporación de la figura dentro del RLGIT	8	6	3	1
	- Falta de tipificación dentro del RLGIT	-6	-3	-1	0

Nota. Calificación de cada alternativa para cada criterio de evaluación, en donde 1 o -1 es el que tiene menos impacto y 8 o -8 es el que contrae mayor impacto.

En la Tabla 7 se ha podido visualizar y evaluar cada alternativa de solución planteada; desde las alternativas regulatorias y no regulatorias hasta la opción de no hacer nada. En ese sentido, se ha tomado como línea base el puntaje de 0, el cual es una puntuación neutral, considerando que no beneficiaría ni mucho menos afectaría en nada, para luego comenzar a calificar desde 1 a 8, donde 1 es el que menos incidencia o impacto positivo tiene, y 8 es el que mayor impacto positivo contrae; de igual forma, se han calificado los impactos negativos, oscilando desde el -1 al -8.

Tal como se aprecia en la Tabla 7, se busca destacar el desempeño de las alternativas, por lo que respecto a los beneficios que presenta la primera alternativa, la elaboración de una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga, la mayoría de impactos con los que se comparó obtuvo la calificación más alta, porque incide más en una no vulneración del derecho de huelga, con un puntaje de 7. De igual forma, en lo referente a la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, siguiéndole con una calificación alta, el conocimiento público de la figura, con un puntaje de 6, y únicamente con un puntaje de 1 el no incurrir en costos para una modificación o incorporación de la figura, impacto en el que no incide, ya que la presente alternativa implica todo lo contrario. En cuanto a los impactos negativos, es decir, los costos en los que incurrirá esta alternativa, se observa que, de la misma manera, incide con la calificación más alta con un puntaje de -7 en lo concerniente a costos de elaboración y a costos de la publicación e implementación de la ley, prosiguiendo con una puntuación de -6, calificación más alta, a los costos de la difusión de la figura. Por último, se tiene con una calificación de 0 a la falta de tipificación, puesto que la presente alternativa de solución reglará el esquirolaje interno dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga,

con la elaboración de la propuesta de ley; por lo tanto, esta alternativa implicará y conllevará más costos económicamente. Por otro lado, cabe señalar que de acuerdo con los beneficios que brinda la presente alternativa, es la que mejor apuntaría a solucionar el problema público.

La segunda alternativa de solución, elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, enfocada en una metodología del AIR, comprende a los criterios de evaluación: la no vulneración del derecho de huelga y la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, con un puntaje de 6, ya que no resultaría absolutamente eficiente, debido a que la propuesta normativa solo será incluida en un instrumento normativo con menor rango jerárquico como es el reglamento, a diferencia de la ley, que cuenta con mayor jerarquía, siguiéndole, con un puntaje de 6 el conocimiento público de la figura, ya que una vez modificado el reglamento, este será publicado. No obstante, su difusión será limitada, dirigida solo a los actores que estén inmersos en el esquirolaje interno. A diferencia del impacto de no incurrir en costos para una modificación o incorporación de la figura, este tendría una calificación de 3, porque sí contraería costos, no en gran magnitud, pero sí en menor escala.

Por otra parte, con una calificación de -5 se tiene a los impactos negativos de costos de elaboración y costos de publicación e implementación de la ley, debido a que la incorporación de la figura será dentro del reglamento y no en todo el ámbito laboral. Prosiguiendo, con un puntaje de -3 están los costos de difusión de la figura, ya que el gasto incurrido será ínfimo, y, por último, con un puntaje de -1 está la falta de tipificación, puesto que la propuesta normativa estará solamente señalada en el artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806.

La tercera alternativa de solución no regulatoria, capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento, con un puntaje de 6 se tiene el no incurrir

en costos para una modificación e incorporación de la figura, ya que solo busca informar acerca de lo que comprende el esquirolaje interno; con un puntaje de 4 se calificó el conocimiento público de la figura, y con un puntaje de 3 la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, y con una calificación de 2 la no vulneración del derecho de huelga, debido a que su protección será insuficiente porque no estará regulada.

Por otro lado, los gastos en los que incurrirá esta alternativa tienen una calificación de - 4 referente a los costos de elaboración y costos de la difusión de la figura, pues no se dirigirá presupuesto alguno para dichas categorías, siguiéndole con una puntuación de -3 a la falta de tipificación, culminando con un puntaje de -1 los costos de la publicación e implementación de la ley, debido a que no se incorporará en ningún instrumento normativo, porque su fin es meramente informativo.

La alternativa de no hacer nada es la que incurre en menos beneficios y costos, por lo que se visualiza que la calificación oscila desde el término base hasta el puntaje máximo, como se ha de ver con puntaje más mínimo de 0, están las opciones negativas o las que acarrearán un gasto; no obstante, debido a la naturaleza de la alternativa en relación con los impactos presentados, estos no ocasionan modificación alguna al estado actual en el que se encuentra la figura del esquirolaje interno dentro del RLGIT. En ese contexto, se tiene a costos de elaboración, costos de la difusión de la figura y los costos de la publicación e implementación de la ley.

De forma semejante, una calificación baja obtienen las opciones positivas, que parten con puntaje 1, la no vulneración del derecho de huelga, continúan con una calificación de 3, conocimiento público de la figura y dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, y, por último, tienen la calificación más alta de 8, la no incurrencia en costos para una modificación e

incorporación de la figura dentro del RLGIT, ya que esta opción no pretende incorporar la figura, sino mantener el *statu quo*; a diferencia de la opción negativa, falta de tipificación dentro del RLGIT, con una puntuación de -6, esta opción no ayudará a que el esquirolaje interno esté taxativamente o expresamente normado como sanción, a pesar de estar señalado de manera genérica en el Reglamento de Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo; por ello, su calificación es muy negativa, ya que se seguirá resolviendo con base en la jurisprudencia y doctrina; consecuentemente, es una de las alternativas más débiles.

4.1.5.Fase 5: Asignar los pesos para cada criterio de evaluación, teniendo en consideración la importancia relativa de cada criterio de evaluación específico

En la presente fase se pasará a ponderar cada criterio de evaluación, por lo que se ha considerado asignar un porcentaje determinado a cada impacto de acuerdo con el grado de importancia dentro del problema público, contrapesando desde un 20% hasta 70%, donde 20% es el que tiene menor importancia y 70% es el que se considera más sustancial y fundamental. En la Tabla 8 se aprecia cómo se han ponderado los costos y beneficios.

Tabla 8

Pesos asignados para cada criterio de evaluación

	CRITERIOS DE EVALUACIÓN	PESO ASIGNADO (%)
1.	La no vulneración del derecho de huelga	70 %
2.	Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo	65%
3.	Falta de tipificación	60%
4.	Conocimiento público de la figura	55%
5.	Costos de elaboración	45%
6.	Costo de publicación e implementación de la ley	40%
7.	Costos de difusión de la figura	35%
8.	No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la Figura	25%

Nota. Se ha ponderado cada criterio de evaluación con la finalidad de reflejar su importancia, su asignación de pesos oscila desde un 70% a 25%.

A continuación, se describirá la justificación del porcentaje asignado a cada impacto.

La no vulneración del derecho de huelga. El derecho de huelga es un derecho fundamental explícitamente reconocido en la Constitución (y algunas leyes), ya que es un derecho humano del cual deriva el principio pro persona, por lo que tiene una aplicación inmediata; partiendo de ello, su práctica debe ser cautelada a fin de garantizar la libertad sindical. Asimismo, este derecho promueve y defiende los intereses sociales y económicos de los trabajadores y empleadores. El ejercicio de la huelga comprende la suspensión colectiva de trabajo, en donde los trabajadores

realizarán una protesta pacífica, con el fin de producir presión al empleador y lograr el cumplimiento del convenio colectivo. Cabe señalar que ante dicha medida se presentan actos vulneratorios que pretenden enervar sus efectos, como la sustitución interna de trabajadores, acto que contraviene el libre ejercicio del derecho de huelga, por lo que se busca evitar dicha acción.

Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo. Una vez aprobada y expedida la ley, contraerá un impacto imperativo que recaerá en una sanción (ya sea grave o muy grave), con la finalidad de ser un mecanismo de control de cumplimiento, donde las normas jurídicas y reglas deberán ser observadas sin margen para ser eludidas, hecho que beneficiará al sector público y privado, ya que regulará los actos que comprende el esquirolaje interno; por un lado, el administrado podrá ejercer su derecho mediante la denuncia y, por otro, la administración podrá aplicar una imputación inmediata al momento de verificar la infracción.

Falta de tipificación. La tipificación es un elemento esencial para que se configure el tipo infractor, es decir, debe existir una adecuación del acto efectuado por los sujetos de la relación laboral a la figura descrita debidamente; sin este resultaría imposible la punibilidad bajo el principio de legalidad y, consecuentemente, se seguiría aplicando la figura de forma analógica e implícita. Asimismo, contraería efectos negativos dentro del principio de economía y celeridad procesal, como el alargamiento innecesario del procedimiento administrativo sancionador.

Conocimiento público de la figura. El conocimiento público de una norma va acorde con el orden e interés público y social, puesto que brinda seguridad jurídica; en el presente caso, en la figura del esquirolaje interno, ya que esta deviene en una consecuencia acertada, porque si los integrantes de la relación laboral tienen pleno conocimiento y están bien informados acerca de los actos que vulneran el libre ejercicio del derecho de huelga, brindándoles instrumentos como la

denuncia, entonces podrán ejercer legítimamente y sin temor su derecho de huelga, y, por otro lado, el empleador evitará incidir en la sustitución de trabajadores huelguistas, ya que tendrá conocimiento de que dicha práctica es atentatoria a un derecho fundamental.

Costos de elaboración. Este impacto está referido a los gastos que involucran la realización del proyecto normativo, tipo legal que establece la sustitución interna de trabajadores huelguistas, que comprende al presupuesto público, el cual pasará por una fase de formulación y aprobación presupuestaria, para que finalmente se ejecute el presupuesto designado. Por lo tanto, dicho proyecto requerirá una investigación, para lo cual será necesario el uso de libros, normas comparadas, resoluciones, artículos de opinión y todo material que implique un gasto económico para desarrollar la propuesta normativa; asimismo, contraerá un costo para el Estado o la Administración pública en la elaboración de la futura ley.

Por otro lado, será necesario el uso de una metodología de análisis adecuada que vaya dirigida a verificar la conveniencia de aprobar un proyecto de ley, bajo un criterio de racionalidad que evite un desperdicio normativo; por ejemplo, empleando un ACB con la finalidad de que sea una inversión apropiada.

Costo de publicación e implementación de la ley. Este impacto está referido a los gastos en los que el Estado va a incidir al implementar la figura, iniciando desde el registro del trámite documentario, enumeración de la propuesta normativa, costo que implicará el traspaso por las comisiones, por el consejo que verificará su implementación y, por último, su filtro por el Poder Ejecutivo para que, una vez aprobado el proyecto normativo, pase a ser publicado y divulgado en el diario oficial *El Peruano* y demás plataformas del Estado, ya que la publicidad es importante para la existencia de toda norma, en este caso dentro del marco de las disposiciones laborales. Cabe

anotar que al estar tipificado el esquirolaje interno, transmitirá tranquilidad pública a razón de que la norma será operativa y producirá los efectos deseados.

De acuerdo con Paniagua (1987), la publicación “es hacer notoria o patente, por voz de pregonero o por medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos”, es “difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera, un escrito, una estampa, etc.”. Asimismo, señaló que la obligación de publicar implica una acción que tiene por objeto “hacer llegar a noticia de todos” una norma y el empleo de un medio que permita difundirlo. Así, fin y medio resultan implicados inevitablemente en el término (p. 18).

Costos de difusión de la figura. Este impacto consiste en divulgar la figura del esquirolaje interno para que sea de conocimiento público, sobre todo para los actores intervinientes en la relación laboral, utilizando herramientas tecnológicas, es decir, medios de comunicación, aplicaciones, TIC, mediante los cuales se lleven a cabo seminarios, charlas, capacitaciones que pongan en conocimiento y evalúen lo comprendido acerca de la sustitución interna; en otras palabras, verificar si la figura fue internalizada. Más que un gasto, devendría en una inversión para el Estado y las empresas, a fin de que a futuro se tenga un conocimiento pleno de los actos que vulneran el derecho de huelga, con lo que se fomentaría un adecuado ambiente laboral.

No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la figura. Este impacto es consecuente con mantener el estado actual, es decir, no regular ni incorporar el esquirolaje interno como tal dentro del RLGIT; por lo tanto, el Estado no incurrirá en gastos administrativos que impliquen la designación de un presupuesto público, con lo cual no se asignarán recursos humanos ni monetarios. Consecuentemente, no existirá ninguna modificación y la figura se seguirá aplicando de forma analógica e implícita.

4.1.6. Fase 6: Calcular la combinación de pesos y calificaciones para cada alternativa regulatoria

Tabla 9

Combinación de ponderadores y calificaciones

	CRITERIOS DE EVALUACIÓN	PESO ASIGNADO (%)	CALIFICACIÓN DE CADA ALTERNATIVA			
			No hacer nada	Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento	Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806	Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga
1.	La no vulneración del derecho de huelga	70%	1	2	6	7
			3.7	2.7	6.7	7.7
2.	Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo	65%	3	3	6	7
			3.65	3.65	6.65	7.65
3.	Falta de tipificación	60%	-6	-3	-1	0
			-5.4	-2.4	-0.4	0.6
4.	Conocimiento público de la figura	55%	3	4	5	6
			3.55	4.55	5.55	6.55
5.	Costos de elaboración	45%	0	-4	-5	-7
			0.45	-3.55	-4.55	-6.55
6.	Costo de publicación e implementación de la ley	40%	0	-1	-5	-7
			0.4	-0.6	-4.6	-6.6

7.	Costos de difusión de la figura	35%	0	-4	-3	-6
			0.35	-3.65	-2.65	-5.65
8.	No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la figura	25%	8	6	3	1
			8.25	6.25	3.25	1.25

Nota. Para obtener los resultados, que se encuentran resaltados, se han combinado los pesos de los criterios y calificaciones de cada alternativa.

Donde:

Celestes = positivos más altos (primer lugar)

Rosado = negativo más alto (primer lugar)

Verde = positivo o negativo (en segundo lugar)

Plomo = positivo o negativo más bajo

La ecuación que se empleó para llegar a los resultados logrados, según la PCM (2022, pp. 29-30) es la siguiente:

$$V_i = w_1V_{i1} + w_2V_{i2} + \dots + w_nV_{in} = \sum_{j=1}^n w_jV_{ij}$$

Cada operador o variable está señalado con base en:

V= Calificación del criterio de evaluación (+/-) según la Tabla 6

W= Porcentaje (peso asignado) según la Tabla 7

i= Alternativa de solución, según la Tabla 8

n= Criterio de evaluación (costos y beneficios)

Tal como se muestra en el siguiente ejemplo:

$$70\%_{No\ vulneración\ de\ huelga} + 7_{Elaboración\ de\ la\ ley} = 70\% + 7 = 7.7$$

Tal como se aprecia en la Tabla 8, de las alternativas que tuvieron mejor desempeño en la evaluación, la primera es la elaboración de una propuesta de ley que regula la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga (en adelante alternativa A) y la segunda es la elaboración de una propuesta normativa sobre el esquirolaje interno que modifique el reglamento de la Ley 28806 (en adelante alternativa B); ambas son consistentemente las mejores alternativas, a diferencia de la alternativa base “no hacer nada” y la alternativa no regulatoria capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en el caso de incumplimiento, ya que proporcionan de los ocho criterios, un impacto superior en seis de los mismos. Por lo tanto, la alternativa base y la alternativa no regulatoria son prácticamente deficientes, por lo que técnicamente las alternativas A y B son “dominantes” sobre las alternativas antes señaladas y, por tanto, deben ser desestimadas.

Es preciso advertir que cuando se compara la alternativa A y la alternativa B, la primera aparenta ser la más beneficiosa por contar con puntuaciones más elevadas que la segunda, ya que ambas cuentan con tres impactos positivos respecto de los mismos criterios de evaluación 1º, 2º y 4º; sin embargo, respecto de los impactos negativos, la alternativa A cuenta con tres costos más fuertes que la *alternativa B* acerca de criterios de evaluación 5º, 6º y 7º. No obstante, a pesar de esto, *la alternativa A* cuenta con un costo bajísimo en el 3.^{er} criterio de evaluación, a diferencia de

la alternativa B, que cuenta con un costo más elevado. Por último, la *alternativa B* tiene un beneficio más fuerte que la alternativa A, en cuanto al criterio de evaluación 8°.

A continuación, se demostrará que la alternativa más viable y oportuna es la alternativa B.

Tabla 10

Combinación de ponderadores y calificaciones de las dos alternativas regulatorias

	CRITERIOS DE EVALUACIÓN	PESO ASIGNADO (%)	ALTERNATIVAS	
			B	A
			Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806	Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga
1°	La no vulneración del derecho de huelga	70%	6	7
			6.7	7.7
2°	Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo	65%	6	7
			6.65	7.65
3°	Falta de tipificación	60%	-1	0
			-0.4	0.6
4°	Conocimiento público de la figura	55%	5	6
			5.55	6.55
5°	Costos de elaboración	45%	-5	-7
			-4.55	-6.55
6°	Costo de publicación e implementación de la ley	40%	-5	-7
			-4.6	-6.6
7°	Costos de difusión de la figura	35%	-3	-6
			-2.65	-5.65
8°	No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la figura	25%	3	1
			3.25	1.25

Nota. Comparación de la combinación de los pesos de los criterios y calificaciones de las alternativas regulatorias.

Los cuadros resaltados de la Tabla 10 son los resultados de las dos alternativas con mayores calificaciones en cuanto a beneficios y costos, de las cuales, en color celeste se muestran los impactos positivos más altos, y en color verde los que cuentan con un puntaje menor. Por otro lado, los cuadros de color amarillo contienen los resultados de los costos más altos, siguiendo con un puntaje menor los resaltados de color rosado.

De lo anterior se colige que en cuanto a los criterios 1°, 2°, 3° y 4°, la alternativa A lleva un margen de diferencia de un punto más alto que la alternativa B; sin embargo, respecto a los criterios 5°, 6° y 7°, que resultan ser impactos negativos, la alternativa A tiene una diferencia de dos y tres puntos más costosos que la alternativa B; además, acerca del criterio 8°, la alternativa B es dos puntos más beneficiosa que la alternativa A. Por ende, la alternativa B es la más factible y adecuada, porque el hecho de elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno con base en una metodología de análisis de impacto regulatorio y que se incorpore al reglamento de la Ley 28806 coadyuvará a la protección del derecho de huelga, al proveer una norma con carácter imperativo, contribuir a una adecuada tipificación, generar un conocimiento público de la figura y contraer menos gastos en la modificación e incorporación de la figura, ya que esta sedará solamente dentro del RLGIT. De igual forma ocurre respecto a los costos de elaboración, publicación e implementación de la ley y, por ende, en la difusión de la figura, estos impactos negativos serán menos costosos en esta alternativa a diferencia de la alternativa A, que devienen en un gasto público gravoso. Por tales motivos, se ha escogido la alternativa B como la opción viable y favorable, teniendo en cuenta el contexto actual y considerando como punto de partida la metodología de análisis multicriterio (AMC).

4.1.7.Fase 7: Evaluación del puntaje y elección de la mejor alternativa

Tabla 11

Evaluación del puntaje y elección de la mejor alternativa

	CRITERIOS DE EVALUACIÓN	PESO ASIGNADO (%) + CALIFICACIÓN DE CADA ALTERNATIVA	ALTERNATIVA	ALTERNATIVA	
			B	PESO ASIGNADO (%) + CALIFICACIÓN DE CADA ALTERNATIVA	A
			Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806		Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga
1°	La no vulneración del derecho de huelga	6*70 %	4.2	7*70 %	4.9
2°	Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo	6*65%	3.9	7*65%	4.55
3°	Falta de tipificación	-1*60%	-0.6	0*60%	0
4°	Conocimiento público de la figura	5*55%	2.75	6*55%	3.3
5°	Costos de elaboración	-5*45%	-2.25	-7*45%	-3.15
6°	Costo de publicación e implementación de la ley	-5*40%	-2	-7*40%	-2.8
7°	Costos de difusión de la figura	-3*35%	-1.05	-6*35%	-2.1
8°	No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la figura	3*25%	0.75	1*25%	0.25
RESULTADO			5.7		4.95

Nota. Con base en el puntaje se ha elegido a la opción B como la mejor alternativa.

Respecto de la Tabla 11, se desprende que la alternativa A (elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga) contiene costos y beneficios, los cuales fueron operacionalizados de la siguiente manera:

$$7*70 \% + 7*65\% + 0*60\% + 6*55\% + -7*45\% + -7*40\% + -6*35\% + 1*25\% = 4.95$$

De igual forma, la alternativa B (elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806):

$$6*70 \% + 6*65\% + -1*60\% + 5*55\% + -5*45\% + -5*40\% + -3*35\% + 3*25\% = 5.7$$

Como resultado, la alternativa A deviene en un puntaje de 4.95 y la alternativa B con un puntaje de 5.7, lo que denota que la alternativa B resulta ser beneficiosa, ya que cumple con la mayoría de los impactos positivos que se quieren alcanzar; asimismo, los costos que involucran su realización implican un presupuesto factible, llevando 0.75 puntos de diferencia a la alternativa A.

En conclusión, ante lo señalado se vislumbra que la alternativa B (elaboración de una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno que modifique el reglamento de la Ley 28806), enfocada en la metodología de análisis multicriterio, es la que se da por preferida, porque los beneficios en los que incide esta alternativa apuntan a alcanzar el objetivo de la presente investigación, que es regular de forma expresa el esquirolaje interno, y, por ende, coadyuvará a solucionar en cierto grado el problema público, buscando que no se enerven los efectos de la huelga al estar tipificada expresamente la figura como sanción dentro del reglamento de la Ley 28806, considerando que la fundamentación del tipo estaría complementada con el artículo 70 del D.S. 014-2022-TR, logrando que no se aplique implícitamente la sustitución internade trabajadores

huelguistas dentro del esquirolaje externo, dándole su posición normativa dentro del RLGIT, de manera que los actos comprendidos dentro de dicha figura y su sanción sean de conocimiento público. En suma, los costos de dicha alternativa luego de ser evaluados inciden en un porcentaje moderado, por lo que la elaboración de la propuesta normativa se basará en modificar e incorporar la figura en el artículo 25.9 del reglamento; por lo tanto, los costos de la publicación y de la difusión solamente serán conforme con dicha modificación, y los costos en los que incurriría la presente alternativa son convenientes, es decir, no ocasionan un gasto público más allá del pensado. De esta manera, poner de conocimiento el acto infractor en el que consiste la sustitución interna de los trabajadores huelguistas hará que una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, este sea menos tedioso, ya que será de entendimiento para los integrantes de la relación laboral, porque se implementará dentro de las TIC, plataformas del Estado, etc. Los costos señalados harán que se logre el efecto deseado acerca de la figura sobre la base de los pasos que se siguieron dentro de la metodología de análisis multicriterio, estudio que ayudó a valorar y calificar cada alternativa y concluir en la opción preferida.

Lo que se busca al elaborar la propuesta normativa es que se consiga incorporar la figura del esquirolaje interno dentro del artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806, es decir, que se modifique dicho apartado normativo, logrando con ello solucionar de manera pronta las consecuencias que se disipan del problema público, que ocasiona un conflicto al ser tomada de forma implícita por la Administración pública, generando incertidumbre y falta de predictibilidad en las resoluciones, ya que al no existir precedentes vinculantes causa inseguridad jurídica respecto de los actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas y su consecuente sanción, creando incertidumbre de si dicho acto resulta ser correcto o atentatorio al derecho de

huelga. Por otro lado, se busca que dentro del procedimiento administrativo sancionador se logre que la autoridad administrativa tenga sustento pleno al momento de imputar los cargos, evitando con ello contraer gastos económicos y recursos humanos innecesarios; por consiguiente, al ser interpuesto un recurso de apelación, el superior revisará la resolución emitida por el *a quo*, decisión que será impugnada por el administrado, quien ejercerá su derecho a la doble instancia y, por ende, su derecho de defensa. Entonces, si el esquirolaje interno estaría debidamente señalado dentro del RLGIT, se reduciría la cantidad de actos impugnatorios presentados respecto de la falta de tipificación y de los actos descritos con antelación.

La alternativa de solución escogida apunta a desarrollar una propuesta eficaz, confiable, práctica y económicamente óptima, que sea aceptable para todos los grupos de interés pertinentes, en este caso los integrantes de la relación laboral, se seguirán una serie de pasos, teniendo como punto de partida la meta ideal, para luego elaborar propuestas tentativas, evaluarlas y así seleccionar una propuesta final o la que mejor se adecua. En otras palabras, se hará un análisis normativo que será la descripción del “estado ideal”, en este caso al apartado referente al esquirolaje externo, en el artículo 25.9 del reglamento de la Ley 28806.

De lo antes señalado, el apartado normativo que debería ser incorporado para que modifique el artículo 25.9 del RLGIT es lo resaltado en negrita:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios,

movilizaciones o rotaciones internas de trabajadores con vínculo laboral vigente (personal propio) para efectuar labores de los trabajadores en huelga, delegando y/o incrementando labores distintas a las que realizaban habitualmente, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Discusión

La falta de regulación expresa del esquirolaje interno es el problema público que motivó esta investigación, ya que genera consecuencias al afectar el derecho fundamental de huelga, vulnerando la actividad sindical y trayendo consigo conductas obstruccionistas de los empleadores. Asimismo, iniciadas las actuaciones inspectivas, estas devendrían en cuestionables debido a la falta de tipificación, que contrae una ineficacia en la imputación de cargos, así como una deficiencia en la predictibilidad de la resolución de los casos, en la seguridad jurídica y en la celeridad en el procedimiento administrativo sancionador. Es por ello que se pretende darle una solución considerando varias alternativas, desde el hecho de **no hacer nada, capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento; elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806 y elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga**, alternativas que se han evaluado con base en una metodología de análisis multicriterio.

4.2.1. Metodología del análisis multicriterio y su adecuación

El presente estudio está orientado cualitativamente, es por ello que busca emplear una metodología que se adecue a responder el problema general y los problemas específicos que se establecen entorno al planteamiento del problema de este trabajo de investigación; de modo tal que se ha considerado utilizar la metodología del análisis multicriterio, con el fin de identificar la mejor alternativa de solución. Este método permite utilizar diversos criterios de análisis que no

necesariamente serán cuantitativos, ya que será posible calificar los impactos sin la necesidad de operaciones numéricas. Ciertamente, tal método exige un enfoque multidisciplinario y está conformado por tres conceptos primordiales: (a) objetivos, reconocer los aspectos que constituyen una solución adecuada y conveniente al problema; (b) criterios, son los indicadores determinados de cada objetivo; y (c) los pesos, son la relevancia que se le asigna a cada objetivo.

Para adecuar el AMC al problema identificado, el proceso inició con un descarte continuo de las opciones regulatorias y no regulatorias que se fueron presentando, es decir, se establecerán alternativas a partir de su capacidad para el cumplimiento de determinados criterios (costos y beneficios), y a través de las preferencias que cada una presentará, cuya orientación es dar solución al problema público, tomando en cuenta, durante el desarrollo, a aquellos criterios que serán más favorables, más deseables y que surtirán mayor importancia al momento de presentar una solución al problema que devendría en regular de forma expresa el esquirolaje interno en materia laboral, concerniente al derecho de huelga. Es por ello que en el transcurso de esta metodología se asignó un valor a las alternativas luego de evaluarlas conforme con sus objetivos; de igual forma, al hacer una comparación de manera individual de cada alternativa con los criterios de evaluación que presentaban, con la finalidad de determinar qué opción conllevaba mayores impactos positivos (la no vulneración del derecho de huelga, la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, conocimiento público de la figura y no incurrir en costos para una modificación o incorporación de la figura) y cuál incurría en menores gastos (costos de elaboración, publicación, implementación de la ley, falta de tipificación y difusión de la figura), a fin de ponderarlos de forma cualitativa.

4.2.2.Desarrollo de la Metodología del Análisis Multicriterio

Para lograr los objetivos de esta investigación es necesario que la metodología de análisis multicriterio se desenvuelva en un ciclo regulatorio a través de la siguientes fases: (1) establecer los objetivos, (2) identificar las alternativas regulatorias, (3) establecer los criterios de evaluación, (4) calificar y evaluar el desempeño de cada alternativa, (5) asignar pesos a cada criterio de evaluación, (6) calcular la combinación de pesos y calificaciones, y (7) evaluación final y elección de la mejor alternativa.

En la primera fase, se desarrollan los objetivos del problema público encontrado:

- a) Regular el esquirolaje interno con base en la metodología del AIR.
- b) Dar a conocer la figura a los integrantes de la relación laboral.
- c) Facilitar la labor inspectiva.

Para el segundo paso, se identificaron varias alternativas, entre ellas, regulatorias, no regulatorias y una que consistía en dejar las cosas en el estado actual, es decir, sin cambio alguno. Para ello, se seleccionaron solo las que mejor se adecuaban, las más factibles y viables, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico, sociolaboral y político. Tales opciones son las siguientes:

- a) Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral, referente al derecho de huelga.
- b) Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806.

- c) Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento.
- d) No hacer nada

Posteriormente, se establecieron criterios de evaluación para cada alternativa, para lo cual se creó un cuadro de doble entrada que facilitó la evaluación, comparación y ponderación de los criterios con los respectivos objetivos de cada alternativa. Como señala el manual: “estos criterios deben estar relacionados con los objetivos identificados y permitir que las alternativas sean calificadas, los criterios deben tener una ponderación para determinar su importancia en relación con otros” (SGP PCM, p. 34). Cada criterio establecido, luego de ser evaluado, tuvo un puntaje (valor que osciló entre 1 y 6), con base en la fundamentación y motivación que se le dispuso, desplegándose de la siguiente manera:

- a. Respecto de la alternativa Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, su objetivo es:
 - a.1. La regulación del esquirolaje interno con base en la metodología del AIR; sus impactos positivos son la no vulneración del derecho de huelga, la tipificación, la aplicación del AIR y la seguridad jurídica; en cuanto a sus impactos negativos, los costos de elaboración y la unificación de la propuesta normativa.
- b. Respecto de la alternativa Capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en caso de incumplimiento, su objetivo es:
 - b.1. Que los integrantes de la relación laboral tomen conocimiento de la figura; en atención a sus impactos positivos se tiene el conocimiento público de la figura y las prácticas

positivas para que se enerven los efectos del derecho de huelga; en cuanto a sus impactos negativos, los costos de la difusión de la figura, la falta de acceso a las TIC y la aplicación de la figura de forma implícita.

- c. Respecto a la alternativa Elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral, referente al derecho de huelga, se tiene como objetivo:

c.1 Facilitar la labor inspectiva; en cuanto a sus impactos positivos, la dación de la ley contrayendo un impacto imperativo, la aplicación dentro del sistema inspectivo y demás normas laborales concernientes al derecho de huelga, la predictibilidad en la resolución y la brevedad en la resolución de los casos; como impactos negativos, los costos de la publicación e implementación de la ley, la unificación de la propuesta normativa dentro de la materia laboral, el tiempo de adecuación y la demora en la interiorización de la figura.

- d. Respecto a la alternativa de no hacer nada, su objetivo es:

d.1 Mantener las cosas en el estado actual. Cuenta con los siguientes impactos positivos: no incurrir en costos para una modificación o incorporación de la figura y no incurrir en costos de capacitación; sus impactos negativos son la falta de tipificación, las conductas obstruccionistas, la aplicación de la analogía, la falta de predictibilidad en la resolución de los casos, la falta de celeridad en el procedimiento administrativo sancionador y el desconocimiento de la figura.

En la cuarta fase, el manual refiere que “se busca calificar y evaluar el desempeño de cada una de las alternativas, de acuerdo con los criterios de evaluación definidos en la fase anterior” (SGP PCM, p. 36). En esa línea, tras calificar los impactos positivos y negativos, se seleccionaron por alternativa los criterios que contaban con los puntajes más altos, teniendo en cuenta su contenido y la magnitud que coadyuvó para determinar cuál sería la más beneficiosa o la que incurría en menos costos; para ello, se ha adecuado un cuadro de doble entrada, en el cual se ha relacionado y calificado partiendo de una línea base (puntaje 0), opción de no hacer nada, para luego calificar con puntaje positivo (1- 8) a los criterios de evaluación beneficiosos, y con un puntaje negativo (-1 a -8) a los criterios de evaluación negativos. El mayor puntaje positivo, es decir, con mayores beneficios, lo obtuvo la alternativa de elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga; no obstante, también es la opción que cuenta con mayor puntaje negativo, es decir, es la alternativa que incide en mayores costos. Cabe destacar que la alternativa de elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifica el reglamento de la Ley 28806, es la que preside a la anterior, contando de manera similar en la mayoría de beneficios con un puntaje positivo alto, entendiéndose que la diferencia sería ínfima. De manera similar, respecto al puntaje negativo, se puede ver que esta alternativa incurre de cierta forma en menos costos.

Para el siguiente paso, a cada criterio de evaluación se le asignó un peso. Considerando su grado de importancia, de manera porcentual se ubicaron de la siguiente manera:

- La no vulneración del derecho de huelga (70%)
- Dación de la ley contrayendo un impacto imperativo (65%)

- Falta de tipificación (60%)
- Conocimiento público de la figura (55%)
- Costos de elaboración (45%)
- Costo de publicación e implementación de la ley (40%)
- Costos de difusión de la figura (35%)
- No incurrir en costos para una modificatoria o incorporación de la figura (25%)

Para la penúltima fase, se evaluó cuantitativamente el porcentaje asignado a cada criterio de evaluación, determinados en la fase anterior, con los puntajes resultantes en la fase 4, respecto al desempeño de las alternativas; para ello, se utilizó la fórmula establecida en el manual, teniendo como resultado en cifra decimal con los puntajes más altos a las alternativas regulatorias:

- Alternativa A: elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral, referente al derecho de huelga.
- Alternativa B: elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806.

Finalmente, en la fase 7 se evaluaron los puntajes de las alternativas A y B (peso asignado + calificación de cada opción), teniendo con un producto de 4.95 a la alternativa A y con un puntaje de 5.7 a la alternativa B; por ende, esta última abarcaría mayores beneficios, y los costos para aplicarla serían menos elevados, es decir, resultó ser más factible, viable y conveniente.

4.2.3. Evaluación y resultado de la alternativa preferida

Tras la evaluación, los resultados fueron considerados los adecuados, porque se siguió una metodología con base en un análisis de impacto regulatorio, habiendo enfocado primeramente el problema público que se quiere solucionar, el contexto (antecedentes y estado actual) en el que este se iba a desarrollar, los sujetos intervinientes y afectados, para entender cuáles serían las posibles soluciones (alternativas). Si bien es cierto fue desarrollado de forma cualitativa, la comparación se realizó según lo efectuado al inicio de la investigación y con base en evidencia.

En efecto, una vez establecidas las alternativas de solución, con la ayuda de un cuadro comparativo, se desmembró cada una con la finalidad de determinar los impactos positivos (beneficios) y los impactos negativos (costos) que podrían tener; es decir, sistemáticamente se ha comparado y calificado, determinando el grado de beneficio que cada alternativa acarrearía y los costos que implicaría materializar cada una. Después de dicha evaluación se descartaron las opciones de no hacer nada y la no regulatoria (capacitar); como resultado, se ponderaron las dos alternativas regulatorias, puesto que cada una estaba orientada a solucionar de forma efectiva el problema acaecido, ya que había una diferencia mínima en cuanto a los impactos positivos.

Sin embargo, en cuanto a los costos, se ha considerado a la alternativa que incidía en menos gastos, teniendo en cuenta el estado actual del presupuesto público nacional, ya que la alternativa A, al ser un proyecto de ley, está compuesta por: título, capítulo, artículos, disposiciones y anexos; por tal motivo es más costosa, a comparación de una propuesta normativa que está dirigida a modificar un articulado en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Por último, luego de haber comparado ambas alternativas, **elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral**

referente al derecho de huelga y elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, se determinó que la alternativa que mejor se adecua a solucionar el problema público es la de elaborar una propuesta normativa, con el objetivo de modificar e implementar el esquirolaje interno dentro del reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, a razón de que una vez implementada, no vulnerará el derecho de huelga; por ende, emitida la norma contraerá un impacto imperativo, y será de conocimiento público. Asimismo, servirá como instrumento útil para la labor inspectiva, por lo que el gasto público de los costos de elaboración, de la difusión de la figura y de la publicación e implementación de la ley serán menores y viables.

4.2.4.Enfoque de los costos y beneficios de la alternativa

Costos. Elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno, que modifique el reglamento de la Ley 28806, no generará económicamente gastos fuertes para el Estado. En cuanto a los costos de elaboración, será necesario el uso de normas comparadas, resoluciones, artículos de opinión y todo material que implique un gasto económico para elaborar la norma. Asimismo y de forma previa será sustancial contar con una consulta pública para recabar opiniones de los sujetos y de las organizaciones más representativas que potencialmente se verían afectadas (empleadores, sindicatos, trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados).

Respecto a la difusión, los costos se verán reflejados cuando se dé el conocimiento público a través de los medios de comunicación, aplicaciones y TIC. Cabe señalar que, sin perjuicio de la consulta previa, una vez redactado el texto legislativo, este se pondrá a disposición a través de los portales web de la entidad correspondiente, con el objeto de que los ciudadanos puedan exponer sus opiniones y aportaciones adicionales en el caso de que comprueben o encuentren alguna

afectación a sus derechos o intereses legítimos, con el fin de ser recabadas y revisadas. Por otro lado, una vez consentida la propuesta normativa, es decir, ya aprobada y publicada, esta se dará a conocer mediante seminarios, charlas y capacitaciones, los mismos que no conllevarán en la medida de su incorporación y adecuación un impacto económico elevado.

Para la publicación e implementación, los costos en los que se incidirá están referidos al registro del trámite documentario, enumeración de la propuesta normativa, costo que implicaría el traspaso por las comisiones, por el consejo que verificará su implementación y el filtro que pasará por el Poder Ejecutivo, a fin de que sea publicado y divulgado en el diario *El Peruano* y demás plataformas del Estado. La alternativa elegida señala solamente la incorporación expresa de la propuesta normativa que se presentará más adelante, dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806), por lo que, como señaló Rovira, “no generaría gasto”, ya que, según el contexto de esta investigación, servirá de información complementaria al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas (Participación Ciudadana, 2018). Asimismo, aclararía el panorama de la figura (esquirolaje interno), pues “ofrecería un marco normativo que brinde seguridad jurídica” (Participación Ciudadana, 2018), en este caso a los sujetos intervinientes de la relación laboral.

Es importante señalar que todos los gastos que involucran la realización de proyectos normativos comprenden parte del presupuesto público, el cual pasará por una fase de formulación y aprobación presupuestaria a fin de que se ejecute el presupuesto designado; por lo tanto, el costo de su adecuación en las plataformas de Sunafil y del Ministerio de Trabajo, entidades competentes, estará comprendido dentro de ese presupuesto.

Beneficios. Los impactos positivos que comprende esta alternativa de solución serían los siguientes:

- La no vulneración del derecho de huelga, pues el derecho de huelga es un derecho fundamental y su práctica debe ser cautelada a fin de garantizar la libertad sindical; asimismo, este derecho promueve y defiende los intereses sociales y económicos de los trabajadores y empleadores. Teniendo en cuenta que existen actos que enervan los efectos del libre ejercicio de la huelga, se busca su protección.
- El conocimiento público de la figura va acorde con el orden e interés público y social, puesto que brinda seguridad jurídica, porque si los sujetos intervinientes tienen pleno conocimiento de los actos que vulneran el libre ejercicio del derecho de huelga podrán denunciarlos y, por otro lado, el empleador evitará incidir en la sustitución de trabajadores huelguistas (esquirolaje interno).
- La dación de la ley contrayendo un impacto imperativo es un beneficio que se manifestará una vez expedida la ley, ya que contraerá una sanción, donde las normas jurídicas y reglas deberán ser observadas sin margen para ser eludidas, beneficiando a los integrantes de la relación laboral.

4.2.5.Propuesta normativa

A raíz de este trabajo de investigación, y establecida la alternativa de solución, se consideró adecuar de manera expresa la figura del esquirolaje interno dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, en el artículo 25.9, con el objeto de hacer una distinción explícita entre los tipos de sustitución de trabajadores huelguistas (externa e interna), teniendo en cuenta

que a la actualidad se tienen presentes instrumentos normativos que hacen referencia de manera general a la medida de “sustitución”, dentro del Ante Proyecto del Código de Trabajo y en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, por lo que se busca que en este reglamento se haga una diferencia clara, entendible y delimitada entre el ya incorporado “esquirolaje externo” y el que se vendría a incorporar, “esquirolaje interno”, de la siguiente forma:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios; **movilizaciones o rotaciones internas de trabajadores con vínculo laboral vigente, propio personal, para efectuar labores de los trabajadores en huelga, delegando y/o incrementando labores distintas a las que realizaban habitualmente;** y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

4.2.6. Alcances complementarios

Ciertamente, esta alternativa de solución siguió un proceso basado en una metodología de análisis de impacto regulatorio. Se debe tener en cuenta que uno de sus componentes hace referencia a la identificación, descripción de los mecanismos de monitoreo, supervisión y evaluación del cumplimiento, paso que ha sido incorporado en el desarrollo, debido a la naturaleza del presente estudio y entendiéndose que se llevaría a cabo una vez aprobada e incorporada la propuesta normativa. No obstante, se realizó una prospectiva respecto a esta: el mecanismo de cumplimiento por usar sería, en primer lugar, por medio de acciones de orientación, realizadas por los inspectores de trabajo y utilizadas cuando se quiera determinar si la huelga es legal o ilegal,

dirigida tanto a empleadores como a los trabajadores sindicalizados; en segundo lugar, por medio de acciones preventivas de orientación que son actuaciones de consulta; en tercer lugar, por las acciones de asistencia técnica, que es el asesoramiento técnico, llevado a cabo cuando se genera la declaratoria de la ilegalidad de la huelga, empleando así los distintos canales de comunicación, como Sunafil responde; en cuarto lugar, con base en protocolos para el personal inspectivo y, por último, con la implementación de multas y sanciones administrativas.

Asimismo, concerniente al monitoreo, en primer lugar, se llevaría a cabo por medio de aplicativos propios de Sunafil como Modelos Predictivos, denuncias virtuales y, posteriormente, a través de las “órdenes de inspección”, teniendo en cuenta que por medio de la inspección laboral se evaluaría si se está cumpliendo con la regulación de la figura; y, en segundo lugar, se realizarían encuestas, entrevistas telefónicas, presenciales o en línea de forma focalizada, para evaluar si se está tomando conocimiento de la figura por parte de los integrantes de la relación laboral, y si la regulación del esquirolaje interno llegó a facilitar la inspección laboral al personal inspectivo.

Ahora bien, ya enfocados en la situación actual, el Perú como país ha ido evolucionando en su calidad regulatoria, pero de manera muy superficial en cuanto a la elaboración, emisión y aplicación de un instrumento normativo. Ello se denota en la emisión inoportuna, inadecuada y acelerada del Decreto Supremo N.º 014-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual ha generado controversia en cuanto a su contenido, demarcando una brecha entre empleador y trabajador. De igual forma sucede con la emisión del Anteproyecto de Código del Trabajo, al causar un desacuerdo respecto al alcance de ciertos apartados normativos.

Teniendo en cuenta ello, en referencia al tema de esta investigación, en ambas normas se menciona de forma general lo concerniente al reemplazo de trabajadores huelguistas. Si bien es cierto no se especifica ni se ahonda explícitamente en los tipos de esquirolaje, en sentido estricto se estaría prohibiendo al empleador el acceso de cualquier trabajador al centro de labores durante la medida de huelga y, por ende, realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio del derecho en mención.

Cabe anotar que si bien las normas no aluden al esquirolaje interno, la prohibición total de reemplazar trabajadores en el centro de labores durante la huelga da a entender que el esquirolaje interno no podrá llevarse a cabo; sin embargo, esta figura no se encuentra señalada como debiera en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, instrumento jurídico que es el eje central para el desempeño de los inspectores a la hora de fiscalizar el cumplimiento de las normas sociolaborales. Debido a ello, la alternativa de solución propuesta serviría de complemento al entender la necesidad de señalar de forma expresa los tipos de esquirolaje (externo e interno), diferenciándolos dentro del RLGIT. Por ese motivo, el escenario por el que viene atravesando la modificación respecto al artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no debería entrar en controversia, puesto que resulta necesaria su incorporación y adecuación dentro del ámbito del derecho laboral concerniente al derecho de huelga, ya que servirá como complemento para el inspector, al momento de sustentar la calificación del tipo infractor en el que se incurra.

No obstante, toda norma debe ser objeto de un consenso tripartito y pasar también por el tamiz de un Análisis de Impacto Regulatorio, para evitar que a futuro se produzca un conflicto social y que no cumpla con los efectos deseados; por ello, se debe evaluar la iniciativa normativa de forma rigurosa con base en una metodología, siguiendo un ciclo regulatorio. En primer lugar, el

análisis del contexto, que comprende la identificación de afectados, la magnitud y el diagnóstico del problema. En segundo lugar, la identificación y el desarrollo de los objetivos de acuerdo con el problema público, los cuales deberán ser específicos, medibles, alcanzables, realistas y acotados en el tiempo. En tercer lugar, identificar y desarrollar las alternativas regulatorias y no regulatorias, con la finalidad de no pensar automáticamente en una normativa, sino sondear otras posibilidades. En cuarto lugar, deben evaluarse los impactos de las alternativas de solución, con el objetivo de valorar y comparar los impactos que se desprenderán de cada opción, es decir, los costos y beneficios, y, por consiguiente, arribar con la mejor alternativa. En quinto lugar, identificar, describir y desarrollar los mecanismos de implementación y cumplimiento, con el fin de especificar las estrategias que conducirán a su ejecución, considerando un plan que amortigüe los posibles riesgos que se puedan presentar. Por último, la sexta fase consiste en identificar, describir y desarrollar los criterios y mecanismos de monitoreo y evaluación del cumplimiento, con el propósito de verificar si la regulación o la alternativa escogida se viene cumpliendo conjuntamente con el uso de indicadores, unidad que permitirá medir el progreso del logro de los objetivos. En pocas palabras, no bastará con solo lograr el objetivo, sino que será necesario e indispensable identificar si el resultado logrado es efectivo y eficiente, es decir, si la acción tomada ha producido los cambios esperados, transformando la situación problemática en la que se venía incurriendo.

En síntesis, se están generando normas carentes de un adecuado análisis, que provocan y agudizan el conflicto social, lo cual repercute en una disidencia laboral en cuanto al contexto de esta investigación; por tal motivo, se busca conseguir una buena regulación, es decir, generar normas que sean objeto del consenso, con el fin de alcanzar una eficiencia y equilibrio en la relación de los sujetos laborales. En ese sentido, debe entenderse qué tan eficaz y eficiente puede

ser la solución regulatoria para alcanzar el fin deseado y lograr una buena regulación, ya que la ausencia de una política de calidad regulatoria genera consecuencias como la informalidad, la ilegalidad y el aumento de trámites burocráticos, con los consiguientes costos innecesarios, además de limitar el desarrollo económico, causar incertidumbre institucional y propiciar la vulneración de los derechos fundamentales.

Por último, y no por ello menos importante, durante el desarrollo de esta investigación se advirtió que existen otros tipos de esquirolaje, los cuales son campos de estudio, con aristas diferentes, que deben ser materia de investigación a futuro. Entre estos tenemos el esquirolaje tecnológico y el comercial, figuras que se encontrarían en cierta manera comprendidas dentro del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en el Anteproyecto de Código del Trabajo, las cuales deberían ser tratadas con base en un análisis de impacto regulatorio, para así determinar si es necesario que se positivicen dentro del RLGIT, estableciendo si configura sanción muy grave, grave o leve.

Conclusiones

- La presente investigación pudo determinar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno en materia del derecho de huelga; sin embargo, debido al análisis de impacto regulatorio que se usó para evaluar dicha regulación, teniendo en cuenta los impactos positivos y negativos, se pudo verificar que resulta conveniente que esta se incorpore dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, modificándose el artículo 25.9.
- La aplicación implícita de la figura del esquirolaje interno conlleva una falta de regulación expresa, problema público que causa una vulneración al derecho de huelga, genera prácticas que enervan los efectos de la medida y provoca una falta de seguridad jurídica; por ende, una ausencia de brevedad y predictibilidad en la resolución de los casos. Por tal motivo, tras lo analizado, se pudo atisbar la importancia de la tipificación de dicha figura, es decir, su regulación explícita sin que conlleve una sobrerregulación.
- Luego de identificado el problema público, se establecieron cuatro alternativas de solución, entre regulatorias y no regulatorias: (a) dejar las cosas en el estado actual (no hacer nada), (b) capacitar presencialmente y mediante TIC, e imponer una sanción en el caso de incumplimiento; (c) elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno que modifique el reglamento de la Ley 28806, y (d) elaborar una propuesta de ley que regule la figura del esquirolaje interno para ser incorporada dentro de la materia laboral referente al derecho de huelga.
- Tras evaluar individualmente cada alternativa de solución planteada para el problema público identificado, se determinó mediante el empleo de una metodología de análisis multicriterio que la

mejor alternativa de solución es elaborar una propuesta normativa respecto al esquirolaje interno que modifique el reglamento de la Ley 28806, la cual trae consigo mayores beneficios o impactos positivos (la tipificación de la figura, generación de seguridad jurídica, protección al derecho de huelga y la aplicación del AIR) e impactos negativos, costos, que resultan tolerables y no perjudiciales (la unificación de la propuesta normativa dentro del Reglamento de la Ley 28806 y los costos de la elaboración de la propuesta normativa).

- Dentro del contexto del pacto social, implementar una norma laboral basada en un adecuado análisis, evaluación y enfoque con el fin de que se señale expresamente lo referente al esquirolaje interno evitaría, a futuro, un conflicto social entre los sujetos de la relación laboral, en este caso entre empleadores y trabajadores, tanto sindicalizados como no sindicalizados. Además, mejoraría el ambiente laboral, conllevando con ello a alcanzar el bienestar común dentro de una sociedad.
- La cantidad de normas emitidas en el Perú han resultado durante años, en su gran mayoría, ineficientes, creaban un vacío, no eran coherentes o no alcanzaban el objetivo para el cual estaban orientadas ni se adecuaban a la realidad nacional; por tal motivo, se modificaban e incluso llegaban a derogarse. Por ello, considerando los estándares internacionales para una adecuada regulación establecidos por la OCDE, con el fin de tener un orden estratégico para el desarrollo armónico, social y descentralizado de un país, y a su vez generar buenas prácticas regulatorias, se llegó a considerar importante seguir dichas prácticas, es decir, antes de emitir una norma, es necesario evaluarla y estudiarla con base en un análisis de impacto regulatorio.
- El Perú como país ha ido evolucionando respecto de su calidad regulatoria, pero de manera muy superficial en cuanto a la elaboración, emisión y aplicación de normas, lo cual se denota en la emisión acelerada del Decreto Supremo N.º 014-2022-TR, que modifica el Reglamento de La Ley

de Relaciones Colectivas de Trabajo, que ha generado controversia en cuanto a su contenido, demarcando una brecha entre empleador y trabajador, por lo que es necesario analizar toda iniciativa normativa, es decir, hacer uso de una metodología de análisis de impacto regulatorio con el fin de evitar posibles desequilibrios, antinomias y conflictos sociales.

- Cuando se busca modificar, implementar y diseñar una norma, se debe tener una apreciación preliminar de lo que se quiere solucionar; lo principal es identificar el problema público, además de los objetivos, las alternativas con sus impactos positivos y negativos, para así seleccionar la mejor opción; posteriormente, se deben poner en práctica los mecanismos de cumplimiento y, en consecuencia, evaluarla y monitorearla, para verificar si la norma resultó ser eficaz y eficiente.
- A pesar de haberse regulado en el Decreto Supremo N.º 014-2022-TR de forma general el acto de sustitución de trabajadores huelguistas, no se estaría configurando de forma expresa la sanción correspondiente al esquirolaje interno, específicamente dentro del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, instrumento que establece solo al esquirolaje externo como infracción “muy grave”, disminuyendo su efectividad como herramienta eficaz y equipada para facilitar la labor inspectiva.
- Si el fin de una fiscalización laboral es el cumplimiento de las normas sociolaborales, entonces el personal inspectivo al tener un rol importante en esta, debería contar con un instrumento jurídico debidamente delimitado, con el fin de subsumir los hechos al tipo legal acaecido, y no concurrir en una falta de tipicidad, ya que contraería consecuencias para el administrado en cuanto a una vulneración de su derecho de defensa, y para la Administración pública en una inadecuada imputación; por ende, una extensión innecesaria del procedimiento administrativo sancionador que genera una ausencia de celeridad y economía procesal.

- El empleo de la metodología del análisis de impacto regulatorio para demostrar la viabilidad de la regulación expresa del esquirolaje interno servirá como base para futuras investigaciones; y tener un soporte de evaluación dentro de la materia laboral concerniente al derecho de huelga evitará futuros conflictos sociales entre los integrantes de la relación laboral, como los que se vienen viendo a la fecha.

Recomendaciones

- Se recomienda que dentro del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, el análisis de impacto regulatorio no tenga limitaciones en aplicarse a las normas en general, sin que prescinda el rango legal, puesto que el Poder Legislativo tiene como función constitucional el legislar; por lo tanto, es el poder que tendrá mayor responsabilidad a la hora de emitir y aprobar las propuestas normativas. Desde ese punto, resulta necesario e indispensable la aplicación de una metodología basada en un AIR dentro de ese ámbito.
- Es necesario resaltar que para promover una cultura de calidad de servicio, será indispensable obtener una mejora regulatoria, recomendando la aplicación de una metodología con base en un análisis de impacto regulatorio por parte de las entidades públicas, para que las funciones básicas del Estado sean mínimamente garantizadas y cumplan a cabalidad su rol asignado, promoviendo la celeridad en los procedimientos y el fortalecimiento de la institucionalidad, y así contribuir integralmente a la sociedad en su conjunto.
- La presente investigación pudo advertir que el esquirolaje no solo se limita a los tipos externo e interno, sino también a la sustitución tecnológica; por ende, se recomienda que futuros estudios apliquen un análisis de impacto regulatorio para determinar el estado, aplicación y viabilidad de incorporar o no dicha figura normativamente.

Referencias

- Alarcó, A. (8 de febrero de 2021). El poder legislativo ante la Covid-19. *Gaceta Médica*.
<https://gacetamedica.com/mas/anuario/el-poder-legislativo-ante-la-covid-19/>
- Arriola, G. (2018). *A propósito de la sobrerregulación municipal en el Perú: el análisis de calidad regulatoria como potencial solución* (Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, Perú).
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/11790>
- Carbajales, M., (enero-junio de 2019). Hacia una definición jurídica de regulación económica. *Revista Republicana*, (26), 43-66. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2019.v26.a59>
- Coca, S. (19 de noviembre de 2020). Aplicación analógica de la ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil). *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/aplicacion-analogica-ley-titulo-preliminar-codigo-civil/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Compendio sobre derechos laborales y sindicales: estándares interamericanos*.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/74762>
- Congreso de la República, Secretaria Técnica de Oficialía Mayor. (s.f.). Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/sobreelcongreso/>

- Congreso: Podemos Perú ahora plantea congelar por 120 días incluso las deudas renegociadas. (2020). *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/congreso-podemos-peru-ahora-plantea-congelar-por-120-dias-incluso-las-deudas-renegociadas-noticia/>
- Cortés, J. & Álvarez, S. (2017). *Manual de redacción de tesis jurídicas*. México: Amate. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2018/000292104/000292104.pdf>
- D. S. No 063-2021-PCM. (1 de abril de 2021). Decreto supremo que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante. *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-que-desarrolla-el-decreto-supremo-n-063-2021-pcm-19403842>
- DeConceptos. (3 de junio de 2011). Concepto de pacto social. *DeConceptos.com*. <https://deconceptos.com/ciencias-sociales/pacto-social>
- Espejo, D. (2018). *La regulación del esquirolaje interno en el reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo como un supuesto de afectación del derecho de huelga* (Tesis de licenciatura, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Escuela de Derecho. Chiclayo, Perú). <http://hdl.handle.net/20.500.12423/1242>
- Espinoza, F. (octubre de 2012). ¿La sustitución de trabajadores en huelga mediante el esquirolaje interno constituye una infracción administrativa? *Boletín del Ministerio de Trabajo*, (22). http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_22/doc_boletin_22_02.pdf

- Fernández, M., Urteaga, P., & Verona, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
<https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/16192021/Guia-de-Investigacion-en-Derecho.pdf>
- Fernández, C. (2020). *El esquirolaje interno en el sistema inspectivo. ¿Configura una infracción muy grave?* (Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, Perú). <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16011>
- Grau, C. (2018). A nuevos tiempos, nuevas amenazas sobre el derecho de huelga: del absoluto desbordamiento de la prohibición de esquirolaje y del nuevo esquirolaje comercial o mercantil. *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 1(5), 103-119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6774669>
- Gravel, E., Duplessis, I., & Gernigon, B. (2001). *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087816.pdf
- Gutiérrez, W. (2005). *Constitución Política del Perú comentada* (Tomo 1). Gaceta Jurídica.
<https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constittucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-i.pdf>
- HacerPerú. (15 de junio de 2020). La pandemia y el Legislativo. <https://hacerperu.pe/la-pandemia-y-el-legislativo/>

Huarcaya, C. (2015). *Derecho de huelga, esquirolaje e inspección laboral* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima, Perú).

<http://hdl.handle.net/20.500.12404/6338>

IDRA Capacitaciones. (20 de febrero de 2022). *Calidad regulatoria y análisis del impacto regulatorio* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=zb2PKDDGPpE>

Leal, S. (2015). *La problemática de la sustitución de trabajadores huelguistas: una visión práctica* (Trabajo de grado, Universitat Autònoma de Barcelona).

https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133241/TFG_sleallopez.pdf

Meléndez, D. (2018). *Análisis de Impacto Regulatorio de propuesta de mejora en la comercialización de balones de gas licuado de petróleo (GLP) en el Perú (Lima-Callao)* (Tesis de maestría, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Escuela de Postgrado. Lima, Perú). <http://hdl.handle.net/10757/624665>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022). *Informe final: Comisión Sectorial encargada de elaborar una propuesta de Anteproyecto de Código del Trabajo (Resolución Ministerial N.º 232-2021-TR)*. Lima: Autor. <https://bit.ly/3F4Le5W>

Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (12a ed.), Tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/LPAG-comentada-T1-2017-Morón-Perú.pdf>

Muñiz, M. (2019). Un nuevo contrato social para la era digital. En *El trabajo en la era de los datos*. Madrid: BBVA. <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/un-nuevo-contrato-social-para-la-era-digital/>

Nieto, P. (2007). W. Sanguinetti Raymond: *Los empresarios y el conflicto laboral. (Del cierre a la defensa de la producción)* [Reseña de libro]. *Justicia Laboral*, (29), 301-302.

<http://hdl.handle.net/10016/24917>

Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá. (1948). Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. *Derecho Internacional Público* [12 de octubre de 2011].

<https://www.dipublico.org/3517/carta-internacional-americana-de-garantias-sociales-1948/>

Oficina Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (6a ed.). Ginebra: Autor.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). (2017). *Período de prueba del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA): procedimiento que propone la mejora del mecanismo de las licitaciones para la contratación de suministros de electricidad*. Lima: Autor.

https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/RIA/RIA-5-Mejora-mecanismo-licitaciones-contratacion-SE.pdf

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán). (2020). *Informe de Análisis de Impacto Regulatorio: Procedimiento de revisión del Reglamento General de Tarifas del Ositrán - RETA*. Lima: Autor.

<https://www.ositrán.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2021/02/informe-ria-reta.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2016). *Política*

regulatoria en el Perú: uniendo el marco para la calidad regulatoria.

<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Política-Regulatoria-en-el-Perú-aspectos-clave.pdf>

Organización de los Estados Americanos, Secretaría General. (17 de noviembre de 1998).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: Protocolo de San Salvador. Serie sobre

tratados No. 69, OEA/Ser. A/44 (SEPF), 2016. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2012). *Manual para la formación de*

formadores(as) de líderes(as) afrodescendientes en las Américas [Anexos].

https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2010). Informe en el que el Comité pide que se le

mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 357, junio 2010. OIT.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMP_LAINT_TEXT_ID:2911827

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2015). Condiciones de trabajo.

<https://www.ilo.org/global/topics/dw4sd/themes/working-conditions/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (2016). Historia de la OIT.

<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (6a ed.). Ginebra: Autor.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Padilla, M. & Huamán, J. (5 de abril de 2019). Informe N° 00039-GPRC/2019: Declaración de calidad regulatoria del Proyecto de Instructivo General de Contabilidad Separada (IGCS) y su Procedimiento de Aplicación (PACS) [Osiptel].

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1532082/%20Informe%20N%C2%B0%20039-GPRC/2019.pdf>

Paniagua, V. (1987). La publicidad y publicación de las normas del Estado: el caso de los decretos supremos no publicados. *Thémis*, (6), 17-22.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11489/12009>

Participación Ciudadana. (3 de octubre de 2018). *Conferencia: ¿Cómo se elabora un proyecto de ley?* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=eNbH6YzmFbU>

Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Gestión Pública (SGP PCM). (2022). *Manual de metodologías para la evaluación de impactos del AIR Ex Ante*. Lima: Autor.

<https://bit.ly/3VwedoM>

Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Gestión Pública (SGP PCM). (2021). *Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR)*. Lima: Autor.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2487669/Manual_AIR.pdf.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Gestión Pública (SGP PCM). (2021). *Manual para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante (AIR)*. Lima: Autor.
<https://bit.ly/3ELzbcP>

Presidencia del Consejo de Ministros, Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio (SSAR). (2021). *Plan de implementación del Análisis de Impacto Regulatorio ExAnte para entidades públicas del Poder Ejecutivo*. Lima: Autor.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1957000/Plan%20Implementacion%20AIR%20Ex%20Ante.pdf.pdf>

Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento* (4a ed.). Lima: Gaceta Jurídica. <http://librosderecho Peru.blogspot.com/2012/04/como-hacer-una-tesis-de-derecho-y-no.html>

Real Academia Española. (2022). Esquirol. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*.
<https://dpej.rae.es/lema/esquirol>

Ríos, C. (2019). *Guía para la realización de trabajos de investigación*. Huancayo: Universidad Continental. <https://drive.google.com/drive/u/4/recent>

Rousseau, J. (2017). *El contrato social* [1762]. México: Partido de la Revolución Democrática.
https://prd.org.mx/libros/documentos/El_contrato_social.pdf

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (24 de octubre de 2016). Casación Previsional N° 3480-2014. Lima.
https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/06/Casaci%C3%B3n-3480-2014-Lima-Legis.pe_.pdf

Sijufor. (20 de marzo de 2019). El contrato social. <https://www.sijufor.org/informacioacuten-relevante-en-materia-juriacutedica/el-contrato-social>

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil). (2015). Resolución de Intendencia N.º 576-2015-SUNAFIL/ILM. [https://drive.google.com/file/d/0B08-](https://drive.google.com/file/d/0B08-Xp1bRNSBa1YtX04tbmIyQTQ/view?resourcekey=0-ulE4xSm9RsQ0MpSrZpjUYg)

[Xp1bRNSBa1YtX04tbmIyQTQ/view?resourcekey=0-ulE4xSm9RsQ0MpSrZpjUYg](https://drive.google.com/file/d/0B08-Xp1bRNSBa1YtX04tbmIyQTQ/view?resourcekey=0-ulE4xSm9RsQ0MpSrZpjUYg)

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil). (2016). Resolución de Intendencia N.º 229-2016-SUNAFIL/ILM.

<https://drive.google.com/file/d/0B0Sq5H7U7kO2Zm9UWGl2SXR5czg/view?resourcekey=0-X98rjIXFXL9g2W39YGkG-g>

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral del Perú. (8 de agosto de 2020). ¡Atención!

Por formar parte de un sindicato o querer afiliarte a uno, no pueden verse perjudicados tus derechos laborales. [Imagen adjunta: Son actos antisindicales:] [Publicación de estado]. Facebook.

<https://www.facebook.com/photo?fbid=363062302681150&set=pcb.363062442681136>

Tarazona, M. & Morillo, A. (2021). *Manual de relaciones colectivas de trabajo* [Libro electrónico]. Lima: Gaceta Jurídica.

[https://epub37cdd0d595f45f18b0c84c7ec1c22ec9.odilo.us/#/a7c1b46e-699e-47f5-8886-](https://epub37cdd0d595f45f18b0c84c7ec1c22ec9.odilo.us/#/a7c1b46e-699e-47f5-8886-285cb1c4a993/231e3ede6bf2c5f9792227c2d1c94511489b1dc8f493019f34df9957dd9ba1)

[285cb1c4a993/231e3ede6bf2c5f9792227c2d1c94511489b1dc8f493019f34df9957dd9ba1](https://epub37cdd0d595f45f18b0c84c7ec1c22ec9.odilo.us/#/a7c1b46e-699e-47f5-8886-285cb1c4a993/231e3ede6bf2c5f9792227c2d1c94511489b1dc8f493019f34df9957dd9ba1)
9c

Torres, D. (2018). *El esquirolaje interno como práctica vulneratoria del derecho constitucional a la huelga* (Tesis de licenciatura, Universidad San Pedro, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Huacho, Perú). <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/11698>

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sentencia recaída en el Expediente 0026-2007-PI.

Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.pdf>

Trigésima Primera Reunión de Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (31ª reunión CIT). (9 de julio de 1948). *C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*. San Francisco: Organización Internacional del Trabajo.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

Vilallonga, J. (13 de enero de 2017). Sobrerregulación. *Psicología Flexible*.

<https://www.psicologiaflexible.com/es/sobrerregulacion/>

Zúñiga, T. (23 de abril de 2021). La mejora de la calidad regulatoria en el Perú y análisis de impacto regulatorio (AIR) ex ante: fortalecimiento del marco institucional de la función normativa y modernización del Estado. *La Ley*. <https://laley.pe/art/11067/la-mejora-de-la-calidad-regulatoria-en-el-peru-y-analisis-de-impacto-regulatorio-air-ex-ante-fortalecimiento-del-marco-institucional-de-la-funcion-normativa-y-modernizacion-del-estado>