



Relación y límites del concepto de servicios mínimos en la huelga

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Juan Pablo Cociña Cholaky

Departamento de Derecho Laboral y Seguridad Social

Christian Sergio Melis Valencia

Santiago, 2020

Índice

Resumen	5
Introducción	6
Capítulo I Derecho de huelga y sus límites	122
I.I Regulación del derecho de huelga en Chile	122
I.II Límites constitucionales y legales	14
I.III Naturaleza de los servicios esenciales	20
I.IV Procedimiento para determinar un servicio esencial	255
Capítulo II Determinación de los servicios mínimos	322
II.I Servicios mínimos	322
II.II Procedimiento e Instituciones	39
Trabajadores-Sindicato-Grupo Negociador	40
Empleador	433
Tercero Imparcial- Administración	455
Judicatura	466
Incumplimiento	477
III.II Conflicto con otros derechos	48
Capítulo III Legislación comparada y aplicación de servicios mínimos	577
III.I Italia	577
Derecho de huelga y servicios mínimos	577
Instituciones	62
Procedimiento	66
Incumplimiento	69
III.II España	711
Derecho de huelga y servicios mínimos	711
Instituciones	77
Procedimiento	84
Incumplimiento	87
III.III Argentina	90
Derecho de huelga y servicios mínimos	90

<u>Instituciones</u>	95
<u>Procedimiento</u>	99
<u>Incumplimiento</u>	105
<u>Capítulo IV Legislación nacional y reforma laboral</u>	107
<u>IV.I Derecho de huelga, servicios esenciales y servicios mínimos en Chile</u>	107
<u>Constitución Política</u>	107
<u>Regulación legal</u>	113
<u>IV.II Procedimiento de Servicios Mínimos Ley N°20.940</u>	125
<u>IV.III Fundamentos de un modelo de servicios mínimos</u>	137
<u>IV.IV Jurisprudencia Nacional</u>	154
<u>Conclusiones</u>	186
<u>Bibliografía</u>	194

Resumen

La reforma al Código del Trabajo mediante la Ley N°20.940 trajo consigo importantes modificaciones en materias de negociación colectiva, en lo particular sobre la prohibición del reemplazo y la necesidad que las partes en casos determinados, según la naturaleza y características del servicio, procedan a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. El presente trabajo de tesis busca abordar aquellos criterios jurídicos que deben primar a lo largo del proceso para efectuar una correcta calificación de los servicios mínimos, de forma de no limitar más allá de lo requerido el derecho de huelga de los trabajadores. Para el análisis de una correcta delimitación de los derechos en conflictos durante una huelga, se requirió examinar cierta doctrina y jurisprudencia nacional e internacional a fin de dar cuenta de aquellos elementos que se han asentado, y aquellos innovadores que permiten otorgar, dentro del marco del derecho, una correcta calificación de servicios mínimos en aquellos servicios que lo requieran. Todo lo anterior, de acuerdo al siguiente esquema por cada apartado:

El primer capítulo trata a modo general la regulación del derecho de huelga en Chile, a modo de analizar el contenido que establece la Constitución Política y cuáles han sido las interpretaciones doctrinales sobre el ejercicio del derecho de huelga, su naturaleza, límites y exclusiones, para de este modo adentrarnos en aquellas instituciones jurídicas que actúan como límites legales a su ejercicio, como son los servicios esenciales, servicios mínimos y equipos de emergencia, referidos en un primer momento al análisis doctrinal del procedimiento de calificación de un servicio esencial.

El segundo capítulo se centra en la figura de los servicios mínimos y cómo estos actúan como límites legítimos al ejercicio de la huelga, indicándose las instituciones y el procedimiento que se ha establecido por la doctrina y la Organización Internacional del Trabajo para una adecuada calificación, tratando con especial incidencia el conflicto normativo que se suscita entre los derechos en conflicto y cuáles han sido los criterios para una adecuada ponderación en derecho.

El análisis efectuado en el tercer capítulo se refiere al tratamiento de los servicios mínimos en el derecho comparado italiano, español y argentino que, al ser fuentes del derecho laboral chileno, sirven para analizar la problemática de la limitación del derecho de huelga y cómo actúan los servicios mínimos en otras jurisdicciones, a partir de su regulación constitucional y legal, del análisis jurisprudencial, como de las instituciones, el procedimiento y las sanciones que considera cada una de las legislaciones indicadas.

Por último, el cuarto capítulo hace una referencia particular a la regulación constitucional y legal en Chile de la huelga y servicios mínimos, con especial incidencia del nuevo procedimiento de servicios mínimos establecido por la Ley N°20.940, de modo que a partir del análisis efectuado en los capítulos anteriores se examina aquellas problemáticas legales de mayor relevancia y el contenido esencial en el procedimiento de calificación. Para finalmente a modo práctico, analizar los primeros contenido jurisprudenciales en Chile sobre la calificación de los servicios mínimos y las especiales incidencias, problemas y soluciones que se vislumbran con esta nueva normativa.

Introducción

La modificación impulsada al Código Laboral chileno a través de la Ley N°20.940, que entró en vigencia el 01 de abril de 2017, buscó modernizar el sistema de relaciones laborales favoreciendo la situación de los trabajadores frente al empleador ante un efectivo equilibrio entre las partes, estableciendo así nuevas herramientas jurídicas en el derecho colectivo del trabajo¹. Lo anterior no estuvo exento de discusión legislativa, ya que hubo varias materias sujetas a análisis, principalmente en lo referente al derecho de huelga y su regulación, dado que cuando existen negociaciones dificultosas en que las partes no logran conciliar sus pretensiones, la huelga se ha constituido como un mecanismo jurídico de gran importancia para la defensa de los intereses de los trabajadores frente a la empleador.

Estas nuevas modificaciones en el Código Laboral buscan potenciar la figura de la negociación colectiva y la sindicalización, principalmente como mecanismo de solución del conflicto laboral, ya que antes no se encontraban suficientemente reguladas y por ende no otorgaban las herramientas necesarias para negociar en igualdad de condiciones frente al empleador. Muestra de lo anterior es por ejemplo los bajos niveles de sindicalización a lo largo de América Latina:

“Así con relación a la tasa de sindicalización en el continente se pueden señalar los siguientes porcentajes:

• Argentina: 37%, con cobertura por convenio del 85% • Brasil: 17% • ‘Chile: 21.7%’²; • Colombia: 9,4% • México: 13% • Paraguay: 10% • Perú: 5%; • Uruguay: 34%, ³

De ello, que la reforma resultó de suma importancia al considerar la realidad en nuestro país marcada por una debilitada figura de la negociación colectiva en nuestra

¹Este cambio legislativo realizó las mayores innovaciones en el área del derecho colectivo del trabajo, especialmente lo referido a la negociación colectiva, el Código laboral en el artículo 306 señala aquellas materias que se regulan bajo este procedimiento: *“Son materia de la negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo.*

(inciso 4°) No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.”

² Dirección del Trabajo. Revista Coyuntura Laboral (2019), p.13.

³ Redlat (2016), p.67.

legislación laboral, dicha característica “justificada” en su origen⁴ se encuentra regulada en el Libro IV del Código del Trabajo, cuyo contenido medular corresponde al diseño impuesto por el Plan Laboral de 1978, concretado normativamente en el Decreto Ley N°2.758 de 1979.

Debe considerarse que el Código Laboral tiene un fuerte contenido político económico dentro de la teoría neoliberal, en razón de la época de su dictación, por tanto “*esta legislación obedeció al interés del régimen militar por implementar un marco regulatorio del ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que estuviera en concordancia y al servicio de un nuevo modelo económico de corte neoliberal*”⁵. En este contexto se buscó privilegiar la inversión y las facultades del empleador por sobre una regulación de la negociación colectiva que otorgara igualdad de herramientas a las partes para poder negociar.

Consistente con ello el derecho colectivo del trabajo responde a una lógica abierta al comercio internacional y en el que se promueven como ejes centrales de su funcionamiento el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras que dificulten o encarecieren la libre iniciativa privada en materia económica, lo que determinó una legislación menos regulada y con bajo reconocimiento del derecho de huelga.

Las dificultades que encontraba el trabajador bajo la precedente legislación para negociar colectivamente, se producían y respondían a estas ideas de corte neoliberal, con la cual el trabajador no es el elemento esencial dentro de la empresa, sino que *protege más la libertad de empresa por sobre el trabajador*⁶. Por esto, es que una reforma se haya tornado de necesidad imperiosa para contextualizar el derecho

⁴ “*El Plan Laboral impuesto en 1979, se trató de una revolución que cercenó los derechos colectivos de los trabajadores a través de 4 Pilares: Huelga que no paraliza (se permite el reemplazo, el descuelgue y se prohíbe la huelga fuera de la negociación colectiva), Negociación que no distribuye (sólo se puede negociar a nivel de empresa), paralelismo organizacional y reproducción de la cultura individualista en la esfera del trabajo (despolitización sindical).*” Durán G. y Kremerman M. (2015), p.3.

⁵ Caamaño E. (2016), p 385. En igual sentido Gamonal (2015-1), p. 67 y Centro de Derechos Humanos UDP(2015), p. 79.

⁶En este sentido autores que defiende la libertad empresarial, “*la "sustitución interna" no busca, según se apuntó, debilitar la huelga, sino mantener la continuidad de la actividad empresarial.*” Sierra A. (2010), p.110.

colectivo del trabajo a las necesidades actuales y a los cambios ideológicos y políticos en estas materias. El tema no deja de ser sensible, si se considera que *“la normativa laboral en materia de relaciones colectivas sólo ha sufrido modificaciones parciales desde el retorno a la democracia en los años 1991 y 2001, a pesar del compromiso de todos los gobiernos democráticos de hacer reformas sustanciales”*⁷.

Si bien la huelga siempre ha sido un modo de presión y defensa de los trabajadores ante las dificultades en las negociaciones, con la anterior ley laboral, su eficacia se encontraba muy restringida. En principio se establecía la “prohibición” de reemplazo a los trabajadores durante la huelga, pero asimismo existía un procedimiento de reemplazo contemplado bajo ciertas requisitos⁸, regulado de forma muy amplia por el artículo 381 del Código del Trabajo, lo que dejaba obsoleto el mecanismo de huelga en la mayoría de los casos, al no ejercer una presión efectiva contra el empleador. En referencia a este tema es como la reforma ha buscado otorgar un mayor equilibrio a los trabajadores durante la negociación colectiva, estableciendo la prohibición del reemplazo de los mismos ante una huelga⁹, buscando proteger el derecho de sindicalización, y a su vez que el derecho de huelga se torne como una medida de presión efectiva contra el empleador.

A pesar del equilibrio que busca potenciar la nueva reforma, enfocada hacia la prohibición del reemplazo del trabajador, se sigue estableciendo un límite a la institución de la huelga, que como todo derecho, reconoce su límite al ponderarse con otros derechos de terceros que se miran como más relevantes por el legislador, así en

⁷Narbona, K. (2015), p. 24.

⁸El artículo 381 del Código laboral contemplaba entre los requisitos para reemplazar al trabajador a lo menos : “a) *Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación de índices de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento; b) Una reajustabilidad mínima anual según variación del índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses; c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda este bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que esta haya finalizado.*”

⁹ Artículo 345 del Código laboral en sus dos primeros incisos señala: *“Derecho a huelga. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores. Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga.”*

aquellos servicios en los que está involucrado el interés público, por sobre el derecho de huelga de los trabajadores, se limita el ejercicio de este derecho.

Por ejemplo; frente a un servicios de salud que debe atender continuamente a personas en situaciones imprevistas como emergencia graves que requieran una operación urgente, la sociedad requiere que el servicio (entendido como los trabajadores) preste un servicio continuo y eficiente frente a situaciones de suma necesidad, siendo en este caso el derecho a la salud amparado en nuestra Constitución vinculándolo a su vez con el derecho a la vida, los que son ponderados por sobre el derecho de huelga de los trabajadores.

Se efectúa así un límite acorde a derechos de consideración social más relevantes. Así, se contempla la opción de prohibir totalmente la huelga o reducir sus efectos de forma parcial a través de una continuidad en el servicio, pero con una tasa de empleados o puestos de trabajo menor a la normal, lo que se justifica en parte por el fin social y de necesaria prestación de estos servicios.

Con ello y para regular esta situación el Código laboral chileno han establecido los concepto de “servicios esenciales”, “servicios mínimos” y “equipos de emergencia”, los cuales básicamente actúan como una limitación al derecho de huelga, pero con fines distintos al reemplazo anteriormente contemplado en nuestra legislación. Debido a que busca garantizar el cumplimiento de funciones y labores que tienen impacto en la vida y seguridad de las personas como de la comunidad, y no así asegurar el funcionamiento productivo y operacional de la compañía en huelga. Por tanto existen ciertos servicios que son trascendentales, que si bien tienen el derecho a ejercer la huelga, deberán seguir prestando el servicio, pero bajo la figura de los servicios mínimos.

De lo anterior surgen variados problemas en la aplicación práctica de los servicios mínimos; tanto para los implicados, sean trabajadores o empleador, como también para los afectados por esta medida, como lo usuarios de cualquier servicio privado o estatal.

Con la reforma en sí han surgido diversas interrogantes sobre; (i) qué debe entenderse por servicios mínimos, toda vez que tal tarea se encuentra entregada a las partes (trabajador y empleador) de la negociación, como también a un organismo del Estado en caso de no ser posible arribar a un acuerdo; (ii) cuáles serán los servicios que les corresponderá contar con servicios mínimos y cuáles no, realizando una distinción entre entes públicos y privados; (iii) cuál es el límite de su aplicación en la empresa, el número de trabajadores que considera y cuáles quedan excluidos; (iv) su revisión ante un órgano administrativo como la Dirección del Trabajo y también ante los Tribunales de justicia; (v) así también cómo se afecta los derechos constitucionales de los trabajadores al verse limitado el derecho a huelga.

En base a lo anterior, el presente trabajo busca determinar cuáles son los elementos esenciales del concepto de servicios mínimos durante la huelga, tanto en su aplicación práctica como en sus límites constitucionales y legales. Para ello se busca afrontar el problema en base a los conceptos que se han dado de los servicios mínimos en distintas legislaciones, como a partir de los instrumentos y órganos internacionales que se han referido a este tema, lo esencial será en base a la conceptualización que se le otorgue a los servicios mínimos, cómo se debe interpretar en nuestra legislación, esclareciendo los principales problemas que trae esta nueva institución jurídica, tomando como referencia las principales doctrinas del derecho, como analizando la jurisprudencia del derecho comparado Español, Italiano y Argentino, para así establecer el modo de aplicación y realizar un análisis del actual procedimiento que se encuentra en la ley, para verificar como se soluciona el eventual conflicto con el derecho sindical de los trabajadores, al estar por ejemplo ciertos servicios públicos o privados obligados a prestar trabajos en un procedimiento de huelga, por tanto no siendo efectiva de forma total la huelga.

En vista que recién comienza a surgir algunos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales en nuestro país sobre el presente tema, éste busca ser un aporte en la calificación de los conceptos de servicios esenciales, mínimos y equipos de emergencia dentro de nuestra legislación en materia laboral, rescatando para ello el

importante avance jurisprudencial y normativo en el Derecho comparado europeo como argentino y la doctrina internacional

El presente análisis se realizará en definitiva bajo la óptica de un derecho laboral colectivo, en que los servicios mínimos son un límite legítimo frente al derecho a huelga, que permite conciliar los diversos intereses en disputa (Los trabajadores, el empleador, como de los terceros ajenos a esta discusión, que puede ser por ejemplo, cualquier usuario de un servicio público), todo ello siempre y cuando exista una correcta aplicación del concepto de servicios mínimos que no desnaturalice su figura dentro del marco normativo.

Capítulo I Derecho de huelga y sus límites

I.I Regulación del derecho de huelga en Chile

El derecho sindical se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución Política (CPR) a partir del artículo 19 N°19 que consagra la libertad sindical¹⁰, de este derecho fundamental del trabajador se han desprendido a su vez tres derechos que le son inherentes; considerando así un derecho de organización, otro derecho de negociación colectiva y un derecho de huelga¹¹, este último, elemento central de nuestro análisis.

En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ha señalado que el *derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituya uno de los medios esenciales de que dispone para promover y defender sus intereses profesionales*¹², esto dice relación con que el derecho de huelga ha sido la clásica respuesta de autotutela de los trabajadores frente al empleador, en aquellas situaciones en que se busca la defensa y/o mejoras en los derechos e intereses de los trabajadores, y las que han llegado a una fase tal que no ha sido posible conciliar dichas pretensiones con las ofertas del empleador.

La huelga en sí responde a una naturaleza polimorfa considerada como *derecho de la persona, como derecho natural, como derecho social, como hecho social que va más allá de las relaciones laborales regulares y como hecho político*.¹³ Esto último determina que su regulación debe responder a un derecho enmarcado dentro de la dinámica social, atendiendo su configuración legal a los principios que busca propender cada Estado. A partir de esto, distintas son las concepciones que se han vinculado con tal derecho, que se ha definido clásicamente como *una abstención*

¹⁰ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

“19º.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas;(…)”

¹¹Gamonal S. (2013), p. 121.

¹² Comité de Libertad Sindical (2006), párrafo 522.

¹³ Gamonal S. (2013), p. 110.

*colectiva de trabajo*¹⁴, definición que ha sido superada por la doctrina al proponer una noción mucho más amplia de huelga, *comprensiva de todo tipo de perturbación del proceso productivo*¹⁵.

Si bien el derecho de huelga ha pasado por diferentes fases a lo largo de su historia, se han visto básicamente tres etapas en su regulación¹⁶: la primera de prohibición, luego de tolerancia y finalmente su consagración como derecho. Actualmente la noción de la huelga como derecho es indiscutido¹⁷, pero aún reviste cierto recelo en la doctrina su jerarquía constitucional, sobre todo en nuestro ordenamiento chileno.

Para el análisis sobre la naturaleza jurídica del derecho de huelga, parece más claro analizarlo a través de las distintas tesis que se han formulado:

“1.- Tesis restrictiva: La Constitución no contemplaría el derecho de huelga, cuya consagración sería solo de rango legal.

2.- Tesis del derecho implícito: La Constitución contemplaría tácitamente el derecho de huelga, dado que solo la prohíbe en ciertos casos, y por ende, en los casos no mencionados sería un derecho.

3.- Tesis del bloque constitucional: Recoge la idea que el artículo 5° inciso segundo de la Constitución hace una remisión a los tratados internacionales ratificados por Chile, donde es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, en este caso el derecho de huelga.

4.- Tesis dogmática: El derecho a huelga se desprende directamente de la libertad sindical, esencialmente a partir del artículo 19 N°19, el cual considera dentro de los elementos propios de la libertad sindical el derecho a huelga que se desprende de él.”¹⁸

¹⁴ *Ibíd.*, p. 111.

¹⁵ Ermida O. (1999), p 48; y Gamonal (2011), p. 370.

¹⁶ Gamonal S. (2013) *Op. Cit.*, citando a Naimoli, Simona. *Individuale e collettivo in materia di sciopero alle origini del diritto del lavoro*, 2008. En Loffredo, Antonio (editor): *La Titolarità del Diritto di Sciopero*. Bari: Cacucci, p. 107.

¹⁷ Si bien se ha planteado por parte de la Organización Internacional de Empleadores, que ninguno de los Convenios que establece la OIT regula el derecho de Huelga (convenio 87 y 98), su calidad como derecho se puede efectuar mediante una interpretación sistemática del artículo 5° de la CPR en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8°) y Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22, inciso 2°)

¹⁸ Gamonal S. (2013) *Op. Cit.*, pp. 117-121.

A partir de ello es necesario realizar un examen en base a nuestra realidad jurídica, ya que los lineamientos de la OIT como la legislación comparada¹⁹ lo han reconocido como un derecho fundamental, y que a pesar de que nuestra Constitución no realiza una mención expresa de él, tanto la ratificación de instrumentos internacionales como un análisis sistemático dentro de nuestro ordenamiento jurídico ha determinado que tal derecho se encuentre reconocido con rango constitucional.

Sin perjuicio de las diferentes visiones que se pueden tener para categorizar el derecho de huelga, es menester concretizar que el presente trabajo recoge la “tesis dogmática”, con fines a que la huelga constituya un derecho fundamental consagrado constitucionalmente dentro del proceso de negociación colectiva, derivado de la libertad sindical consagrada en el artículo 19 N°19 de la Constitución Política, el cual se utiliza como un método legítimo para los trabajadores, por regla general de última ratio, para propender a la eficacia de sus pretensiones en aras de la defensa de sus intereses.

Derecho como tal reconocido y protegido en nuestra Constitución y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.²⁰ Por ello hay que tener presente, que al analizar la figura de los servicios esenciales, y posteriormente de los servicios mínimos, la huelga como derecho fundamental condiciona la construcción del régimen jurídico aplicable por el legislador a estos nuevos conceptos.

I.II Límites constitucionales y legales

La huelga como todo derecho amparado en un sistema democrático y pluralista de derecho reconoce límites en su aplicación, esto debido principalmente a la colisión con otros derechos que gozan de su misma jerarquía o incluso superior, es decir, aquellos que la ciudadanía, y por ende el legislador, busca proteger con mayor preponderancia.

¹⁹ Como se verá más adelante tanto la jurisprudencia española, italiana y argentina consagran constitucionalmente el derecho de huelga.

²⁰ Convenio N° 87, Convenio N° 98, Convenio N°135, Convenio N°151, como los más relevantes ratificados por nuestro país.

El derecho de huelga se puede restringir porque las necesidades de la sociedad lo requieran y en ciertos casos inclusive prohibir su ejercicio. Restricciones que como veremos se deben realizar mediante un procedimiento racional y motivado, en situaciones excepcionales y calificadas, ya que precisamente, el perjuicio que sufre el resto de la sociedad con motivo de un conflicto del cual se siente ajenos, serviría en principio como justificación a los fines de limitar y restringir el derecho de huelga, más si se considera que afecta a servicios esenciales.

Esta premisa es necesario entenderla como una falacia inicial, al momento de considerar, *que el derecho de huelga expresa un interés- inexorablemente - contrapuesto al interés general*²¹. Si se concibe la huelga como derecho fundamental, difícilmente podría considerarse contrario al interés público, ya que en sí mismo busca la reivindicación de las pretensiones de los trabajadores cualquiera estos sean, ya que busca proteger sus derechos laborales a fin de lograr una igualdad de armas para negociar con el empleador, derecho en general es propio de cualquier relación laboral.

Sin perjuicio de ello la legislación (razonablemente) contempla límites en su aplicación, ya que hay otros derechos que responden a intereses más preponderantes para la sociedad, los cuales tanto la práctica judicial como la doctrina comparada han establecido básicamente como tres los más esenciales, a saber: *la vida, la salud y la seguridad nacional*²². Por tanto aquí, en dicho conflicto es donde se produce necesariamente un examen de ponderación de los derechos en juego, resultando en ciertos casos prohibido o limitada la posibilidad de ejercer el derecho de huelga debido a otros intereses más relevantes.

A su vez también los diversos Estados en sus legislaciones, recogen aquellos límites que han sido establecidos como lineamientos generales del derecho de huelga en materia internacional, pero también tomando en consideración sus intereses y realidades propias de cada nación. A partir de ello han sido reconocidos

²¹Tribuzio J. (2015), p.18.

²² En el año 1983 la CEACRR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios) arribó a tal definición.

fundamentalmente como tres los límites impuestos al derecho de huelga en las diferentes legislaciones, considerándose:

“1) Exclusiones selectivas del derecho de huelga respecto de determinados y precisos colectivos de trabajo.

2) Suspensión de derecho en miras de la preservación del Estado y la seguridad nacional.

3) Restricción al ejercicio del derecho de huelga en casos concretos, presentando una colisión con otros derechos fundamentales.”²³

1) Exclusiones selectivas del derecho de huelga respecto de determinados y precisos colectivos de trabajo

El primer caso trata sobre aquellos servicios que en razón de la actividad que desempeñan se encuentra previamente excluidos del goce del derecho de huelga²⁴. Mayoritariamente se han ubicado bajo este foco los miembros de las fuerzas armadas y fuerzas policiales, atendido el rol frente a la subsistencia del sistema político de ciertas instituciones y que llevan consigo la aplicación de una estricta jerarquía y disciplina para la preservación de la *paz social*²⁵.

Estas instituciones gozan del *ius puniendi* estatal, ostentando el monopolio de la violencia institucional, constituyendo de por sí una institución con un ordenamiento especial, sumado a que los principios de dichas instituciones se rigen bajo una visión políticamente neutra. Bajo este punto la doctrina y la opinión de los organismos internacionales se ha encuadrado en la idea de dejar a cada legislación una libre interpretación a la aplicación del derecho a huelga según la realidad de su país, existiendo innegablemente una tendencia

²³ Tribuzio J. (2015) Op. Cit. p.23.

²⁴ El Código laboral chileno en su artículo 304 inciso segundo y tercero señala: *“No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.*

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.”

²⁵ Baylos A. (1991), pp. 48 y ss.

mayoritaria en negar el derecho de huelga a las fuerzas armadas y de orden público.

Dentro del mismo cuadro de exclusión se enmarca a aquellos trabajadores que prestan servicios a nombre del Estado, denominados funcionarios públicos, quienes se han visto limitados en el ejercicio del derecho de huelga según algunos criterios, que no han estado exentos de discusión:

“a.- El principio de jerarquía que presupone la obediencia, lealtad y voluntad del servicio,

b.- Una posición de supremacía de la Administración frente al funcionario,

c.- La teoría del órgano donde el funcionario actúa como el órgano mismo.

d.- El principio de continuidad que deben gozar los servicios públicos.”²⁶

Si bien los fundamentos señalados no carecen de racionalidad en su planteamiento, corresponde a una visión más clásica del derecho laboral. La realidad actual ha entendido y exigido que puedan ser agentes participes y preponderante de la toma de decisiones²⁷ dentro del lugar que desempeñan sus labores.

Es dable considerar que un Estado Democrático de Derecho, que ratifica y promueve ciertos derechos, debe respetarlos en el ámbito directo de su aplicación en mayor consideración con sus propios funcionarios, *la negación absoluta del derecho de huelga a los trabajadores estatales por el solo hecho de serlos resulta inconciliable con la realidad sociológica (y política) actual²⁸.*

²⁶ Se resumen los criterios que justifican estas limitaciones en el: *“el principio de jerarquía, que presupone deberes de obediencia, lealtad y voluntad de servicio, que no resultan compatibles con la subversión e insubordinación que supone la manifestación del fenómeno huelguístico; la posición de supremacía en la que se encuentra la Administración respecto del funcionario, entendida dicha supremacía como superioridad en la delimitación legal o reglamentaria de las condiciones de trabajo del funcionario; la teoría del órgano, en virtud de la cual el funcionario se identifica con la Administración misma, actuando aquél como órgano de ésta; y, finalmente, el principio de continuidad de los servicios públicos, según el cual, tales servicios no pueden ser interrumpidos, tanto por la naturaleza de los mismos, como por los intereses que satisfacen a la comunidad.”* González R. (1999), pp. 189-192.

²⁷ Ejemplo de ello el paro de funcionarios municipales en Chile a nivel nacional durante el mes de noviembre de 2016, relativo al reajuste salarial para el próximo período.

²⁸ Tribuzio J. (2015) Op. Cit., p. 28.

La OIT ha considerado que queda descartada la admisibilidad de la limitación genérica del derecho de huelga para todos los trabajos al servicio del Estado, *pero resulta posible su restricción- incluso su prohibición- en la función pública, respecto de aquellos funcionarios que actúan como órganos del poder público*²⁹.

A criterio de la OIT la función pública, solo debe ser tomada en cuenta para restringir el derecho de huelga a quienes ejerzan funciones de la autoridad a nombre del Estado, *pero de ningún modo implica que los empleados públicos no puedan ejercer el derecho de huelga en condiciones de normalidad, ni que en la huelga en los servicios públicos resulten admisibles las mismas restricciones que afectan a las que se ejerza en lo servicios esenciales mientras no se trate de servicios esenciales en el sentido estricto del término*³⁰.

Es importante considerar por tanto, que no toda actividad que realice el Estado corresponde a un servicio público atribuible de prohibir el derecho de huelga, ya que existe actividades de intervención en ciertos campos sociales, culturas y económicos que no corresponden dentro de la noción de servicio público clásica a pesar que los realiza el Estado.

Así cualquier restricción legislativa deberá definir con la mayor claridad y detalle posible la categoría de empleados públicos cuyo derecho de huelga ha de ser restringido, por ejemplo podría realizarse la distinción de forma de reconocer como mínimo: la naturaleza de las tareas realizadas por los trabajadores y el posible impacto de la interrupción de dicho servicio en caso de huelga, a fin de establecer si es posible que puedan efectuar a lo menos servicios mínimos.

2) Suspensión de derecho en miras de la preservación del Estado y la seguridad nacional.

Este criterio abarca la suspensión de la huelga en aquellas situaciones en que se decretan estados de excepción³¹, los cuales conllevan situaciones anómalas y generalmente extremas, que ponen en peligro la seguridad nacional o la

²⁹ OIT, (1994) p.74.

³⁰ García H. (2006), p.4.

³¹ Entiéndase como tales aquellos que la Constitución Política reconoce en sus artículos 40 y ss.

institucionalidad misma. Si bien la restricción de los derechos en estos casos se encuentra consagrada constitucionalmente en la mayoría de las legislaciones³², y su restricción no analiza mayor análisis al ser situaciones excepcionales, existe una distinción referente a considerar en que contextos se pueden dar;

“a) el estado de excepción como previo a la huelga que se restringe,

b) o cuando ha sido la misma huelga que ha producido entre sus efectos dañinos un peligro tal que llegue a amenazar la seguridad, llevando a una crisis aguda en razón de su duración y extensión.”³³

Lo anterior lleva a una distinción donde en el primer caso sería lícita inclusive la absoluta proscripción del derecho, ya que el Estado se encuentra en una situación grave y de emergencia nacional, pero en el segundo caso donde se ve que la huelga actuó como causa de la crisis la respuesta se torna más compleja.

La OIT señala ante ello que *la restricción solo podría ser tal a través de servicios mínimos³⁴*, pero a nuestra consideración en tales casos, a pesar de tener una diferencia en el origen en cómo se produce la crisis, en tal contexto es posible limitar la huelga no solo limitándola con los servicios mínimos sino también prohibiéndola si atenta contra intereses superiores, ya que la aplicación de los servicios mínimos como se verá más adelante, es un modo de solucionar el conflicto, pero no el único, sobretodo en situaciones particularmente graves, y siendo el caso que la huelga produce problemas graves en razón de su extensión y duración, podría ser plausible prohibirla directamente o si se produce en menor medida algún daño entraría a jugar un rol preponderante los servicios mínimos, La solución en uno y otro caso más bien responde a una respuesta política de los derechos en juego.

³² Chile (art. 40 CPR), Argentina (art. 24 CNA), España (art. 55 CE), Italia (art.78 CRI)

³³ Tribuzio J. (2015), Op. Cit. p.31 y ss.

³⁴ Siguiendo los lineamientos de la CLS, esta señala en principio que la huelga no debería ser objeto de prohibición, sino solo de restricción a través de la imposición de un servicio mínimo negociado por una categoría determinada y limitada de personal. OIT (1994) p.74.

3) Restricción al ejercicio del derecho de huelga en casos concretos, presentando una colisión con otros derechos fundamentales.

Respecto a la confrontación que se produce del derecho de huelga con otros derechos (generalmente de terceros), la respuesta que goza de mayor respaldo y concretización a nivel general, corresponde a la figura de los servicios esenciales, amparado en un examen mayormente sistemático, en rigor lo que busca proteger los servicios esenciales es la continuidad de ciertos servicios que para la sociedad, gozan de mayor importancia, por sobre el derecho de huelga, lo cual se establece como un límite o prohibición.

Se constituye un espacio de delimitación, dentro del cual resulta pacíficamente aceptada su afectación, entendido siempre que *cualquier limitación o prohibición que pudiese afectar al derecho de huelga debe interpretarse restrictivamente*³⁵. Para ello es necesario atender los derechos que se encuentran en conflicto en cada caso, en base a configurar de manera correcta cuando un servicio posee la calidad de esencial, y por tanto se puede establecer un límite al derecho de huelga, ya sea prohibiéndola o limitándola parcialmente a través de la figura de servicios mínimos.

I.III Naturaleza de los servicios esenciales

Los servicios esenciales constituyen actualmente el principal instrumento jurídico para limitar al ejercicio del derecho de huelga, siendo su naturaleza y concepto cuestión de diversos análisis e interpretaciones en el ámbito del derecho. Si bien la respuesta sobre qué debe entenderse por servicios esenciales corresponde realizarla a partir de la realidad e intereses de cada país, resulta determinante para ello los servicios que cada nación considere como más relevantes, ello no obsta a que como toda institución de derecho se puedan establecer márgenes generales para su apreciación y encuadra los servicios bajo límites aceptados, para asegurar con ello el ejercicio efectivo del derecho de huelga que poseen los trabajadores, y al mismo tiempo responder al interés de la comunidad por los derechos afectados producto de la huelga.

³⁵ Azócar R. y Cruz Á. (2015), p.142.

Cuando existen servicios esenciales, entra en conflicto el derecho de huelga de los trabajadores frente a otros derechos que se ponderan como más relevantes por parte de la sociedad, en atención a que son considerados como de jerarquía superior o igual, por ello indisponibles, afectando el derecho de huelga prohibiéndolo o atenuándolo en sus efectos sobre el servicio. Como precisamente se ha descrito *la noción de servicios esenciales no comporta un concepto ontológico sino valorativo*³⁶, por tanto definirlo y limitarlo debe responder al tipo de servicio que se presta, indiferente si es privado o público, sino en atención al derecho que se pondera como más relevante que el derecho de huelga de los trabajadores, lo cual puede resultar altamente elástico e influenciado por el contexto bajo el cual se encuentre, cuestión que queda entregada mayormente a la política de cada Estado.

Para realizar un mejor contexto respecto a lo que se ha entendido por servicios esenciales (en sentido estricto), la OIT a partir de sus organismos, ha señalado que: *servicios esenciales son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o en parte de la población*³⁷. Concepto que se ha buscado trabajar siempre de manera restrictiva, con fines a que la limitación al derecho de huelga se realice en la menor medida de lo posible³⁸, según los diversos intereses en disputa, que solo debiesen privilegiarse frente a casos puntuales y debidamente razonados, según las características e intereses propios de cada país y frente a una real afectación a la vida, seguridad y salud de la población al momento de ejercer el derecho de huelga.

Se ha tratado de analizar y aplicar los servicios esenciales en referencia al concepto anteriormente señalado, y no ampliar mayormente el espectro en fines a efectuar un debido respeto al derecho de huelga, pero lo que la práctica ha demostrado es que tal idea de esencialidad del servicio no se encuentra suficientemente desarrollada.

³⁶ Valdés F. (1986), p.128.

³⁷ Comité de Libertad Sindical (2006), párrafo 214.

³⁸ Lo cual se debe entender bajo la óptica que el derecho de huelga, tiende en su propia naturaleza a ser un derecho constitucional válidamente aplicable en las situaciones en que las negociaciones entre los trabajadores y empleadores no logran conciliarse de la forma esperada, de ahí que su ejercicio sea legítimo y que en principio no deba privarse de él.

Lo anterior, ha tratado de solucionarse por parte del CLS al establecer los límites en caso de una huelga, mediante un concepto más amplio del “servicio esencial”, entendiéndolo como tales:

1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término);

2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto, en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y

3) en servicios públicos de importancia trascendental

El primero correspondería a la definición estricta de servicio esencial, fundamento que se encuentra en que son derechos que afectan directamente a la vida de las personas individualmente o colectivamente consideradas, y por tanto requieren de mayor protección que el derecho de huelga.

El segundo caso abarcaría la circunstancia que un servicio no esencial puede convertirse en uno esencial cuando sobrepase cierto período de tiempo en duración o alcance territorial (denominados servicios esenciales por extensión³⁹), siendo igualmente aplicable las limitaciones en este sentido. Ejemplo de lo anterior son las huelgas producidas por los funcionarios encargados de recolectar la basura y del aseo de las ciudades, que luego de determinado momento la acumulación de basura trae problemas a la salud que en un comienzo no era tan relevante por el volumen de la misma, y que no se consideraba de gran importancia, pero luego dado la extensión de

³⁹El Comité de la Libertad Sindical ha estimado que *“un servicio mínimo puede establecerse en caso de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; para ser aceptable, dicho servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normal de existencia de todo o parte de la población.”* Comité de Libertad Sindical (2006), párrafo 610.

tiempo, la acumulación de desperdicios y desechos trae enfermedades que hacen relevante retornar el servicio a su normalidad o buscar soluciones alternativas.

El tercer punto habla de los servicios que no son esenciales ya que no corresponden estrictamente a la definición, pero que igualmente deben ser limitados al ser un servicio público de importancia trascendental, es decir *“no es un servicio esencial “en sentido estricto”, razón por la cual la huelga que lo afecte no puede ser prohibida, pero sí puede ser restringida a través de la fijación de servicios mínimos.”*⁴⁰ Por tanto en estos casos, se establece un límite al derecho de huelga ante servicios que no son esenciales, que se producen ante escenarios particulares dentro de la realidad laboral y nacional de un país.

Por ejemplo, el servicio de transbordadores de una isla, los servicios de una empresa portuaria nacional o los servicios de transportes de pasajeros. En este caso es ilustrativo señalar lo que menciona la CLS, al destacar la posibilidad de establecer servicios mínimos *“atendiendo a las circunstancias particulares que presenta el conflicto, pero no su necesaria imposición, en cualquier supuesto e ignorando el contexto (alcance y modalidad) de la huelga y su afectación concreta sobre el servicio”*.⁴¹ Es decir la restricción en cualquier caso debe ser analizada en virtud de los derechos en conflicto y la verdadera protección de intereses más relevantes.

Así frente a servicios esenciales se señala que *“sin poner en tela de juicio el derecho de huelga podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuario o el funcionamiento continuo y condiciones de seguridad de las instalaciones”*⁴². Con esto a lo que se quiere llegar es que este tipo de servicios esenciales (públicos o privados), permitirían una limitación tal del derecho de huelga que puede prohibirla o exigir una prestación a lo menos mínima del servicio, siendo necesario por ejemplo prestar el servicio de igual manera, pero con menor número de personal o realizar actividades de seguridad y mantención de la maquinaria de la

⁴⁰ Gernigon B., Odero, A. y Guido H. (2000), p. 23.

⁴¹ Tribuzio J. (2009) boletín electrónico

⁴² García H. (2006) Op. Cit., p.4.

empresa, sin por ello discontinuar el ejercicio del derecho de huelga, pero sí atenuándolo en sus efectos.

Por otra parte tradicionalmente el concepto de servicios esenciales ha sido vinculado con otra clasificación, según quién es el encargado de prestar dicho servicio, siendo de vital importancia distinguir en razón de aquellos: (a) servicios públicos, (b) servicios públicos esenciales y (c) servicios (privados) esenciales⁴³.

Donde los primeros (a) toman un concepto más general de la función pública, y a priori no debe ser limitado el ejercicio del derecho de huelga, ya que si bien la prestación es por parte del Estado hacia la comunidad, su limitación no es justificada por sí sola, ya que su calificación no corresponde a un servicios esencial para la sociedad, como por ejemplo un paro de funcionarios administrativos que no prestan servicios relacionados a la vida, salud o seguridad de la población.

El segundo (b) y tercer caso (c) reciben una mayor importancia para la comunidad lo que permite limitar el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, indistintamente si el servicio es entregado por un ente público o privado, la función del servicio es lo que afecta su esencialidad, por ejemplo una huelga de funcionarios de gendarmería (servicio público), que deben proteger y vigilar a los condenados o una huelga de un centro de diálisis(servicio privado), que pondría en peligro la vida de los pacientes.

El problema que entraña limitar el derecho de huelga, según sea considerado un servicio como esencial, es otorgar una solución acorde al sistema que respete la confrontación de derechos, ante lo cual la OIT ha propuesto que en estos casos la limitación *“vaya acompañados de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos y que los interesados puedan participar en todas las etapas”*⁴⁴, buscando compensar la disminución o pérdida de los derechos en conflicto.

⁴³ Tribuzio J. (2015), p.68 y ss.

⁴⁴ Comité de Libertad Sindical (2006). Párrafo 596

I.IV Procedimiento para determinar un servicio esencial

Para la determinación de un servicio como esencial existen diversas técnicas establecidas por la doctrina basadas en: la definición, enumeración o catálogo y la delegación, las que mayormente se han complementado una con otras en las diferentes legislaciones, siendo en el caso latinoamericano lo más usual un catálogo de servicios esenciales⁴⁵, mayoritariamente en sentido estricto.

A grandes rasgos la determinación de los servicios esenciales realizada a través de la definición, trae que ella debe hacerse con carácter restrictivo, ya que es posible observar que la admisibilidad y restricciones al ejercicio de derecho de huelga según la noción de servicios esenciales en la que se enmarque *“perdería todo sentido si en la legislación se adoptase una definición demasiado amplia”*⁴⁶, con ello sería pertinente que una definición de la esencialidad de un servicio correspondiere con la aplicación restrictiva y en consideración al derecho de huelga protegido, sobre todo si la mayoría de las veces la esencialidad de un servicio queda determinado realmente a las características propias del caso en particular.

Por su parte la enumeración, consistente en un listado abierto o cerrado de actividades consideradas como esenciales (técnica utilizada por nuestra legislación), trae aparejado problemas de temporalidad en referencia a la necesaria actualización de cuales servicios serán considerado esenciales, además puede darse una determinación (excesiva) de los servicios que impidan el efectivo cumplimiento de la huelga, en servicios que no son realmente esenciales en el sentido estricto requerido. Ejemplo de ello lo encontramos en el caso Argentino, que señala como esencial el servicio de gas (artículo 24 Ley N°25.877).

Por último, la delegación consiste en entregar la determinación de los servicios esenciales a órganos con la facultad de establecer con carácter general o frente a casos concretos las actividades consideradas esenciales, suyo es el problema de entregar demasiadas potestades a un órgano el cual gozaría de una amplia discrecionalidad, pudiendo ser un agente de la Administración el encargado de

⁴⁵ Tribuzio José (2015), Op. Cit. p.50.

⁴⁶ García, H. (2006) Op. Cit., p. 20.

determinar la esencialidad de servicios, sin responder efectivamente al respeto del derecho de huelga de los trabajadores y velando más por la gobernabilidad de turno.

Reconociendo los diferentes conflictos que presentan una y otra técnica, es preferible la opción de combinarlas y así realizar un examen más exhaustivo de lo que corresponderá determinar cómo esencial en referencia a un servicio, lo cual permitirá una efectiva ponderación de derechos, respetando el derecho de huelga de los trabajadores y los intereses sociales en conflicto.

Junto a las técnicas de determinación de los servicios esenciales, se encuentran las fuentes de determinación, es decir de donde emanan estos límites las cuales han sido consideradas de diversos tipos, a saber las siguientes:

- 1.- Constitución;
- 2- Ley;
- 3.- Decretos y resoluciones administrativas;
- 4.- Decisiones emanadas de un órgano independiente;
- 5.- Sentencia judiciales;
- 6.- Autodeterminación sindical;
- 7.- Regulación negociada.

De estas fuentes de determinación de los servicios esenciales la visión que más se complementa con los planteamientos de la OIT, es aquella que busca combinar la autorregulación pura y negociada con la heteroregulación (esencialmente la legal y control judicial).

Por lo anterior el marco para determinar los servicios esenciales debe siempre hacerse con respeto y en miras al derecho de huelga que es el que se pretende limitar, es como la respuesta debe tener una vertiente constitucional que determine y reconozca con límites generales la aplicación de los servicios esenciales, a través del reconocimiento de la libertad sindical. No debe desnaturalizar una figura reconocida, como el derecho

de huelga, dando a su vez una regulación adecuada en la ley y en las demás normas inferiores del ordenamiento jurídico, sin dejar de lado a su vez aquellos agentes preponderantes en estas situaciones que son; los trabajadores, empleadores y usuarios del servicio.

En la Constitución chilena se reconoce la figura de los servicios esenciales al señalar ya en el artículo 19° N°16 que:

“se establece que no puede declararse en huelga las personas que trabajan en corporación o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización causa grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.”

Dicha definición sería contraria a la idea amparadas por los organismo de la OIT, donde finalmente lo que se busca privilegiar es la visión progresista y restrictiva del concepto de servicios esenciales, en miras a que su alcance no sea tal de desnaturalizar la figura de la huelga. En esta consideración ha señalado: *nuestra legislación respecto a los servicios esenciales abarca otros que van más allá de aquél cuya interrupción podría poner en peligro de vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o en parte de población nacional.*⁴⁷, se agrega a ello que la institución encargadas de realizar la calificación de servicios esenciales cada año corresponde a organismos administrativos propios del Estado⁴⁸, lo que choca con una visión imparcial para resolver el problema.

El problema de entregar la determinación de los servicios esenciales exclusivamente a un órgano administrativo, lleva a que se quite el carácter de imparcial a dicha decisión, ya que se verá contaminada con la política del gobierno de turno, no respondiendo necesaria y categóricamente al concepto de servicio esencial que recoge la OIT y que busca una aplicación restrictiva en post del derecho de huelga que se limita, ello ha determinado que en palabras de Héctor García, *el sistema chileno representa quizás el caso de menor garantía para el derecho de huelga y mayor*

⁴⁷ Azócar R. y Cruz Á. (2015), Op. Cit., p.149.

⁴⁸ La decisión es realizada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros de Trabajo y Previsión social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.

*intervencionismo en América Latina*⁴⁹. Que si bien la crítica es altamente congruente, y por ello la reforma actual en el sistema laboral, a ella nos referiremos más adelante.

Otra de las fuentes relevantes en derecho comparado han sido las sentencias emanadas de órganos jurisdiccionales. Significativos son los casos en Francia, España y Alemania donde la regulación del derecho de huelga ha sido preponderante en materia jurisprudencial⁵⁰, donde se incluye ciertas ventajas como su imparcialidad, racionalidad, bilateralidad, dinamismo y flexibilidad de las sentencias, pero siendo la flexibilidad un arma de doble filo que puede determinar una discrecionalidad importante por parte del juez, sobretodo en legislaciones que regulan de forma general el derecho de huelga.

Una crítica importante que se puede realizar a las sentencias judiciales es el largo período de tiempo en la tramitación del proceso por regla general, como así dado el efecto relativo de las sentencias no sería mayormente aplicable a nuestra legislación, dado que el artículo tercero del Código Civil señala que las sentencias judiciales sólo tendrán fuerza obligatoria en las causas sobre las que se pronunciare⁵¹, siendo con ello limitado su disposición para realizar una regulación formal vinculante del concepto de servicios esenciales.

Por otro lado la autodeterminación sindical como fuente, consistiría en entregar la determinación de cuando un servicio reviste el carácter de esencial a la propia organización gremial, sistema que ha encontrado respaldo en el derecho Alemán y en el derecho Italiano, surgiendo de ello la importancia sobre la titularidad sindical en cada legislación, siendo preponderante en el sistema Alemán una titularidad exclusiva durante la huelga en el sindicato, amparado en un monopolio sindical, el cual ha

⁴⁹ García H. (2013), p.827.

⁵⁰ Véase un breve comentario sobre como la jurisprudencia mayormente es la que ha definido el derecho de huelga en ciertos países de Europa. Elaborado por Confederación Sindical de Comisiones Obreras España en: <https://www.ccoo-servicios.info/noticias/imprimir/80270.html>.

⁵¹ Artículo 3 Código Civil: “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.”

contribuido a disminuir el conflicto en torno al concepto de servicios esenciales⁵². Distinto es el caso de Italia, que de igual manera buscó regular a través de los propios sindicatos la esencialidad de ciertos servicios, cuestión que en la práctica culminó en los años 90 *principalmente por los conflictos entre los pequeños sindicatos autónomos, no consistentes con los códigos elaborados por los sindicatos centrales.*⁵³ Opción que se torna relevante, pero dejar dicha definición a un agente que no goza de la imparcialidad, siempre es conflictivo en estos casos, más bien el sindicato sería una de las voces autorizadas para definir el servicio esencial pero no el único.

Por último existe la opción de una regulación negociada, siendo posible a través de dos vertientes: una autónoma, entregada a las partes directas dentro de un proceso de negociación colectiva, que sería el sindicato o grupo de trabajadores reunidos al efecto, como el empleador y otra mixta, participando además de los agentes directamente involucrados un órgano administrativo externo, que puede ser propio del Estado o no⁵⁴. La regulación negociada permite establecer la esencialidad de un servicio entregado a las partes, buscando primordialmente la definición de dicho concepto bajo el tipo de servicio que presten a la sociedad, cuestión que debe encontrar un límite efectivamente en la legislación y en la configuración del derecho de huelga, donde no por arribar a un acuerdo convencional, este puede sobrepasar lo que efectivamente se reconoce legal y constitucionalmente como límite al derecho de

⁵²“La DGB [Confederación Alemana de Sindicatos], formación sindical mayoritaria, es contraria a cualquier regulación que restrinja el derecho de huelga, si bien en el seno de esta organización sindical se debate desde hace algún tiempo cómo afrontar mejor el reto que supone el surgimiento de nuevas organizaciones. Uno de los argumentos esgrimidos para defender un sistema menos diferenciado es la baja tasa de conflictividad laboral debida, según la DGB, a la existencia de grandes federaciones sindicales que prácticamente ostentan el monopolio de la representación de los trabajadores.” Negociación colectiva Alemania. La Conflictividad laboral pp.88-90 en <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista118/83.pdf>

⁵³ Pilati Andrea Il conflitto collettivo nei servizi essenziali. Señala que la presencia consistente de sindicatos autónomos y organizaciones espontáneas de trabajadores dejó en evidencia la debilidad intrínseca de las normas de auto reglamentación del ejercicio del derecho de huelga, elaboradas por las organizaciones sindicales confederadas. En Tribuzio José (2015), p.61.

⁵⁴ Esta es una de las cuestiones que presenta críticas dentro del actual proyecto, frente a las recomendaciones realizadas por el órgano de la OIT, en vista a que la reforma laboral prevé establecer como órgano regulador un ente administrativo estatal conformado por Dirección del Trabajo, siendo que ello sería contrario a una visión imparcial necesaria para arribar a un posible acuerdo, dado que la presión social que acarrea una huelga sería contrario a los intereses del gobierno, y por tanto supeditado a que la huelga finalice, sin necesariamente en responder a los derechos de los trabajadores o presentar una visión imparcial del conflicto. Ejemplo: Huelga trabajadores minera Escondida durante Marzo de 2017, mina que representa el 5% del cobre exportado por Chile.

huelga. Otra forma de expresión de la regulación negociada podría darse en el ámbito de una intervención indirecta, esto más bien relacionado con consultas previas a la adopción de un texto normativo o en la participación de las partes en la calificación en ámbitos jurisdiccionales de un servicio como esencial.

La regulación actual en nuestra legislación laboral, ha concebido que sea la Administración la encargada de determinar los servicios que se considerarán como esenciales, realizando así cada año en el mes de julio por resolución conjunta de los Ministros de Trabajo, Defensa y Economía la enumeración de dichos servicios, en base a determinar cuáles son aquellos servicios considerados esenciales, ya sea pertenecientes al ámbito público o privado, y que por tanto que se puede prohibir la ejecución del derecho de huelga en servicios indispensables.

El procedimiento generalmente, se inicia por el propio establecimiento o empresa, que comunica a través de una resolución fundada hasta el 31 de mayo del año respectivo la solicitud para ser considerada como una “empresa sin derecho a huelga”. Por su parte los trabajadores pueden oponerse dentro del plazo de 15 días desde que se les comunica la solicitud del empleador.

Luego una vez que los Ministerios en conjunto señalan cuales servicios serán considerados esenciales, mediante publicación en el Diario Oficial, los trabajadores tendrán el plazo de 15 días para reclamar tal resolución ante la Corte de Apelaciones del domicilio del sindicato o trabajadores afectados, siendo posible reevaluar en cualquier momento la calificación de servicio esencial, siempre que concurren nuevos antecedentes.⁵⁵

Para el caso que el servicio no se encuentre proscrito de ejercer el derecho de huelga, importante será la determinación de los servicios mínimos que deben prestarse en aquellos servicios que no pueden ejercerla de forma total⁵⁶, delimitación que nuestro

⁵⁵ Para mayor claridad sobre este procedimiento ver “Guía Práctica de la Ley 20.940” Central Unitaria de Trabajadores Chile, 2017, pp. 58-60.

⁵⁶ Interesante es la noción rescatada por Rubén Gajardo que señala que la limitación mediante servicios mínimos corresponde a una expresión de la eficacia horizontal media o indirecta de los derechos fundamentales, los que operan como un sistema objetivo de valores que deben ser aplicados. “*La determinación de servicios mínimos implica un juicio de valor anticipado del legislador, que estima que*

legislador encargó a las partes del conflicto, por una parte los trabajadores y otra el empleador, siendo eventualmente requerida la intervención de la Dirección del Trabajo en caso de no llegar a acuerdo.

Por tanto corresponde a ellos la forma de prestarse dichos servicios durante la huelga y el número de trabajadores que deba ejecutarlos, siempre en atención y respeto al derecho de huelga consagrado en nuestra Constitución. Así los servicios esenciales permitirían una limitación tal del derecho de huelga, exigiendo una prestación a lo menos mínima del servicio, el cual de manera preventiva se señalará que debe realizarse siempre de manera consistente con el sistema actual de nuestra legislación, reconociendo los servicios mínimos como un límite idóneo, siempre y cuando cumpla la característica de no desnaturalizar el derecho de huelga de los trabajadores.

en ciertas y determinadas ocasiones un derecho o bien jurídico protegido (Derecho a la huelga) deberá ceder en favor de otro que considera de mayor relevancia o importancia jurídica (...)"Gajardo R. (2018), p. 33.

Capítulo II Determinación de los servicios mínimos

II.1 Servicios mínimos

Para comprender el conflicto actual que surge con el derecho de huelga y los límites a los cuales se encuentra afecto, es necesario contemplar la importancia que ha jugado un nuevo actor dentro de la economía, que anteriormente no se consideraba dentro de la dinámica trabajador y empleador, por lo menos no de forma directa.

Inicialmente la relación laboral se basaba casi exclusivamente en los agentes clásicos (trabajador-empleador), cuestión que ha variado dada la importancia actual del sector terciario (servicios) en las diversas economías, donde toma mayor importancia la figura del consumidor⁵⁷ o cliente que obtendrá dicho servicio, *existiendo un nuevo agente que anteriormente no se consideraba*⁵⁸, ya que la entidad del sector de servicios posee una característica especial, existiendo una relación directa del servicio con el cliente o consumidor, afectando de manera inmediata los intereses de un tercer involucrado en caso de producirse una huelga, cuestión que afecta los derechos que este posee referente al servicio que busca satisfacer su interés.

Inconveniente que anteriormente no se producía de manera tan inmediata, al ser por ejemplo los trabajadores del sector primario, de extracción de recursos, el que recurriese a ejercer el derecho de huelga, ya que se producía un perjuicio que a lo menos no era directo y continuo a la comunidad, por ejemplo en el caso de una huelga en la minería.

Conflicto que sí se produce en los servicios, cuando por causa de una huelga ya no se permite al cliente acceder al servicio buscado (sea este un supermercado, banco o

⁵⁷ “En el caso de los servicios mínimos, al menos cuatro de las cinco hipótesis contempladas por el legislador hacen referencia a bienes jurídicos más amplios, y que pueden afectar a otras personas o comunidades enteras. Por lo tanto, en estas situaciones la tarea de ponderación se deberá efectuar tomando en consideración la afectación de derechos que no necesariamente se enmarcan en la relación empleador-trabajador (...)” Gajardo R. Op. Cit. (2018) p. 28. En este sentido es importante destacar que el mismo legislador prevé situaciones donde existe intereses más allá de la relación laboral, y que por tanto, son diferentes los intereses en disputa y los involucrados a considerar para la solución del problema.

⁵⁸ Vivero J. (2002), p.78.

bencinera), de ahí que el conflicto en casos que afecta a una colectividad de forma directa en la obtención de lo que desea, tome una relevancia social que anteriormente se daba pero no de igual forma y magnitud, ya que se afecta el derecho de obtener un servicio de manera inmediata al consumidor y que puede revestir características de vital importancia como un servicio de urgencia hospitalaria.

En esta dinámica es como el derecho es llamado a buscar una solución frente a los diversos intereses contrapuestos, siendo los servicios esenciales el límite impuesto en las mayorías de las legislaciones frente al derecho de huelga, llamado a enmendar el conflicto entre los derechos y deberes de los trabajadores, el empleador, y tomando en mayor consideración aquellos servicios indispensables para la sociedad.

De ello que surge de total relevancia determinar el rol que ejercen los servicios esenciales, y en determinados casos los servicios mínimos como límites efectivos del derecho de huelga, siendo necesario considerar las diferentes concepciones de este último término. Se ha establecido por parte de la doctrina y de aquellos órganos de la OIT, diversas clasificaciones que se le pueden dar al concepto de servicios mínimos, que a su vez han sido recogidos por las diferentes legislaciones, reconociéndose principalmente categorías de servicios mínimos de:

- a) *Seguridad: destinados a garantizar la seguridad de las personas a las cuales se les presta el servicio.*
- b) *Mantenimiento: que tiene por objetivo la preservación de la seguridad de las instalaciones.*
- c) *Funcionamiento: cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades de la población en general, considerando éste como el enunciado de forma general al mencionar la figura de los servicios mínimos.*⁵⁹

⁵⁹ García H. (2012), p.217.

Conforme a esta distinción⁶⁰ -que se desarrollará de forma más detallada en un siguiente punto- relevante ha sido el pronunciamiento de los organismos especializados de la OIT, cuyo rol ha sido preponderante para entender la figura que deben jugar los servicios mínimos durante la huelga, así Emilio Morgado, ex director adjunto de la OIT, señala que la legislación al momento de reconocer los servicios mínimos debe tomar en especial consideración el principio de la proporcionalidad, según ello *el porcentaje del total de huelguistas destinado a proporcionar estos servicios y sus funciones, deber ser el necesario para atender el porcentaje que representan los servicios mínimos en relación al total de actividades de la empresa.*⁶¹.

Vinculante entonces será para regular los servicios mínimos dentro de cada empresa, la calidad del servicio que se presta, como también el número de personal y la actividad de la empresa, a fines de disponer correctamente de la función de los servicios mínimos durante la huelga, en vista de que sea un servicio mínimo entregado de forma proporcional al tipo de actividad que se preste y a los derechos en conflictos. Cualquiera sea el tipo de servicio mínimo entregado este debe estar en correspondencia a los límites ejercidos por el derecho de huelga y la ponderación con el derecho en conflicto, para adecuarlo a las necesidades del servicio y la comunidad.

Importante en este punto es realizar una distinción entre los conceptos de dotación mínima y servicio mínimo⁶², el primero correspondiente a un número determinado de personal que presta el servicio, el segundo referido al servicio que debe prestarse como tal y la calidad en que debe realizarse, debiendo ser congruente al mismo tiempo con la no afectación al derecho de huelga en su esencia.

Estos conceptos no necesariamente deben ser equivalentes, ya que la dotación mínima de personal puede ser mayor o menor que el servicio mínimo de

⁶⁰ Esta distinción igual es acogida por la legislación de Chile, la Dirección del Trabajo a través de la ORD. 5346/0092, de 28 de octubre de 2016, ha interpretado el artículo 359 del Código laboral, señalando que este reconoce servicios mínimos de seguridad, funcionamiento , ampliándolo también a otras materias como prevenir daños ambientales o sanitarios, similar a la clasificación realizada por la doctrina.

⁶¹Entrevista Diario la Tercera, ver en:

<http://www.latercera.com/noticia/oit-propone-establecer-proporcionalidad-en-servicios-minimos/>

⁶²García H. (2006) Op. Cit., p.475.

funcionamiento que se debe mantener en un servicio esencial. Por ejemplo, la legislación italiana impone límites máximos a la fijación de los servicios mínimos cuando son establecidos por un órgano independiente de la negociación a falta de acuerdo, así señala que: *“los servicios mínimos impuestos a las partes , a falta de acuerdo entre las mismas, no deben exceder el 50% de las prestaciones normalmente erogadas con la cuota estrictamente necesaria del personal no superior a un tercio del personal normalmente utilizado para la plena erogación del servicio”* (Artículo 13 ley 146/1990, reformada por la ley 83/2000). En este caso la cantidad de servicio mínimo que debe realizarse, no coincide con el número de personal necesario para realizar dichas labores, cuestión que debe analizarse caso a caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester no desnaturalizar la figura de los servicios mínimos, no siendo lógica una restricción tal del derecho de huelga que supere los bienes jurídicos estrictamente protegidos (vida, seguridad y salud), por tanto sería necesario considerar tanto el perjuicio que sufre los trabajadores, el empleador, como también la sociedad, para no realizar servicios que comprometan más allá de lo requerido el derecho de huelga de los trabajadores, una vez que se efectúan los servicios mínimos.

Por tanto el servicio mínimo, deberá tomar en consideración diversos factores, entendido que debiese satisfacer por lo menos las siguientes condiciones:

- a) *“que debe tratarse de real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir un servicio limitado (proporcionalmente) a las operaciones estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población, o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión;*
- b) *que las organizaciones de trabajadores involucradas tengan la posibilidad de participar en la definición de dichos servicios, junto con los empleadores y las autoridades públicas.*
- c) *Las condiciones que requiere un servicio mínimo se deberán definir claramente; aplicar estrictamente; e informar previamente de ello a quienes pueden resultar afectados por las mismas.”*⁶³

⁶³ Ibíd. p.488.

Como primera cuestión, se analiza que los servicios mínimos deben responder al principio de proporcionalidad para ser efectivos en el ejercicio de la huelga y no desnaturalizarla. Ello dependerá en primer término, que el servicio que deba contar con servicios mínimos sea efectivamente aquel que responda al concepto de servicio esencial, ya que en el caso de prestar servicios mínimos por ejemplo: para un supermercado de una gran cadena, por muy detallados y precisos que los servicios mínimos se encuentren definidos no corresponden a un servicio esencial, al existir otras alternativas como supermercados de la competencia, mini mercados o almacenes de barrio.

Por otro lado la proporcionalidad tiene relevancia al momento de fijar el cómo se realizará y cuánto personal será destinado en un servicio mínimo, elementos que tiene que estar al menos en un principio dejado a las partes del conflicto ya que ellos poseen los conocimientos requeridos, dotando de efectividad por un lado a la huelga, pero por otro promoviendo la continuidad del servicio según lo requerido.

La proporcionalidad viene de la mano con la idea que el servicio mínimo debe ser necesario y adecuado⁶⁴, es decir ser efectivamente requerido y prestado de manera de no afectar la huelga en su esencia. El servicio definido como esencial, debe responder a la idea que la relación se configura en base a intereses sociales, por tanto son ellos los que deben resguardarse no así la relación laboral, ya que el bien jurídico protegido con el servicio mínimo es el derecho del tercero en conflicto para que se le otorgue tal servicio esencial, y siendo así la adecuación, necesidad y proporcionalidad se ven respetadas.

Como segundo punto, se señala la importancia de la participación de los trabajadores en la definición de los servicios mínimos, elemento de suma importancia al considerar

⁶⁴ La jurisprudencia ha entendido que para declarar un servicio mínimo debe existir un juicio que justifique su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. *“Que tal como se razona en el considerando séptimo de la presente sentencia, lo que se debe hacer por el juez en esta causa, es pronunciarse en un juicio de proporcionalidad, sobre la procedencia de decretar servicios mínimos, en este caso específico, por sobre los ya otorgados, y la afectación que esto producirá en el derecho constitucional de Huelga.*

Para verificar que debe accederse a lo solicitado, debe probarse la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de lo propuesto.” 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago Considerando Noveno, 7 de marzo 2018. Rol I-392-2017 “Farmacias Ahumada con Dirección del Trabajo”.

que ellos son uno de los principales afectados por la huelga y los primeros interesados en solucionar el conflicto. Se ha generado discusión en torno a quiénes son aquellos que deben representar a los trabajadores en el proceso de negociación colectiva, siendo el sindicato a juicio de la OIT quien debe ser el titular en la representación de los trabajadores, pero no así dejando excluido los grupos negociadores en aquellas instancias en que no existan sindicatos previamente conformados.⁶⁵

Por último se ha señalado que la definición de los servicios mínimos debe ser clara y aplicarse estrictamente, ello con fin de respetar los límites impuestos, para ello es altamente deseable que las negociaciones sobre la definición y organización del servicio mínimo no se realicen durante un conflicto laboral, a fin de que las partes puedan examinar el asunto con objetividad y serenidad.

Relevante es que las partes puedan recurrir ante un organismo independiente, responsable de examinar rápidamente las dificultades planteadas por la definición y aplicación de dicho servicio mínimo entre trabajadores y empleador, estando facultado para emitir decisiones respecto a cualquier conflicto que se produzca durante la negociación, dicho organismo será de importancia trascendental y por ello es necesario que goce su decisión de objetividad e imparcialidad.

Dicho esto, la función de los servicios mínimos debe adoptarse preferentemente antes del conflicto laboral que lleve a la huelga, pero deben admitirse modificaciones una vez se produzca la huelga, siempre y cuando se protejan los derechos en conflicto y se apliquen de manera estricta los servicios mínimos acordados.

Es clarificador en este sentido un modelo de proyecto realizado por la OIT que considera los siguientes parámetros esenciales al momento de fijar la regulación de los servicios mínimos de manera general en cualquier legislación:

“Servicio mínimo.

⁶⁵ Materia que ha sido altamente debatida en la actualidad en Chile, en base a si es posible reconocer a los grupos negociadores como agentes válidos para participar de la negociación colectiva, debido a que la actual legislación no los consideró y por tanto dejó abierta su interpretación. Ver en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/creacion-grupos-negociadores-falta-regulacion/321015/>.

(1) Toda vez que las partes lo acuerden, se podrán autorizar huelgas en cualquier lugar de trabajo con sujeción al mantenimiento de un servicio mínimo.

(2) Cuando el lugar de trabajo sea parte de un servicio esencial.

(a) el servicio mínimo será de índole tal que garantice que la vida, la salud y la seguridad personal de la población estén adecuadamente protegidas;

(b) las partes tratarán de llegar a un acuerdo sobre la cantidad y tipo de puestos a cubrir en caso de huelga y las personas que se requiere permanezcan en el puesto de trabajo;

(c) si las partes no logran llegar a un acuerdo en virtud del inciso (b), cualquiera de las partes podrá dirigirse al Tribunal para que resuelva la situación;

(d) el Ministro podrá dirigirse al Tribunal solicitándole determinar si el servicio mínimo acordado es suficiente para garantizar la vida, la salud o la seguridad personal de toda o parte de la población, y que determine, dado el caso, el servicio mínimo que se requiera, o que prohíba una huelga.

[OIT, Proyecto de disposiciones para un Estado Miembro]⁶⁶

Así en situaciones en que no parece justificada la prohibición de huelga dicho servicio mínimo debe ser adecuado para asegurar las necesidades básicas de los usuarios ante situaciones que estén involucrados la vida, salud o la seguridad personal. Por lo anterior, que lo relevante sea que el servicio mínimo fijado se corresponda a lo que el concepto como tal busca, es decir, la convivencia real entre dos derechos en conflicto. Por una parte el de los trabajadores referido a la huelga y por otro, el del empleador y del tercero en conflicto, que responde a un interés social primordial.

Debe considerarse que el bien jurídico protegido el servicio mínimo no es la relación laboral entre el trabajador y empleador, sino el derecho de un tercero ajeno al conflicto, que responde a un interés (social) más importante como por ejemplo el derecho a la vida en un servicio de salud. Este criterio resulta sumamente importante al momento

⁶⁶ OIT. Ver en: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/ch5/ex5.htm>

de establecer de qué modo debe prestarse el servicio, ya que atienda a una función social más relevante que la función laboral⁶⁷ que ejercía antes el trabajador.

Con lo anterior, el servicio mínimo entraría a actuar de manera eficiente, primero permitiendo ejercer una medida efectiva de presión por parte de los trabajadores contra el empleador al disminuir de manera directa la prestación normal del servicio, y por consecuencia los ingresos que este percibe, y al mismo tiempo respondiendo al derecho de terceros (los usuarios o consumidores) con una prestación del servicio de forma menor a la normal, pero que de igual manera protege el derecho que se ve como preponderante por la sociedad, así permitiendo el derecho de huelga pero limitándolo en fin a la convivencia de ambos derechos.

II.II Procedimiento e Instituciones

Una vez que encontramos enmarcado el concepto de servicios mínimos, a fin de que se garantice efectivamente el derecho de huelga de los trabajadores y el derecho de terceros sobre el servicio esencial, es necesario analizar la forma en que este proceso se lleva a cabo, para entender a fin de cuentas cuáles son los organismos que necesariamente deben interactuar en este sistema y cuál será la misión de estos en la negociación colectiva, a fin de respetar el conflicto de derechos y esencialmente el derecho de huelga, que es el que se encuentra limitado.

Para entender cuál es el procedimiento para fijar los servicios mínimos, éste debe estar orientado al objetivo mismo de los servicios a realizar, como señala la Comisión de Expertos de la OIT:

“Debería satisfacer, por lo menos, dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, de un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que el sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses

⁶⁷ Durante la huelga se entiende suspendido el contrato de trabajo respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentran involucrados en el proceso de negociación colectiva o a quienes afecte, en su caso.

económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas”⁶⁸

Como primera cuestión entonces, se debe establecer un servicio mínimo limitado a las necesidades que estrictamente se requiere cumplir, para respetar el derecho de los terceros, y como segundo elemento que en dicha calificación participen los involucrados.

Trabajadores-Sindicato-Grupo Negociador

Se ha entendido que los agentes clásicos en una huelga siempre han sido el trabajador y el empleador, y por ello son los principales al momento de definir los servicios mínimos dentro de una empresa, pero al momento que se produce la negociación colectiva se ha discutido la forma en que deben ejercerse los derechos de los trabajadores. Referente a esto, el quién es el encargado de representar (titularidad) las pretensiones de los trabajadores ha sido una cuestión que ha tomado diversas posturas, en el entendido que pueden ser un sindicato o un grupo negociador el que deba negociar con el empleador en el caso de una negociación colectiva.

De lo anterior que el concepto de titularidad del derecho de huelga ha sido un tema de gran relevancia al momento de analizar el derecho de la libertad sindical, ya que la forma en que la titularidad se ejerza determinará a su vez la forma de analizar el derecho de huelga. La titularidad del derecho de huelga comprende a quién le pertenece este derecho y quién debe ejercerlo, así se ha entendido mayoritariamente *“que se trata de un derecho cuya titularidad es individual, aunque su declaración y ejercicio son colectivos”⁶⁹*.

Lo anterior se ha entendido en doctrina como “titularidad diferenciada”, en la cual la titularidad del derecho de huelga hay que *“conectarla con su contenido es decir cuál sea el singular derecho contemplado integrante del contenido de aquel”⁷⁰*, referido a la idea que existen ciertos derechos que pueden invocarse de forma colectiva como el

⁶⁸OIT (2009), p.111.

⁶⁹Lizama L. (2015) p, 27.

⁷⁰ Palomeque López, (1992) pp. 357-364.

llamado a huelga, pero que por ejemplo la adhesión a la huelga, es un derecho que corresponde al titular individualmente considerado.

Por ello será de suma importancia considerar quiénes serán los encargados de representar a los trabajadores en un proceso de negociación colectiva. En este sentido, la OIT rescata la importancia de la titularidad sindical, entregando la organización de la negociación colectiva al sindicato, pero sin desacreditar la figura de aquellos grupos especialmente reunidos para tal efecto. El director de la OIT en América Latina señala acorde a este lineamiento referido al caso de Chile, lo siguiente:

“El convenio de la OIT es uno que promueve el fortalecimiento y desarrollo de la organización sindical, por lo tanto entiende que la negociación colectiva la debe llevar adelante el sindicato. Y señala que sólo en circunstancias de inexistencia de sindicatos pudiera negociar los grupos negociadores, que es una figura local (sólo de Chile).”⁷¹

Así lo esencial para una promoción del sindicato y su fuerza coercitiva frente al empleador, será potenciar esta figura a través de una efectiva sindicalización del trabajador, cuestión que como ya se mencionó se produce de forma muy deficiente en América Latina, dada la baja tasa de sindicalización⁷². Materia que al momento de la revisión constitucional a la reforma laboral por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC), referente a la *titularidad sindical exclusiva*⁷³ que buscaba impulsar el proyecto de reforma laboral del gobierno, esta fue rechazada, en tanto buscaba establecer una obligación irrestricta de negociar con el sindicato, en contra de los grupos negociadores, cuestión que se señalaba atentaba contra el derecho individual de los trabajadores al momento de hacer efectivo el derecho de huelga y sobre la libertad de asociación⁷⁴.

⁷¹Entrevista de 06 octubre de 2014. Ver en:

<http://www.pulso.cl/economia-dinero/director-de-la-oit-de-a-latina-plantea-que-fin-de-reemplazo-en-huelga-debiera-considerar-turnos-internos/>

⁷² Desde el 2010, la tasa de sindicalización a nivel país ha crecido 4,5 puntos llegando a 20,6%, su valor más alto (2018). Ello supera el promedio de los países de la OCDE que según las últimas cifras de 2014 era de 16,7% y que ha tenido una tendencia a la baja en los últimos años. El Mercurio Digital (Artículo) Fecha: 15 de enero 2018

⁷³ Sentencia rol N° 3016-2016 Tribunal Constitucional, de fecha 09 de mayo 2016.

⁷⁴ Síntesis STC 3016-16 CPT parte que acoge. 13 pp.

Lo anterior se debe a que la reforma no había considerado a los grupos negociadores como titulares del derecho a negociación colectiva, así no reconocía un grupo central dentro de nuestra realidad laboral, más aun considerando el bajo reconocimiento del sindicato como representante de los trabajadores en variados sectores donde no se encuentra potenciada dicha figura, interesante reflexión en este sentido realiza Álvaro Iriarte:

“Sin lugar a duda los sindicatos, como manifestación de la sociedad civil, están llamados a desempeñar un rol relevante en las relaciones laborales, pero es muy distinto atribuirles una suerte de preeminencia o monopolio sobre los propios trabajadores. Los sindicatos, como tantas otras expresiones de la asociatividad, son manifestaciones de la libertad de asociación y reunión; y por tanto resulta ilógico que se obligue directa o indirectamente a los trabajadores a formar parte de un sindicato.”⁷⁵

Resulta más razonable que la titularidad del derecho de huelga deba encontrarse en aquellos grupos que mejor representen el interés genuino de los trabajadores, el cual debe hallarse preferentemente en un grupo sindical robustecido y que represente heterogéneamente a los trabajadores, pero ello no necesariamente deben encontrarse en el sindicato a tal punto de restarle o quitarle total valor a los denominados grupos negociadores que se reúnen para tal efecto en las instancias de negociación colectiva.

Si bien el sindicato debiese encontrarse con mejores herramientas para actuar en estos casos tanto administrativa como técnicamente, la realidad latinoamericana no responde a la sindicalización fuerte y organizada de otros países, por tanto, la actual reforma no puede buscar a través de la imposición obligatoria del sindicato como ente exclusivo para negociar con el empleador, robustecer la figura del sindicato, ya que ello debe responder a otros intereses idealmente, que se inculque y reconozca a los trabajadores el gran potencial que tiene esta figura como herramienta de solución de cualquier conflicto en el ámbito laboral, y en tanto ello no se produzca de manera libre por los trabajadores, las demás instancias representativas de los trabajadores que puede encontrarse perfectamente en un grupo negociador no puede ser desconocida.

⁷⁵ Iriarte Á. (2016), columna de opinión.

Empleador

La contraparte de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva corresponde a la figura del empleador, quién se configura como el principal afectado⁷⁶ al momento de un procedimiento de huelga, el cual será el interesado y encargado de velar por el retorno a las actividades normales del funcionamiento laboral.

El empleador sufre directamente los perjuicios de una paralización de actividades, ya sea a través de una huelga que se desarrolle de manera total o parcial, caso en que se podrán prestar servicios mínimos en la empresa afectada.

Dado que con la reforma existe una efectiva prohibición del reemplazo a los trabajadores, la mejor opción para el empleador será conocer y responder a los intereses de los trabajadores conciliándolos con los suyos y los de la empresa, a fin de evitar un mayor perjuicio tanto a la empresa y a su vez a los usuarios de dichos servicios.

Por tanto, al igual que los trabajadores le corresponderá participar y definir dentro del proceso de negociación colectiva las bases necesarias para superar el conflicto, siendo los primeros que deben propender a la solución tanto antes, durante y después de las negociaciones, debiendo en primer lugar definir qué debe entenderse por servicios mínimos según la naturaleza del servicio que prestan.

Una vez se haya hecho efectiva la huelga legamente convocada en una empresa declarada como un servicio esencial⁷⁷, el procedimiento general consistirá primero en una calificación previa si dicha empresa debe prestar servicios mínimos o no:

⁷⁶ En cierto modo resulta contraproducente señalar al empleador como el afectado, toda vez que el proceso de huelga se produce porque no responde a las demandas mínimas de sus empleados, quienes serían los afectados con las condiciones laborales de la empresa, de ahí el fundamento de la reforma para buscar equiparar el procedimiento de negociación colectiva, dado que requería mayor regulación. En este sentido *“Hay que nivelar la cancha entre empleadores y trabajadores. Debemos promover la capacidad y autonomía de las partes para negociar en igualdad de condiciones y al mismo tiempo la cultura de cooperación y colaboración. Debemos avanzar en modernizaciones que permitan compatibilizar demandas que derivan del dinamismo, la competitividad y productividad con relaciones laborales que dignifiquen el trabajo, que fortalezcan la sindicalización, la negociación colectiva y una justa distribución de las ganancias”*. Bachelet M (2016), p.93.

⁷⁷ Interesante es observar que definir el servicio esencial implica un punto jurídico, pero también político, que resulta esencial *“El tercero imparcial es la autoridad gubernativa como garante de la efectividad de los bienes y derechos constitucionales. Pero no es genéricamente la Administración Pública, sino el*

- a) En el caso que deba prestar servicios mínimos, estos debiesen estar delimitados anteriormente al conflicto, junto con quiénes conformarán los equipos de emergencia, definición que corresponderá a los involucrados, es decir, trabajador y empleador, requiriendo en casos de desacuerdo a un tercero imparcial que decida⁷⁸.

Una cuestión interesante es que el período previo de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia se puede encontrar fuera del período de negociación colectiva, como en Chile⁷⁹, cuestión que disminuye la protección entre los agentes que participan, esencialmente a los trabajadores.

- b) En el segundo caso, la empresa reviste caracteres de esencialidad, pero no tiene la opción de contar con servicios mínimos, dado que no se admite interrumpir el servicio bajo ningún punto. Si bien esta visión restringe directamente el derecho de huelga, la OIT estima⁸⁰ que en este caso deben otorgarse mecanismos de solución alternativos que actúen de manera eficaz, de manera de entregar una respuesta ante el derecho de huelga de los trabajadores que no se permite ejercer, por ejemplo a través de una mediación y arbitraje.

El primer punto en el que deben prestarse los servicios mínimos, se busca que la declaración de servicios mínimos y de los equipos de emergencia debe ser previa a la huelga en busca a una mayor objetividad, en este caso la regla general, es que la

Gobierno o aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno y ello porque la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser responsabilidad jurídica, es responsabilidad política". Torrente S. (1992), p.123.

⁷⁸ En este punto las legislaciones en España, Italia y Argentina, han entregado esta definición a un tercero imparcial, que luego permite ser revisada por los tribunales de justicia, lo que ha traído un doble juzgamiento sobre la calificación de servicios mínimos.

⁷⁹El Código laboral en su artículo 360 señala: Calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia. "Los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva." Una crítica a este articulado efectúa José Luis Ugarte, experto en derecho laboral de la Universidad Diego Portales, que señala: "El que debe responder a esto es el gobierno, ellos inventaron este enredo y para darle garantías al mundo empresarial, sacaron los servicios mínimos de la negociación colectiva, lo que fue un absurdo total porque te queda una negociación colectiva que lejos de simplificarse, se complejiza y te va a durar 7-8 meses". Ver en:

<http://www.eldesconcierto.cl/2017/01/03/servicios-minimos-la-bola-de-nieve-que-se-le-viene-a-la-direccion-del-trabajo-con-puesta-en-marcha-de-la-reforma-laboral/>.

⁸⁰ Tribuzio J. (2015), Op. Cit., p.30.

propuesta sea realizada por el empleador, luego confrontada con la de los trabajadores (representados por un sindicato generalmente), estipulando tiempos acotados⁸¹ para la propuesta y la respuesta para ambas instancias, negociación que una vez llegue a estado de acuerdo deberá levantarse un acta, acompañando copia a la institución laboral correspondiente, siendo sujetos a una revisión meramente formal, como el caso de Chile, y ya en caso de existir desacuerdo se requiere consultar a un tercero para ver las vías de acuerdo, o por último llevar tal discusión ante los órganos de justicia.

Tercero Imparcial- Administración

De suma importancia se torna la figura del tercero en caso de discordia, ya que se requiere que revista las características de experto e imparcialidad para realizar una adecuada definición de los servicios mínimos y equipos de emergencia establecidos.

Por lo anterior se efectúa una crítica ante la posibilidad que este tercero sea parte de la administración, y represente el interés del gobierno, ya que posee un conflicto de interés al momento de ponderar los derechos, cuestión que trataremos más adelante al hablar del caso de Chile y como se ha enfrentado en otras legislaciones, pero señalando de antemano que la solución que debe ser otorgada por un tercer agente, que debe ser imparcial para al mismo tiempo responder a una visión racional y justa, en vista a realmente calificar un servicio mínimo que no altere el derecho de huelga en su esencia, por ejemplo dotándolo de un gran número de personal, sin producirse una huelga efectiva en la práctica.

En este punto, es necesario considerar que ante un servicio esencial que deba prestar servicios mínimos, estos últimos serán realizados en una forma y capacidad menores al de un servicio normal, los que deberán ser fijados en atención a la calidad y características propias del servicio que se trate, según su naturaleza.

Debe verificarse que al prestar el servicio lo que se protege es un derecho fundamental que justifica tal necesidad, primero debe analizarse cómo se realizará el servicio mínimo, para luego determinar cuántos y quiénes, según las competencias técnicas o profesionales, conformaran los equipos de emergencias que prestarán dicho servicio,

⁸¹ Entre una propuesta y otra se establece un tiempo de entre 10-15 días.

fundamentando los turnos y la forma que son requeridos, y ya en el caso de producirse una huelga, adecuar en el caso de ser necesario lo anteriormente establecido a las necesidades actuales en que se desarrolla, sin menoscabar el acuerdo.

Judicatura

Por otro lado también surge la opción de un cuarto agente para la correcta calificación de los servicios mínimos, que se encuentra en los tribunales de justicia, los que serán competentes en la medida que la regulación del acuerdo sobre calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, amenace los derechos constitucionales, civiles y laborales, lo que permitirá su adecuación según la normativa del Derecho Constitucional y del Derecho Laboral. En la mayoría de las legislaciones comparadas se ha reconocido la función de los tribunales, los cuales si bien se busca que actúen en última instancia, se han vislumbrado como instituciones que permiten el respeto de los derechos en juego, pero a la vez traen aparejado el problema de dilatar el proceso en demasía, surgiendo la pregunta si más bien el órgano administrativo o imparcial experto basta y debiese ser el que entrega la calificación final sobre servicios mínimos.⁸²

En los tribunales ordinarios de justicia debiesen existir mayores garantías para otorgar una ponderación más acorde a lo establecido por el legislador, referente a cualquier limitación del derecho de huelga, dado los principios y procedimientos establecidos durante la tramitación de un procedimiento de negociación colectiva. Si bien el conocimiento de los tribunales tiene que estar entregado en casos más excepcionales y como último recurso, dado que debe propenderse mayormente a alcanzar un acuerdo entre las partes de forma autónoma, luego de requerida la intervención del tercero imparcial, debiese ser la judicatura en su calidad de imparcial y ante un tribunal experto en la materia quién debiese resolver el asunto en último término.

⁸² La Corte Suprema se ha pronunciado afirmando que tienen competencia para conocer de las reclamaciones del procedimiento administrativo de calificación de servicios mínimos fijado por la Dirección del Trabajo. *“(…) que sólo cabe concluir que el artículo 360 en su inciso undécimo no pudo ser interpretado sino conforme a su tenor y prístino sentido, lo que significa que no es posible atribuirle otro alcance que el de demarcar el agotamiento de la vía administrativa, pero en modo alguno impedir o privar al afectado con la decisión de la Dirección Nacional Del Trabajo, de acudir a la sede jurisdiccional (…)”* considerando 10° sentencia de fecha 02 de agosto de 2018, Corte Suprema Rol 6.458-2018, en igual sentido Corte Suprema Rol 832-2018.

Incumplimiento

Es inequívoco que la calificación de servicios mínimos es problemática, de ahí que aun en el caso de ser determinados legalmente, es decir según la legislación y bajo un procedimiento adecuado, se producen conflictos que pueden llevar a su incumplimiento, ya sea al momento de definir los servicios mínimos por las partes, como también al momento de ejecutarlos, lo que se ha denominado como prácticas antisindicales o desleales⁸³, ya que afectan el principio de la buena fe durante las negociaciones.

Al haber un incumplimiento al momento de la calificación de los servicios mínimos por alguno de los agentes en conflicto, esto generalmente se ha entendido como una práctica desleal, lo que tiene aparejado una sanción pecuniaria, a través de multas o supliendo la falta de acuerdo ante el silencio de una o ambas partes.

Al momento de definir los servicios mínimos existe un período para que las partes evacúen un acuerdo sobre la calificación de los servicios mínimos, y finalizado se debe revisar la calificación definitiva por un órgano tercero imparcial. A falta de este acuerdo el mismo órgano fiscalizador lo realiza mediante resoluciones vinculantes, que podrán apelarse ante el mismo órgano mediante un recurso de reposición administrativo, y que en caso de ser necesario requerir dicha calificación ante los tribunales de justicia, al ser una vulneración en el ejercicio de un derecho fundamental a través del recurso genérico de cada legislación.

Por otro lado en el caso que el incumplimiento se deba a que los trabajadores se niegan a prestar el servicio o se presta de manera deficiente a lo acordado, la solución ha ido mayormente en ampararse en la facultad del empleador de solicitar, una vez sea analizado y comprobado la efectiva denegación de servicio por parte de un órgano imparcial, la contratación de un equipo de reemplazo en los mismos términos fijados por los servicios mínimos⁸⁴.

⁸³ Para una aproximación sobre esta materia consultar:

<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/reforma-laboral-practicas-antisindicales-y-practicas-desleales>

⁸⁴ De igual forma señala un abogado español: “*Si los huelguistas no cumplen con los servicios mínimos entonces el empresario si puede sustituir a los huelguistas.*”

Solo se admite recalificar la forma en que debe prestar el servicio ante un cambio de las circunstancias que afecten el derecho protegido.⁸⁵ Si es el empleador el que no cumple, y exige realizar mayores labores que las acordadas en los servicios mínimos o contrata equipos de emergencia, está será considerado conducta desleal, sancionada pecuniariamente, debiendo solicitar la remoción inmediata del personal contratado por la fuerza pública correspondiente.⁸⁶

III.II Conflicto con otros derechos

Los servicios esenciales y servicios mínimos son el límite que se impone al derecho de huelga, el que se contrapesa frente a otros derechos, que pueden resultar más preponderantes y de mayor jerarquía, superior en su consideración social, constitucional y legal, en comparación al del derecho de huelga. Por tanto al momento de considerar la esencialidad de un determinado servicio, es necesario realizar la calificación de manera restrictiva o acotada dado la importancia de los derechos en conflicto, y de las características especiales que puede revestir tal servicio.

En este sentido, por ejemplo el Tribunal Constitucional Español efectúa una interpretación de la esencialidad, elaborando lo que se ha denominado como una *“cláusula general de esencialidad conforme la cual para que un servicio sea esencial deben ser tales también los bienes e intereses que satisface, entendidos como los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”*⁸⁷, es decir lo que se realiza es un análisis frente a los servicios que realmente deben ser considerados esenciales, conforme a los derechos que están en conflicto en caso de suspenderse el servicio total o parcialmente por efecto de una huelga.

El derecho de huelga, cómo señalábamos con anterioridad, no es ilimitado y cede ante las necesidades de la comunidad. No parece razonable que una huelga paralice la actividad de un país entero.” Salinas M. (2017) columna de opinión.

⁸⁵ Artículo 360 inciso final Código laboral: *“Por circunstancias sobrevinientes, la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación, de acuerdo al procedimiento previsto en los incisos anteriores. La solicitud de revisión deberá ser siempre fundada por el requirente.”*

⁸⁶ La práctica ha demostrado que el empleador aun casos de arribar a un acuerdo respecto a la calificación de los servicios mínimos incumple dicha medida. Ver por ejemplo: <https://www.farodevigo.es/portada-deza-tabeiros-montes/2018/11/16/denuncian-incumplimiento-servicios-minimos-huelga/1999505.html>

⁸⁷ Sentencia STC 26/1981 de 17 de julio de 1981. Merino A. (2015) pp. 145 y ss.

Deben ser derechos que respondan a lo menos a una jerarquía superior al derecho de huelga que se suspende en el caso concreto, es decir de un derecho constitucional que supere al derecho de huelga del trabajador, en relación a los límites de esencialidad del servicio y como éste debe ser correctamente fijado.

Una importante cuestión se ha debatido sobre la importancia que debe requerir un servicio para ser considerado esencial, como también el papel que deben jugar los servicios mínimos. En la doctrina comparada española se advierte preocupación por la extensión de la “*cláusula de esencialidad* a un número creciente de actividades”⁸⁸, en especial cuando se lo confunde con los servicios de seguridad y mantenimiento, que pertenecen a la órbita interna de la empresa, y que por tanto no debiesen realizarse a menos que dicho servicio responda a un derecho fundamental relevante que se proteja, superior en consideración al derecho de huelga.

Bajo este problema, es relevante calificar esencial un servicio cuando realmente posee este carácter, lo mismo que sucede al momento de fijar el servicio mínimo, ya que un servicio que erróneamente sea señalado como tal, conllevaría a una errónea desprotección del derecho de huelga de los trabajadores, ya que los servicios esenciales y la imposición de servicios mínimos son una excepción al *principio general del derecho de huelga*.⁸⁹

De ello que los servicios mínimos que se fijan deben ser estimados en su magnitud correcta, por tanto la distinción entre los servicios mínimos de funcionamiento, con los de seguridad y mantenimiento merece atención, ya que mientras el servicio de funcionamiento responde a un interés de protección social, los segundos responde a la protección interna de la empresa para futuras prestaciones una vez se reanuden las labores.

⁸⁸ Raffaghelli L. (2007), p. 336.

⁸⁹ “(...) Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Además, a juicio de la Comisión, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales” Gernigon B. Odero A., Guido H. (2000) Op Cit., p.22

Un servicio mínimo busca proteger derechos constitucionalmente relevantes, ya que los servicios esenciales y mínimos, no buscan la protección de la empresa estrictamente, sino el respeto de un derecho constitucional más relevante para la comunidad, que no se asocia comúnmente con la seguridad y mantenimiento de la empresa, sino con la prestación de un servicio de funcionamiento.

De un modo ejemplar, relevante podría considerarse un servicio esencial dentro de una empresa nuclear en relación a la seguridad y mantenimiento del equipo que allí se utiliza, por razones que podrían afectar directamente la salud de la población en caso de catástrofe, cuestión que se encontraría justificada de prestar un servicio mínimo.

Ahora, erróneo sería someter a la misma calificación un servicio de minería ya que si bien deben prestar servicios de seguridad y mantenimiento, estos no revisten el carácter de esencial a la comunidad, dado que difícilmente el mantenimiento de dicha maquinaria pondría en riesgo a la sociedad, por tanto su ponderación requiere ser distinta al momento de prestarse según la naturaleza del servicio. En general se entiende que no responden a la visión pública que el servicio de funcionamiento sí tiene y que por tanto debe ser considerado, ya que lo esencial es responder al derecho fundamental en conflicto, no a la relación laboral propiamente tal.

Al momento de presentarse un conflicto de derechos, y a modo ejemplar, la OIT ha considerado un catálogo acotado de servicios, que menciona aquellos calificados como esenciales en la generalidad de los países, en atención a que son servicios que revisten su esencialidad indistintamente del lugar en que se encuentren, mencionando:

*“Sector hospitalario, servicio de electricidad, servicio de abastecimiento de agua, servicios telefónicos y el servicio de control del tráfico aéreo.”*⁹⁰

En este mismo sentido la CLS, reconoce servicios que no corresponden en su regla general a servicios esenciales y que por tanto no debiese ser regulado como tal, lo que no obsta que dada las especiales condiciones de un país puedan ser considerados como esenciales, señalando:

⁹⁰ *Ibíd.*, p.20.

“Radio- televisión, sector del petróleo, puertos (carga y descarga), bancos, servicios de recaudación de impuesto, grandes almacenes, sector minero, hotelería, frigoríficos, construcción, fábrica de automóviles, reparación aeronaves, actividades agrícolas, servicios de distribución de productos alimentarios, casa de la moneda, educación, transporte metropolitano, servicio de correos”⁹¹, entre unos pocos más.

Si bien la noción de esencial de un servicio es necesaria calificarla en cada caso, estos ejemplos nos demuestran que tan amplio es el espectro generalmente considerado, y nos dejan comprender como se ha de analizar estrictamente lo esencial frente a los derechos de la vida, la salud y seguridad, ya que ello es lo primordial para el efectivo respeto del derecho de huelga.

Ya al momento de interpretar como se debe ejecutar el servicio mínimo, debe tenerse en especial consideración que la prestación será realizada con una dotación menor a la normal, porque lo que se protege no son los derechos y deberes emanados del contrato de trabajo propiamente tal, sino la especial calidad del servicio (esencial) que requiere la comunidad, dada una continuidad que sea a lo menos mínima.

Por tanto deberán confluír en la huelga el derecho de los trabajadores frente a sus pretensiones con un derecho constitucional igual o más relevante, de lo que deriva un perjuicio al empleador a fin de ser una medida de presión. Al mismo tiempo la huelga afecta a la sociedad, lo que trae como consecuencia el descontento y un problema al normal funcionamiento del servicio, ya que ese es el objetivo de la huelga, lo que debe al mismo tiempo amparar la protección de un derecho de relevancia para la comunidad.

Se requiere llegar a la medida necesaria y justa en cada servicio definido como esencial; esa es la clave a la que deben apelar los servicios esenciales y mínimos frente a una huelga legamente convocada.

Por ello se requieren como mínimo ciertas características para definir correctamente un servicio mínimo en caso de una huelga, de acuerdo a los estándares considerados necesarios ante un conflicto de derechos; ha parecido de absoluta claridad y utilidad

⁹¹ *Ibíd.*, p. 21.

para este punto los requisitos que se han estimado para el contenido de una Disposición regular sobre servicios esenciales y fijación de servicios mínimos, lo cual resume de cierta manera lo ya abarcado respecto a lo requerido por un servicio:

“a. Motivación o fundamentación de triple aspecto:

a.1) carácter esencial de los servicios;

a.2) fundamentación de la necesidad de los servicios mínimos;

a.3) fundamentación del número de trabajadores necesarios para preservar dichos servicios

b. Principio de proporcionalidad para ponderar los daños causados a los usuarios con la limitación del derecho de huelga.

c. Existencia de normas reglamentarias sobre servicios mínimos en un determinado sector o actividad en caso de huelga.

d. Condición de gubernativa que debe tener la autoridad que fija los servicios mínimos.

e. La intervención del comité de huelga o del sindicato en el procedimiento ante dicha autoridad.-

f. Vías de suspensión cautelar en sede judicial de la orden de fijación de servicios mínimos, que ha sido impugnada.”⁹²

Una vez sea establecido un servicio como esencial, debe velarse por proteger el derecho en disputa con el derecho de huelga, así el derecho a la vida, a la salud y la seguridad que generalmente son indiscutidamente considerados como esenciales, deben ejecutarse de manera propicia al fin que persigue, es decir amparar un derecho constitucional en su naturaleza que sea relevante para la comunidad. De ahí que su procedimiento de fijación e implementación sea tan relevante, haciendo necesario que participen los involucrados de manera de respetar los derechos y llegar a acuerdos.

En relación al esquema expuesto, una vez sea necesario establecer la forma de prestarse el servicio mínimo debe verificarse si nos encontramos ante un servicio

⁹²Cabeza J. (2005), p.171.

esencial, y las razones que motivan la forma de prestar el servicio mínimo y de qué modo, requiere para esto la debida fundamentación, así sean cognoscible los criterios a considerar para futuras decisiones.

Debe además observarse una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad⁹³ en tanto el servicio no sea exigido más allá de lo requerido o se preste de manera deficiente a lo necesario, para ello pueden utilizarse los parámetros fijados por otras empresas o las recomendaciones de peritos expertos⁹⁴ o normas reglamentarias similares que puedan otorgar correctos indicios de lo que se requiere en la práctica del servicio. Para lo anterior es necesario coordinar todas la voces afectadas en este caso y lo medios necesarios para otorgar soluciones a los problemas que se presenten y se encuentren en discusión, a través de un tercero imparcial que guíe la discusión, decisión que luego siempre podrá ser revisada por los tribunales de justicia en tanto se produzca la afectación de derechos amparados por la legislación.

Si se respeta el procedimiento anteriormente indicado, se otorgará lo que la legislación pretende para calificar adecuadamente los servicios mínimos, en tanto busca proteger ciertos procedimientos formales requeridos, pero a su vez un elemento subjetivo que corresponde al contenido que se le otorga al servicio mínimo, en relación a la forma en que se presta, el número de personal, los turnos y la calidad que reviste. Entonces esto último se realiza vinculando los principios, como el de proporcionalidad al servicio que debe realizarse, además de considerar las distintas proposiciones respecto a que es lo esencial, y que por tanto debe otorgarse a los usuarios de dicho servicios, es

⁹³ *“La proporcionalidad, se encuentra compuesta por tres subprincipios, a saber: a) el de idoneidad; b) el de necesidad; y c) el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros dicen relación a la optimización de los derechos un conflicto en relación a las posibilidades fácticas o de hecho, de manera que el acto limitativo de un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener tal fin; y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor; mientras que el tercero -de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación- tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas que el ordenamiento jurídico otorga.”* Bilicic T. (2011) Artículo.

⁹⁴ La Corte Suprema se ha pronunciado señalando que: *“(…) cabe resaltar que un conflicto relativo a la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia- más allá de la enorme relevancia y entidad que es posible apreciar respecto de lo que en esta materia se decida por los efectos que puedan generarse-, resulta ser un problema de suyo complejo, tanto por la necesidad de aportación de pruebas de índole técnico y pericial, sino que también por la naturaleza propiamente jurídica que eventualmente puede ser preciso abordar y resolver”* Considerando noveno, sentencia de 02 de agosto de 2018 Corte Suprema Rol 6.458-2018

decir una visión que contemple lo que los involucrados ven como lo más justo de acuerdo a sus intereses.

Estaremos ante un servicio correctamente aplicado cuando permita convivir ambos derechos en conflicto de manera eficaz, cuestión que resultará compleja adecuar en cada caso, pero que debe lograrse a través de la discusión entre los diversos involucrados, la experiencia comparada y la doctrina especializada, a fin de los derechos involucrados sean correctamente protegidos, buscando siempre la preponderancia de la naturaleza del derecho considerado esencial.

Como último acápite, para dar una síntesis global de lo expuesto en este capítulo, debe establecerse:

- Los servicios esenciales son fijados previamente por la autoridad de gobierno, en relación a los intereses y derechos que conviven en cada país, esto debe hacerse preferentemente de acuerdo a los principios otorgados por la OIT, que entregan ciertas fórmulas para obtener un mejor resultado en la defensa de los derechos de los trabajadores, sin menoscabar el derecho de la comunidad. Para los casos en que la huelga sea prohibida para un servicio de forma total, deben otorgarse medios de solución alternativos y expeditos, como arbitrajes y mediación.
- Una vez sean fijado un servicio como esencial, corresponderá a los trabajadores⁹⁵ y empleador (o también consumidores) ^{*96}, determinar según el procedimiento aplicable en cada legislación, cuáles serán los servicios mínimos que se prestarán y quiénes conformarán los equipos de emergencia, decisión

⁹⁵ La figura del sindicato como figura de representación de los trabajadores, debería ser empoderada y robustecida, entendida como un aliado dentro de la empresa, más que una figura contraria a los intereses de esta. Una gran tarea para mejorar las relaciones laborales surge especializando y tecnificando los sindicatos, a través de expertos en el área, que permitan negociar y ser una figura preponderante dentro de la empresa.

⁹⁶ Existe en el derecho comparado un tercer agente que participa dentro del proceso de determinación de servicios mínimos correspondiente a la asociación de usuarios de cada servicio, que dependerá de gran manera de la organización y representación de los consumidores, en tanto son ellos los afectados por el servicio que se busca suspender con la huelga. Si bien en Chile las asociaciones de consumidores no gozan de una institucionalidad tan robusta, y no poseen el conocimiento técnico, no podría dejar de ser relevante considerar la opción, frente a los directos perjudicados con la interrupción del servicio.

que ante cualquier desacuerdo pueda recurrirse a un órgano imparcial, idealmente autónomo y descentralizado, permitiendo reponer de dicha decisión ante el mismo órgano, y en caso de disconformidad recurrir ante los tribunales de justicia.

- El procedimiento que contenga la legislación deberá ser expedito y con plazos establecidos, a fines de determinar los servicios mínimos de forma eficiente⁹⁷, debiendo responder al principio de proporcionalidad y a los intereses y derechos en conflicto, estableciendo sanciones para el caso del incumplimiento por cualquiera de las partes.
- Es por último necesario que todas las decisiones gocen del fundamento o motivación, para verificar la correcta aplicación del servicio mínimo y la defensa de los derechos en conflicto, entregando de esta forma parámetros para futuras decisiones, que si bien no son vinculantes si pueden ser ejemplificadoras. Decisión que deberá ser recurrible ante la justicia teniendo competencia para ello los tribunales administrativo-contenciosos o la justicia social a través de los tribunales civiles, laborales o penales según el tipo de responsabilidad que se busca atribuir.

Si bien realizar un análisis acabado de qué servicios deben ser considerados esenciales es una tarea dejada a cada legislación, la confrontación con otros derechos debe realizarse bajo estos parámetros al menos, buscando un equilibrio en la forma en que deben calificarse los servicios esenciales y servicios mínimos.

Una forma ejemplificadora referente a lo que debe entenderse por servicios esenciales y servicios mínimos, lo ha otorgado la jurisprudencia comparada⁹⁸, en fin a entender de mejor manera como se da el conflicto entre los derechos en la práctica judicial y las

⁹⁷ “Será considerado eficiente un servicio mínimo que considere los criterios de temporalidad, espacial o territorial, los servicios alternativos, la naturaleza del derecho fundamental que se busca proteger y el número de trabajadores que se requerirán.” González B. (1992), p. 47.

⁹⁸ Un resumen de la regulación en Alemania, Francia, Reino Unido e Italia sobre los servicios mínimos realizado por la Comisión Sindical Obrera España 2002:
https://elpais.com/diario/2002/06/11/espana/1023746406_850215.html

respuestas que han resultado más acorde a los principios de la negociación colectiva, cuestión que veremos en el próximo capítulo a fines concordar los principios más relevantes, para coordinarlo con una propuesta acorde a nuestra legislación.

Capítulo III Legislación comparada y aplicación de servicios mínimos.

III.I Italia

Derecho de huelga y servicios mínimos

La legislación italiana contempla el derecho de huelga en el Título III de las “Relaciones económicas” del artículo 40 de la Constitución⁹⁹, centrado en la idea que es un derecho fundamentado en las *relaciones económicas y en la lucha de categorías*¹⁰⁰, siendo el derecho de huelga considerado un derecho, no una mera libertad. Señalando sin embargo en el texto constitucional una escueta redacción, entregando además a la ley su regulación:

“Artículo 40

El derecho de huelga se ejercitara en el ámbito de las leyes que lo regulen.”

Lo que derivó finalmente en una regulación realizada tanto por la doctrina, como por sobre todo la jurisprudencia¹⁰¹, a través de una extensa ordenación del derecho de huelga, hasta que con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional se publicó la ley 146/1990.

Si bien la naturaleza jurídica del derecho de huelga italiano ha sido fuertemente discutida, existe un reconocimiento de la huelga como un derecho¹⁰² y no una mera libertad, centrada en las relaciones del trabajador y la imposibilidad de éste de prohibir o sancionar penalmente la abstención colectiva.

Se ha considerado la huelga como derecho de igualdad¹⁰³, como instrumento cuyo ejercicio proporciona al trabajador, la parte más débil del contrato, un equilibrio

⁹⁹ Constitución de la República Italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947

¹⁰⁰ Bécares J. (2016), Op. Cit., p.44.

¹⁰¹ “Sin embargo, y a excepción de la Ley 146/1990 referente al sector público, no se ha legislado con carácter general para el sector privado. (...) la doctrina y la jurisprudencia juegan un papel fundamental en la regulación del ejercicio de este derecho. El derecho a la huelga se garantiza a todos los trabajadores y, en principio, todas las modalidades de conflicto están permitidas, incluidas las huelgas políticas, siempre que no tengan por objeto atentar contra la Constitución Italiana.” Gómez S, y Pons M. (1994) p. 11.

¹⁰² Bécares J. (2016), Op Cit. p.45.

¹⁰³ Ferrajoli L. (2009), p. 231.

respecto del empresario. Esta calificación jurídica dice relación con la exigencia de igualdad sustancial, que tutela la Constitución Italiana en su artículo 3¹⁰⁴, siendo un derecho que busca equilibrar las relaciones laborales entregando una herramienta de negociación al trabajador.

Se llegaron a importantes pronunciamientos para entender la figura del derecho de huelga en Italia, el que “*presupone la existencia de un conflicto colectivo, en cuyo núcleo subyace una reivindicación social supraindividual, y que se concretiza en la abstención laboral por parte de una pluralidad de trabajadores para la defensa de sus propios intereses*”¹⁰⁵, dentro de esta idea la Corte Constitucional Italiana rescata la figura de “*nozione*”, que busca responder al contenido esencial del derecho, definido como “*la abstención de trabajo dispuesta por una pluralidad de trabajadores con el fin de tutelar los intereses profesionales de su categoría.*”¹⁰⁶

La comprensión que se le ha dado a la titularidad del derecho de huelga es que, corresponde a un derecho individual de cada trabajador, pero de ejercicio colectivo¹⁰⁷. Se ha aceptado la titularidad del derecho de huelga en sectores públicos y privados, sin mayor distinción ya que se ha considerado un concepto de servicio esencial según su *finalidad pública*¹⁰⁸, lo que en ciertos casos permite que la titularidad pueda ser ejercida incluso dentro del sector de los empleados públicos, con un reconocimiento *legislativo, jurisprudencia y doctrinal*¹⁰⁹, regulando a su vez materias como los

¹⁰⁴ Artículo 3: “*Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País.*” Costituzione della Repubblica Italiana Testo completo tradotto in: Español (Spagnolo), p. 33.

¹⁰⁵ Bécades (2016), Op Cit. p. 50.

¹⁰⁶ Corte Constitucional 14 de enero de 1974 numeral 1.

¹⁰⁷ Marzi D. (20011) Artículo, p.3.

¹⁰⁸ Bécades J. (2016), Op. Cit., p.287.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p.107.

*trabajadores autónomos*¹¹⁰, de los *jueces, magistrados y fiscales*¹¹¹ e *incluso de los extranjeros*¹¹².

Con la dictación de la ley 146/1990¹¹³ el 12 de junio de 1990 -Sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales y la salvaguarda de los derechos de las personas constitucionalmente tutelados.- sin perjuicio de ser un gran avance legislativo, se dio cumplimiento parcial a lo requerido por el legislador italiano, ya que se reguló de forma incompleta a lo prescrito por la norma constitucional *por sólo referirse al ámbito de los servicios esenciales de la huelga*¹¹⁴ y no así a los otros tipos de huelga que podían existir en servicios no esenciales.

De suma importancia es que en la regulación legal del derecho de huelga, intervinieron las principales asociaciones de sindicatos italianas Confederazione General Italiana del Lavoro; Confederazione Italiana Sindacati dei Lavoratori; Unione italiana del Lavoro,¹¹⁵ esto dado que la experiencia histórica había demostrado que las normas, dictadas sin la cooperación de los movimientos sindicales, *dada la existencia de un régimen de libertad sindical y de derecho de huelga quedan reducidas a meras declaraciones de principios y privadas de la más mínima aplicabilidad práctica*¹¹⁶. Por lo que se requería de los sindicatos y confederaciones de trabajadores si se deseaba lograr una legislación que regulase de forma eficiente los servicios esenciales.

¹¹⁰ Ballesteros, María V: Informe Italiano, citado en Bécades J. (2016) p, 192.

¹¹¹ Este tema no se encuentra exento de discusión, se ha visto actualmente que es legítima la huelga dentro de este sector, pues la Constitución Italiana garantiza este derecho aun cuando sea un derecho limitado.

¹¹² Se ha discutido la titularidad sindical en caso de los inmigrantes. Existiendo hasta el momento un consenso que a los inmigrantes en calidad regular, gozan de las mismas prerrogativas que los ciudadanos italianos, dejando de lado la regulación de los inmigrantes irregulares. Según lo establecido por el art.2.3 Decreto Legislativo 286/1995 y su Título III.

¹¹³ *“La regulación legal contiene una pluralidad de medidas dirigidas a evitar que el conflicto colectivo desemboque en la proclamación de la huelga; y, para cuando no se alcance dicho resultado, establece modalidades y plazos para la convocatoria de la misma y para la actuación de las ausencias del trabajo, con la finalidad de garantizar posibilidades mínimas/suficientes de prestación de los servicios públicos esenciales.”* Enrico María Mastinu (2003), p. 155.

¹¹⁴ Se ha señalado que para la doctrina italiana la huelga en los servicios esenciales es un fenómeno social autónomo, separable del resto de las huelgas. Op Cit. Gómez S. y Pons M. (1994), p 12.

¹¹⁵ Interesante en este sentido es considerar que anteriormente a la dictación de la ley, existía una auto-reglamentación de las organizaciones sindicales referido a las materias de servicios esenciales, pero que no fructificaron, dejándose finalmente su interpretación a la Corte Constitucional.

¹¹⁶ Bécades J. (2016) Op. Cit., p.53.

Dicha ley establece una lista no exhaustiva de los servicios públicos que se consideran esenciales y necesarios para garantizar los derechos básicos de las personas, señalando: la salud, seguridad, libertad, educación, comunicación y protección social¹¹⁷. Con esto se busca establecer una protección más intensa a los consumidores o usuarios de los servicios esenciales, la ley implícitamente señala que el ciudadano en este tipo de servicios (esenciales), adquiere un *derecho subjetivo, o a lo menos interés legítimo a las relativas prestaciones ligadas al deber particular de los usuarios y la afirmación de una específica responsabilidad*¹¹⁸, por ello que en dichos servicios se puede prohibir la huelga o al menos requerir la prestación de servicios mínimos.

Referente a la figura de los servicios mínimos¹¹⁹, la ley 146/1990 establece de un modo genérico que los acuerdos colectivos¹²⁰ deberán de convenir las modalidades, los procedimientos de suministro de servicios mínimos y de medidas, para asegurar con ello el fin de la ley a través de una herramienta de suma importancia para las organizaciones sindicales.

Estos acuerdos son analizados y revisados por una institución especialista en estas materias, creada por el legislador Italiano, encargada entre otras cosas de revisar los acuerdos referentes a los servicios mínimos, denominada Comisión de Garantía. Ésta recoge los ideales de independencia y especialidad en estas materias requeridos por los organismos de la OIT, encomendando a través de sus resoluciones la regulación de las situaciones producidas durante una huelga en servicios esenciales, a través de la motivación adecuada de estos acuerdos¹²¹.

¹¹⁷ Porret M. (2009) p.573.

¹¹⁸ Bécares J. (2016), Op Cit., p.66.

¹¹⁹ “*La Jurisprudencia Constitucional Italiana ha sido claro que no afecta a todas las tareas de la empresa suministradora de los servicios esenciales, sino solamente a aquellos puestos sujetos a la actividad de prestación del servicio esencial*” *Ibid.*, p. 287

¹²⁰ La doctrina italiana ha enfrentado el problema de definición de los servicios mínimos bajo la idea que no puede existir un parámetro máximo, y fijo y predeterminado para todos los sectores, lo cual entraría en contradicción con las prestaciones indispensables, dado que las características de los derechos en conflicto y los tipos de servicios, responden a prestaciones concretas, individualizadas para cada caso, ante las peculiaridades de la huelga en diferentes sectores.

¹²¹En este sentido la ley N°146/1990 establece en su art. 13.1 a) que la Comisión de Garantía toda vez que no juzgue idóneo (un acuerdo colectivo) sobre la base de una específica motivación, propondrá a las partes una propuesta sobre el conjunto de las prestaciones.

Por otra parte, existe una interesante noción respecto al reemplazo de los trabajadores, concepto atribuido por la doctrina italiana al “*crumiraggio*”, bajo el cual existiría en la legislación constitucional un conflicto entre el derecho de huelga (art. 40 de la Constitución) con la libertad empresarial (art. 41 de la Constitución). Debido a que se ha interpretado que el reemplazo de trabajadores se encuentra permitido, mientras el empleador se encuentre actuando bajo sus poderes de administración, cuestión que se daría en el caso del reemplazo interno de los trabajadores con aquellos que no acuerdan la huelga, siendo lícito según la jurisprudencia de la Corte Constitucional tal reemplazo:

*“En el caso de la proclamación de una huelga por las organizaciones sindicales... no constituye comportamiento antisindical la conducta del Ministero della Pubblica Istruzioni e del Provveditorato agli studi, los cuales en el intento de limitar las consecuencias dañosas de la suspensión del servicio público de la enseñanza... dispongan la sustitución de los docentes huelguistas por otro docentes no huelguistas, entendiendo que tal conducta está dirigida, no a impedir el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga, sino a contener los efectos perjudiciales en la inexistencia de una obligación de la Administración Pública de sufrir pasivamente la interrupción del propio servicio”.*¹²²

Lo que demuestra la jurisprudencia Italiana, es que existen dos derechos equiparables en importancia por parte de la Constitución, por tanto el derecho de libertad empresarial funciona dentro de su ámbito constitucional, por lo que puede tomar las medidas legítimas para defender su derecho, mientras no atente directamente contra el derecho de huelga, si bien esto puede ser altamente discutible¹²³.

La jurisprudencia y doctrina ha dejado en claro que el reemplazo interno se permite, en tanto la libertad sindical del empleador permite tomar las medidas necesarias para reducir los perjuicios que la huelga provoca, ya que la Constitución italiana no busca tomar posición estricta por un derecho sobre otro, mientras no sea con el único objetivo

¹²² Corte casación en sentencia de 29 de noviembre de 1991, número 12822. Marca la disposición de la Corte Constitucional de reconocer el reemplazo de trabajadores internamente mientras sea en servicios esenciales para la comunidad.

¹²³ Para establecer criterios que legitimen tal decisión se rescata mayormente el artículo 2013 del Código Civil Italiano, a través del reemplazo de labores vinculadas a la actividad prevalente y absorbente desarrollada por el trabajador, que no estén fuera de la supletoriedad de las tareas principales atribuidas y que tal necesidad tenga su origen en casos de eficiencia y economía laboral y seguridad.

de menoscabar el derecho de huelga¹²⁴, pero mientras el remplazo interno se permite, en el entendido que las nuevas estructuras de producción se caracterizan por la *descentralización logística y funcional*¹²⁵, la doctrina ha sido clara que el *reemplazo externo no es permitido*.¹²⁶, por tanto si la convocatoria resulta ser alta o plena, no habrían problemas asociados a los reemplazos.

Instituciones

Dentro de la legislación laboral italiana, son tres las principales entidades que participan dentro del procedimiento de calificación de los servicios mínimos (i) empleador y trabajador, (ii) Comisión de garantía, (iii) tribunales de justicia, y de forma excepcional actúa la (iv) administración.

Empleador y Trabajador

Primero se encuentran las propias partes inmediatas del conflicto (empleador y trabajadores), que regulan a través de los acuerdos colectivos los equipos de emergencia y servicios mínimos que deben prestarse, luego en caso de acuerdo o no debe revisarse por la denominada Comisión de Garantía; que se erige como un órgano administrativo independiente del gobierno, que busca adecuar el respeto de los derechos en conflicto, tomando una posición de garante analizando el acuerdo y proponiendo otras bases para el acuerdo en caso de ser necesarios, a través de un examen imparcial y técnico ante el conflicto de derechos.

Esta decisión, luego podrá ser recurrida y revisada por una última institución, que la constituirán los tribunales administrativos o sociales (civil, penal, laboral), según sea la materia y los hechos que se encuentren en disputa, siendo competente el tribunal según la naturaleza de la infracción.

¹²⁴ La doctrina mayoritaria y jurisprudencia ha considerado que la norma prohíbe aquellos comportamientos destinados a impedir que un derecho garantizado constitucionalmente a los trabajadores pueda ser ejercicio en plena libertad y sin condicionantes; no prohíbe, por el contrario que avalado por una posibilidad de hecho y jurídica, trate de aminorar los perjuicios de la huelga.

¹²⁵ Bécares J. (2016), Op. Cit., p.443.

¹²⁶ Lo cual quedó zanjado con el Decreto Legislativo 368/2001 de 6 de septiembre relativo al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo determinado, estableciendo en su art. 3.1 a) que la indicación de un término en la duración de un contrato subordinado no será admitida para la sustitución de los trabajadores que ejerzan el derecho de huelga.

Por tanto en un principio, serán las propias partes las encargadas de definir las prestaciones necesarias de los servicios mínimos, ya que para el legislador italiano resultan los más apropiados para definir cuál es la forma de prestar tales servicios y la cantidad necesaria de personal requerida para ello, utilizando como modelos los convenios colectivos previos acordados por los sindicatos¹²⁷.

Si bien la autonomía colectiva es el eje principal para arribar una solución por las partes durante el conflicto, la anterior ley 146/1990 imponía al empresario en su art. 2.3, la obligación de “asegurar las prestaciones indispensables”, deber que operaba de forma autónoma a la existencia de acuerdos dentro de la empresa. Esto último dada las facultades que entregaba al empleador no estuvo exento de polémica, por ello la reforma de la ley 83/2000 vino a resolverlo.

Ahora en caso de no existir acuerdo entre las partes o ser considerado insuficiente, será la Comisión de Garantía la encargada de dictar una regulación provisional que contemple las prestaciones a realizar y los trabajadores destinados a cubrirlas¹²⁸, no queda de esta forma la regulación exclusivamente a criterio del empleador, ya que ello podría llevar a una potestad desmesurada y arbitraria en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Comisión de Garantía

Por su parte, la Comisión de Garantía¹²⁹ es un órgano administrativo independiente e imparcial, cuyos actos pueden ser recurridos ante la jurisdicción de los tribunales, potestad que si bien fue discutida, finalmente se ha permitido.

La jurisprudencia ha demostrado que la competencia de estos asuntos se radica de forma preferente en los tribunales contenciosos-administrativos¹³⁰, pero se establece

¹²⁷“En el sistema legal sobre la huelga en los servicios públicos esenciales, el establecimiento y la ejecución de procedimientos de conciliación preventiva a la proclamación de la huelga constituye el objeto de un deber legal dirigido a los agentes sindicales: que están obligados a preverlos y regularlos en los convenios colectivos; asimismo, están obligados a acudir a tales procedimientos antes de convocar una huelga.” Op Cit., Enrico M. (2003), p.156.

¹²⁸Artículo 13.1.a) de la Ley N°146/1990.

¹²⁹El artículo 12.1 de la ley 146/1990 señala que “se constituye la Comisión de Garantía con el fin de valorar la idoneidad de las medidas dirigidas a asegurar la conciliación del ejercicio del derecho de huelga con el goce de los derechos de las personas constitucionalmente tutelados.”

¹³⁰ Sobre la evolución de los tribunales contenciosos administrativos en Italia. Nettel A. (2013) pp. 29-31.

ciertas excepciones que no serán impugnables vía judicial como las simples propuestas de la Comisión y las indicaciones inmediatas de naturaleza preventiva ante un eventual lesión del derecho de huelga, esto debido a que las propuestas no son obligatorias y las indicaciones inmediatas deben gozar de una aplicación expedita que no permite ser recurrida.

Tribunales de justicia

Al mismo tiempo, la reforma a la ley contempló una excepción a la competencia administrativa para conocer de los recursos, por la cual serán competentes los tribunales laborales para conocer de las resoluciones en materia de sanciones, según lo señalado en el art. 20 bis de la Ley N°146/1990, como también en el caso de una infracción a las normas de la Constitución por una vulneración del derecho de huelga, lo que demuestra que en la práctica existen dos órganos jurisdiccionales competentes.

La Comisión de Garantía goza de autonomía organizativa, financiera y contable, teniendo como principales funciones; la valoración de la idoneidad de los acuerdos colectivos y autorregulación de los servicios mínimos; elaboración de una regulación provisional; ejercicio de facultades de carácter preventivo; requerimiento y aportación de información; realización de arbitraje y propuestas de homogeneización, entre otras.

Lo anterior demuestra que la legislación italiana buscó establecer un órgano independiente, según los lineamientos en materia internacional laboral, que exhiba imparcialidad y conocimiento técnico, para instar un acuerdo entre las partes y desarrollar de mejor manera el proceso de huelga, tanto para los trabajadores, el empleador y los consumidores o usuarios que serán los principales afectados, debiendo gozar sus decisiones de una correcta ponderación y fundamento.

Administración

Excepcionalmente existe otra institución que interviene- en forma autoritaria- en casos de conflicto en la calificación de servicios esenciales; la administración pública, a través de una figura denominada por la doctrina como la "*Precettazione italiana*"¹³¹,

¹³¹ La *precettazione* se define por el diccionario de la Accademia della Crusca como: "el requerimiento a obedecer una ley o una obligación, en particular, de presentarse al trabajo, en relación a las personas sujetas a públicos servicios en caso de huelga."

que si bien se utiliza como un sistema de extrema ratio, opera de forma autónoma al procedimiento de la Comisión de Garantía. El artículo 8 de la Ley N°146/1990, señala que este procedimiento procederá:

“Cuando exista un fundado peligro de perjuicio grave e inminente a los derechos de la persona constitucionalmente garantizados en el art. 1.1, que pudieran ser ocasionados por la interrupción o alteración del funcionamiento de los servicios públicos del art. 1, como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga o formas de abstención colectiva de trabajadores autónomos, profesionales o pequeños empresarios, pudiendo la autoridad competente, mediante ordenanza adoptar las medidas necesarias para prevenir el perjuicio a los derechos de las personas constitucionalmente titulados(...)”

Lo anterior demuestra que se le entregó una potestad increíblemente fuerte a la administración en casos de una probable vulneración de derechos constitucionalmente protegidos en los servicios esenciales, que si bien es de suma importancia resguardar, puede adolecer dicha decisión de falta de fundamentación o parcialidad, elementos que precisamente la institución de la Comisión de Garantía busca evitar mediante su procedimiento.

Dicha regulación con la reforma de la ley 83/2000 amplió aspectos relativos al procedimiento, por ejemplo exigiendo un plazo máximo para la emisión de la resolución administrativa: de 48 horas previas al comienzo de la huelga.

Si bien este procedimiento es considerado más bien preventivo, sus decisiones son igualmente impugnables, ante la justicia contenciosa administrativa que resulte territorialmente competente¹³², impugnación que de igual manera no descarta la inmediata ejecución de la ordenanza, a menos que las partes demuestren fundamento plausible.¹³³

Entonces a pesar que la legislación italiana promueva la autonomía colectiva en la definición de los servicios mínimos, y luego establezca la Comisión de Garantía como una institución imparcial y de potestades de revisión correctamente amparada en

¹³² Corte Constitucional Italiana, sentencia de 27 de abril de 2007 N°140.

¹³³ Santoni F. “Lo Sciopero” p.179. citado por Bécares J. (2016), Op Cit., p.481.

atención a su especialidad técnica, existe al mismo tiempo un sistema dual, que si bien es más excepcional permite a la administración defender sus intereses, ante el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, que puede llevar a desproteger el derecho de huelga ante la incorrecta ponderación de una ordenanza que emita la administración.

Procedimiento

Respecto al procedimiento destinado a resguardar la correcta convivencia de los derechos fundamentales en aquellos servicios esenciales, la Ley N°146/1990 en su art. 2.2 señala que previo a la convocatoria de huelga¹³⁴ existe un proceso de conciliación obligatorio, introducido por la Ley N°83/2000¹³⁵, en el que debe la Comisión de Garantía valorar la admisibilidad del anuncio de huelga, buscando además conocer y acercar las posiciones, tratando de evitar la huelga.

En este procedimiento participan no solo a las asociaciones sindicales más representativas de la empresa; sino todos aquellos grupos investidos por los trabajadores de un poder de negociación autónomo. En el sector público este procedimiento funciona de manera distinta al permitir únicamente como legitimados a las confederaciones empresariales y sindicales más representativas¹³⁶.

¹³⁴La doctrina italiana ha acordado que la legitimidad del derecho de huelga estará condicionada a que sea previamente deliberada, declarada y comunicada.

“A lo largo de 2014 se convocaron un total de 2.084 huelgas en estos sectores, con una disminución del 12,8% frente a las 2.338 convocatorias del año anterior. No obstante, al final, el número de huelgas efectivamente realizadas fue de 1.223.” Iniciativas Legislativas sobre las Huelgas en Servicio Esenciales, Actualidad Internacional Socio laboral N°193, p. 137

¹³⁵ *“Artículo 13.1.a) de la Ley n.º 146/1990. Con referencia a los procedimientos de conciliación y tregua sindical de los conflictos, la Comisión de garantía, además de controlar la idoneidad: 1) recoge las informaciones o convoca a las partes en conflicto a una audición, con la finalidad de verificar si han sido agotados todos los tentativos de conciliación obligatorios (artículo 13.1.c) de la Ley n.º 146/1990); 2) indica a los sujetos interesados, en tiempo útil, eventuales violaciones de los procedimientos de conciliación (artículo 13.1.,d) de la Ley n.º 146/1990); 3) establece las sanciones contra los sindicatos, las empresas o las administraciones públicas que no hayan respetado la ley. Para garantizar la importancia de estos procedimientos de tregua sindical y de conciliación, la ley asegura su respeto con sanciones muy severas. Contra el sindicato que proclama la huelga sin haber agotado antes los procedimientos de conciliación obligatorios se establece la detracción de los contributos sindicales y la suspensión de los permisos retributivos debidos a sus dirigentes, por un importe comprendido entre la suma de 2.582,28 euros y 25.822,84 euros [de 2 a 20 millones de pesos chilenos].”* Enrico M. (2003), pp. 157.

¹³⁶ Deliberaciones de 21 de septiembre de 2000, número 0/210; 1 febrero 2001, número 01/3 o 2 de marzo 2005, número 05/106 Corte Casación Italiana

La conciliación (artículo 2.2 de la Ley N°146/1990) debe llevarse a cabo dentro de los cinco siguientes días a su solicitud, y si existiesen motivos imputables a la contraparte empresarial por imposibilitar su realización, el sindicato podrá legalmente convocar la huelga, aunque no exista conciliación durante dicho período.¹³⁷

Si la etapa de conciliación resulta ser infructuosa, la proclamación de la huelga deberá ser comunicada por escrito por los convocantes de la huelga¹³⁸, tanto a la empresa encargada de prestar los servicios esenciales, como al organismo competente administrativamente, quien comunicará a su vez a la Comisión de Garantía.

Se exige que dicha comunicación contenga a lo menos la duración y modalidad de la huelga, así como las motivaciones de la abstención colectiva. Una figura importante en este aspecto, introducida por la ley 83/2000 consiste en la “*rarefazione oggettiva*”, la cual consiste en establecer un período de tiempo entre la efectiva realización de una huelga y la proclamación de la sucesiva¹³⁹, con el fin de evitar huelgas plurales o análogas en un mismo servicio.

Una temática interesante que recoge la legislación italiana, es la posibilidad de la revocación unilateral a la convocatoria por parte de los trabajadores¹⁴⁰, la cual solo puede realizarse hasta el quinto día anterior a la fecha prevista para la realización de

¹³⁷ El Tribunal Constitucional Francés en su sentencia del 16 de agosto de 2007, afirma la necesidad de convocar a conciliación previamente, al analizar la Ley nº 2007/1224 de 21 agosto: “(...)sobre el diálogo social y la continuidad del servicio público en los transportes terrestres regulares de viajeros, con el objeto principal de garantizar a los usuarios un servicio mínimo pero previsible en el caso de realización de la huelga de los empleados del transporte, como pueden ser los transportes metropolitanos de París (RATP) y la compañía de ferrocarriles (SNCF). La norma logra conjugar el derecho de huelga con otras libertades constitucionales que se vean afectadas por posibles conflictos, tales son el derecho de libertad de desplazamiento, el del trabajo, etc. Como medida, establece que el preaviso obligatorio de huelga y dentro del plazo establecido, solamente podrá efectuarse después de una negociación que no prospere.” Porret M. (2009), p. 28

¹³⁸La jurisprudencia ha determinado que la proclamación debe surgir de una pluralidad de trabajadores sobre la base de una valoración colectiva, pudiendo corresponder a una estructura sindical asociativa o institucional, o bien rudimentaria y ocasional de trabajadores, así como a cualquier coalición privada de las características de estabilidad e instrumentalización. Corte Casación 21 de 1984 número 4288 o 17 de diciembre de 2004 número 23552.

¹³⁹ Bécarea J. (2016), Op. Cit. p.182.

¹⁴⁰ “Por último, existe una sanción que podremos definir positiva. La ley prevé que la revocación de la huelga, actuada cuando faltan menos de cinco días para la fecha establecida para su inicio, es considerada una forma desleal de conducta sindical, y como tal sancionable a iniciativa de la Comisión de garantía, pero esto no será así cuando la revocación se produzca como consecuencia de la sobrevenida conciliación” Enrico M. (2003), p. 157.

la huelga (Art.2.6 ley 146/1990), dado los efectos perniciosos que produce para los usuarios o consumidores, y no así para los trabajadores, estimando que *la revocación espontánea consiste en una forma desleal de acción sindical, asimilable a la huelga ilegítima*¹⁴¹.

A diferencia de los servicios regulares que convoquen a una huelga, en los servicios esenciales la ley ha exigido un término de preaviso, de a lo menos diez días, según el art. 2.1 de la ley 146/1990, buscando el establecimiento de las prestaciones indispensables y de procurar a los usuarios servicios alternativos, estableciendo a su vez un período máximo, de cuarenta y cinco días¹⁴², a fin de evitar comportamientos desleales. Conjuntamente a lo anterior la ley en su artículo 2.6 exige la comunicación obligatoria a los usuarios de forma adecuada, a lo menos cinco días antes del inicio de la huelga, de los modos y de los tiempos de suministro de los servicio en el transcurso de la huelga.

Al momento del comienzo, como en el desarrollo y finalización de la huelga, existe la figura de la Comisión de Garantía Italiana, institución independiente con facultades de control y equilibrio, con una posición de autonomía frente a los privados y de influencias político administrativas, creada por la ley con el *fin de asegurar un interés general y objetivo de justicia*¹⁴³.

El legislador italiano con esta institución no buscó establecer un tercero con autoridad absoluta, sino que más bien su objetivo es que sean los propios códigos de autorregulación y los acuerdos o contratos colectivos negociados dentro de la empresa los que regulen los servicios mínimos requeridos ante un servicio esencial¹⁴⁴.

¹⁴¹Bécares J. (2016), Op. Cit., p.184.

¹⁴² Según Dictamen N°562 de 30 septiembre 2004, la Comisión de Garantía podría solicitar el preaviso con 45 días según el tipo de servicio esencial.

¹⁴³ La Corte Constitucional en su sentencia de 24 de febrero de 1995 define a la Comisión como: *“un sujeto super partes de alta competencia”*.

¹⁴⁴ *“Desde 1990 existe una legislación sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad que regula ciertas condiciones para su convocatoria (plazos de preaviso) y en cuanto al mantenimiento de unos servicios mínimos se remite prioritariamente a las normas de autorregulación concordadas previamente en cada sector entre empresas y sindicato”* Iniciativas legislativas sobre las huelgas en servicios esenciales actualidad internacional socio laboral N°193.

No dota a la Comisión con la facultad de intervenir directamente, sino la de procurar el respeto a la regulación consensuada con el fin perseguido por la ley. Así en los casos en que exista un acuerdo no considerado idóneo, la Comisión realizará una propuesta, buscando que las partes realicen una nueva negociación; y ya en el supuesto que no exista acuerdo, la Comisión realizará una conciliación tentativa entre las partes, para luego si esta falla, formular una propuesta, la que las partes se pronunciarán dentro de quince días, pudiendo solicitar un nuevo pronunciamiento¹⁴⁵.

Ya en el supuesto que el acuerdo que se arribe no pase el examen de la Comisión, esta podrá establecer decisiones vinculantes para la huelga de servicios esenciales en determinados sectores, dotándole de una competencia normativa circunscrita sobre la base de la legitimidad¹⁴⁶. Si bien la jurisprudencia ha demostrado que finalmente la Comisión es la que determinará la ejecución de los servicios mínimos en casos de disputa, la ley (art.13.a) ha limitado su potestad en dos límites básicos:

“(1) Los servicios mínimos no superarán el 50% de las prestaciones normalmente suministradas y; (2) en una cuota estrictamente necesaria de personal no superior de media a un tercio del personal normalmente utilizado para el suministro de servicios, en atención a las condiciones técnicas y de seguridad.”

Con estos criterios que la ley dispone, se limita la decisión que pueda tomar la Comisión, esto con el fin de proteger el derecho de huelga a ciertas cuotas o suministros que se consideran en términos generales como correctos en relación al número de trabajadores y la cantidad de servicio requerido, así el legislador italiano establece un límite para limitar al órgano administrativo.

Incumplimiento

Por último es necesario atender al escenario en caso de incumplimiento por alguna de las partes respecto a los acuerdos que se hayan llevado a cabo. La Ley¹⁴⁷

¹⁴⁵ El rol que juega la Comisión de Garantía busca coordinar el propio poder normativo que tiene las partes a través de los acuerdos colectivos, ya que la legislación busca que sean las propias partes las que establezcan un acuerdo en base a los conocimientos propios del área en que se desempeñan, respetando los derechos en conflictos.

¹⁴⁶ Bécares J. (2016), Op. Cit., p. 212

¹⁴⁷ Las sanciones ante los incumplimientos y su regulación se encuentran en el art. 4.1 y siguientes de la Ley 146/1990.

atribuye a la Comisión la facultad de: *“valorar, mediante el procedimiento establecido en el art. 4.4 quater los comportamiento de las partes y advertir eventuales incumplimientos o violaciones”* estipulando a su vez *“la opción de deliberar las sanciones previstas en el art. 4 y en cuanto a lo previsto en el art 4.1, prescribir al empresario a aplicar las sanciones disciplinarias”*.

De esto la doctrina ha interpretado que corresponderá a la Comisión indicar al empresario las sanciones disciplinarias a imponer a los trabajadores tanto en el caso individual (art.4.1) como colectivo (art.4.2), mientras será éste quién impondrá las sanciones y la determinación del quantum.¹⁴⁸

El procedimiento sancionador (art 4.4 quater) deberá efectuarse a instancia de las partes interesadas o de oficio por la propia Comisión, existe un criterio discrecional para abrir o no dicho procedimiento, buscando garantizar el principio de contradicción, notificando a las partes del hecho que infringe la normativa, entregándoles un plazo de treinta días para ser oídos y presentar sus alegaciones, proceso que se resolverá dentro de los sesenta días siguientes, debiendo pronunciar sentencia la Comisión.

Respecto a las penas que se pueden establecer a las partes, la legislación reguló en su art. 4.4 sanciones de tipo pecuniario¹⁴⁹ respecto a aquellas conductas que atenten contra la regulación acordada, por ejemplo en el caso de no permitir la correcta comunicación a los usuarios de los servicios esenciales. También se establece una responsabilidad civil para el empresario, la cual nace de la relación contractual, derivado del incumplimiento de las prestaciones indispensables por parte de los empresarios, como no posibilitar las prestaciones de los servicios en las condiciones acordadas.

¹⁴⁸ *“(…) cuando la prevención del conflicto es eficaz, el problema de los procedimientos de conciliación naturalmente pierde importancia. Así, se explica que, en el contexto de la negociación colectiva nacional de sector, los procedimientos de composición de los conflictos judiciales referidos a la interpretación y aplicación de los mismos convenios colectivos, también previstos³³, repiten esquemas y textos tal vez estereotipados (…)”* Enrico M. (2003), Op. Cit., p.154.

¹⁴⁹ La ley establece multas a las asociaciones empresariales que van desde los 2.582 euros hasta 25.822 euros (artículos 4.4º y 4º quater de la ley N°146/1990).

III.II España

Derecho de huelga y servicios mínimos

El derecho de huelga en España se encuentra reconocido como derecho fundamental, regulado dentro de la legislación española en el art 28.2 de la Constitución:

*“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”*¹⁵⁰

A su vez, se regula legamente en el Decreto de Ley N°17/1977 sobre Relaciones de Trabajo (DLRT), y sobre todo a través de la doctrina del Tribunal Constitucional Español (TCE), el cual a través de la Sentencia 11/1981¹⁵¹ ha establecido una interpretación sobre esta materia que ha marcado numerosos pronunciamientos posteriores.

A pesar de existir un reconocimiento como *derecho subjetivo*¹⁵², la regulación no define qué ha de entender por huelga ni los objetivos que se persiguen, de ello la importancia la jurisprudencia del TCE, el cual define al derecho de huelga como:

*“Una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos”*¹⁵³.

Con este concepto del derecho de huelga al que arribó el Tribunal Constitucional, también se ha entendido y reconocido que la huelga adquiere eficacia erga omnes frente a todos los poderes, ya sean estos públicos o privados, estableciendo que la

¹⁵⁰ Constitución Española de 1978, título I De los derechos y deberes fundamentales, capítulo II De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, artículo 28 N° 2.

¹⁵¹ Sentencia 11/1981, Recurso de inconstitucionalidad 192-1980, Tribunal Constitucional resolución de fecha 8 de abril 1981.

¹⁵² “El derecho de huelga desde una perspectiva interna constitucional puede ser calificado de derecho subjetivo y, desde su configuración constitucional, será merecedor del calificativo de fundamental.” Castán J. (1955) pp. 102-111.

¹⁵³ Fundamento jurídico 10° en Sentencia del TCE 11/1981 de 8 de abril.

huelga *no sólo podrá ejercitarse contra el empresario, sino también contra la Administración Pública y su Gobierno.*¹⁵⁴ La configuración del derecho de huelga de esta forma responde a la idea de igualdad material, frente a las condiciones en que se desarrolla la relación entre el empresario y los trabajadores, cualquiera sea (en un principio) el servicio que se trate, entendido como un verdadero contrapeso, para establecer una *nueva relación de fuerzas entre las personas en estado de dependencia salarial.*¹⁵⁵, dotando con ello a la huelga de mayor reconocimiento jurídico por el derecho español.

Ahora bien, la convivencia de este derecho subjetivo reconocido constitucionalmente dentro de un estado democrático, busca su armonía con otros derechos que puedan entrar en conflicto, lo que se logra mediante una adecuada ponderación frente a otros derechos que se encuentren al mismo rango y protección. En base a esto la doctrina ha considerado que al momento de analizar el derecho de huelga existe un doble análisis para la concreción de su contenido esencial:

- (1) *“Establecer sus límites, lo que resulta imprescindible en el caso de colisión de derechos del mismo rango o jerarquía, donde su restricción no puede lesionar su contenido esencial.*
- (2) *Analizar el núcleo duro o el tipo abstracto del derecho constitucional de huelga, sirviendo de límite al poder legislativo al momento de determinar el contenido específico o el tipo legal concreto.”*¹⁵⁶

En este mismo sentido, el TC ha determinado desde un punto de vista abstracto que el contenido esencial del derecho debe conformarse por aquellas facultades que lo hacen reconocibles (intrínsecas). A su vez se ha establecido que deben reconocerse aquellos intereses jurídicamente protegidos que conforman el núcleo central del derecho, señalando que *el contenido esencial se desconoce cuándo el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección.*¹⁵⁷ Por tanto lo que debe establecerse es

¹⁵⁴ Vivero J. (2002) p, 47.

¹⁵⁵ Fundamento jurídico 22º en Sentencia de TCE 11/1981 de 8 de abril.

¹⁵⁶ Monero Pérez, J.L “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización-jurídico constitucional de la huelga” en Bécares J. (2016), Op. Cit., p. 41.

¹⁵⁷ Fundamento jurídico 8º en Sentencia de TCE 11/1981 de 8 de abril.

cuáles son aquellas características que lo hacen identificable, y cuándo las limitaciones ya no permiten reconocer el derecho, ponderando o prohibiendo tales consecuencias que desvirtúan el derecho.

Dado lo anterior, en el caso de los servicios esenciales, lo principal será determinar las concretas exigencias de mantenimiento necesarias ante una huelga, a partir de la naturaleza y prioridad de las distintas garantías o derechos en conflicto, lo cual "se materializa mediante la intervención en la fijación de los servicios mínimos, atendiendo a la necesidad de garantizar la prestación de bienes y servicios imprescindibles para satisfacer las necesidades."¹⁵⁸ Consecuentemente con ello la legislación española ha establecido en el art. 10.2 del DLRT:

"Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios".

Con esto se busca que la aplicación de servicios mínimos sea acorde a una interpretación armónica con el derecho de huelga, estableciendo en aquellos servicios garantías para que se preste, pero buscando limitar sus efectos bajo criterios de necesidad y gravedad para fijar (o excluir) la exigencia de tales servicios.

Ahora quién tiene la legitimidad activa de tal derecho, es evidentemente el trabajador. La legislación española ha analizado la figura de la titularidad del derecho de huelga, bajo la óptica individualista¹⁵⁹, estableciendo que la facultad o iniciativa de acudir a la huelga puede tener su origen tanto en los propios trabajadores, en sus representantes, como en el sindicato, no estableciendo quorum específico¹⁶⁰ de participación y votación de los trabajadores y sus representantes, ni tampoco un referéndum previo a su convocatoria, dado que en la jurisprudencia del TC el contenido esencial del

¹⁵⁸ Baylos A. (2015), Op. Cit., pp. 158 y ss.

¹⁵⁹Informe de CEOE "Derecho de huelga. Perspectiva comparada" Análisis comparado del derecho de huelga en los países europeos. Ver en:

<http://www.cen7dias.es/contenido.php?bol=57&id=1411&sec=1>

¹⁶⁰ Se ha señalado por ciertos autores que no exigir a los sindicatos un determinado porcentaje de representatividad, considerando la influencia que pueden tener sobre el control de la huelga, podría haber generado problema de desgobierno, corporativización o espontaneidad. García E. (1993), p. 77.

derecho consiste en una “cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir”¹⁶¹, siendo atribuido a los propios trabajadores, como titulares, la potestad de sumar o no a la huelgas declaradas.

Por ende, el derecho de huelga es reconocido a cada uno de los trabajadores como *pertenciente a su patrimonio jurídico exclusivo*.¹⁶² Con esto la doctrina recoge un concepto de titularidad diferenciada en el derecho de huelga, que tiene como base la idea de una participación entre el sujeto individual y el colectivo, ante los singulares derechos y situaciones en las que se invoca, será por tanto el titular en particular o colectivo que lo haga valer según su legítima capacidad para ejercer la huelga.

Junto a lo anterior y al igual que la legislación Italiana, en España se ha reconocido la titularidad sindical de los empleados públicos, a través de la Ley Orgánica 11/1985, sobre Libertad Sindical (LOLS). Esta normativa recoge en su art. 1.2 el ámbito subjetivo de aplicación del derecho de huelga, al considerar tanto a aquellos trabajadores que sean sujetos de una relación laboral, como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas. Bajo la misma óptica se ha reconocido la titularidad sindical a los trabajadores autónomos, aunque de forma especial¹⁶³, a los extranjeros indistintamente de su calidad en el país¹⁶⁴ y de forma más discutida a los jueces, magistrados y fiscales al existir un silencio de la ley que la doctrina se ha pronunciado de forma dispar¹⁶⁵.

Una vez se define quiénes son aquellos trabajadores que pueden invocar el derecho de huelga, es importante considerar bajo el presente estudio, que se entiende por el servicio esencial que limita el derecho de huelga de los trabajadores constitucionalmente protegido. En referencia a esto el TC ha señalado, *que un servicio*

¹⁶¹ Fundamento jurídico 10º en Sentencia de TCE 11/1981 de 8 de abril.

¹⁶² Serrano J.E. (1983), p. 173

¹⁶³ La LOLS en su art. 3 establece dos importantes limitaciones a la libertad de filiación: restringiendo el derecho a los trabajadores autónomos que no tengan empleados a su servicio, ya que no serán considerados como empresarios; y limita el derecho a fundar sindicatos. Básicamente se ha reconocido el derecho de huelga pero con ciertas restricciones, estableciendo por ejemplo la figura del paro reivindicativo. En este sentido véase Tascón A., Cuesta H. (2008), pp. 10 y ss.

¹⁶⁴ El TCE en sentencia 259/2007 de 19 de diciembre indica que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros.

¹⁶⁵ En contra de esta posición: García G. (1979), p.58. A favor de esta posición: Ojeda A., p.138 y ss.

*no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende, más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, en definitiva para que el servicio sea esencial, deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos.*¹⁶⁶

Que si bien el concepto es altamente criticado, por la variabilidad y elasticidad del mismo, se ha llegado a ciertos criterios en base al resultado que la actividad pretende, estableciendo que el servicio esencial posee un carácter instrumental destinado a conseguir el respeto de derechos fundamentales con independencia de la naturaleza jurídica del ente que los realiza, por ende, no solo es necesario distinguir entre unos servicios más esenciales que otros, sino dentro de ellos cuáles serán las prestaciones concretas que deben realizarse, pudiendo coincidir una entera actividad productiva o solo una parte de ella, ya que lo fundamental será responder a la necesidad de un derecho o bienes constitucionalmente protegido en la medida e intensidad que los satisfagan y no más allá de eso. Esto último que ha llevado a implicancias tales, que desvirtúan la esencial protección del derecho de huelga y sus límites, frente a servicios altamente discutibles como los relacionados a la *cultura, ocio o deporte*¹⁶⁷

Ahora dentro del marco de derechos en disputa, y los agentes e instituciones encargados de participar en la definición de los servicios mínimos ante una huelga, en España se ha entendido que a la natural bilateralidad del conflicto entre los trabajadores y el empresario, se agrega un tercer agente¹⁶⁸, el consumidor.

Si bien no ha estado exento de críticas dado lo difuso de una identificación concreta por parte de quién representa realmente los intereses de los consumidores afectados. La interpretación constitucional ha señalado que *“en la medida que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son la mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los interés de*

¹⁶⁶ *“Como bienes e intereses esenciales hay que considera los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.”* Alarcón M. (2010), p. 245.

¹⁶⁷ En una sentencia se declaró como servicio esencial el Museo del Prado, STS Contencioso-administrativo 15 febrero de 1989, al considerar que proporciona un importante acceso a la cultura, derecho reconocido por la constitución. Ejemplo semejante al de la huelga del sector de tecnologías de la información y de las comunicaciones en 20 de junio de 2002.

¹⁶⁸ Baylos A (2015), Op. Cit. p. 122.

*los destinatarios de los servicios esenciales*¹⁶⁹, por tanto ha determinado incluir dentro de los agentes relevantes a la colectividad de usuarios o consumidores, pero a través de casos selectivos sobre determinados usuarios.

Sin embargo, y en contraposición al legislador italiano, a pesar de la inclusión de las partes en la configuración de los servicios mínimos, es decir sin perjuicio del eventual acuerdo al que arriben, dicha decisión no es vinculante¹⁷⁰ para la autoridad gubernativa que tendrá la última palabra. Dado que a juicio del Tribunal Constitucional Español, *no es inconstitucional en la medida en que ello entra de lleno dentro de las previsiones del art. 28.2 de la Constitución*¹⁷¹, así la negociación colectiva y la autotutela sindical son fórmulas excluidas por el ordenamiento jurídico Español, donde las partes expresan su opinión, pero se exceptúa que sea esta sea una decisión obligatoria para la administración.

Según lo anterior, lo complejo ha sido determinar cómo ejercerá su rol la autoridad gubernativa, estableciendo que debe tener un actuar *imparcial*¹⁷², carácter que como hemos señalado al encontrarse dentro de un órgano administrativo, el cual ejerce potestades de gobierno¹⁷³, da lugar a que se cuestione la imparcialidad del órgano. Existe por tanto un interés que tiene en la pacífica convivencia de la comunidad frente a los servicios que esta reclama como esenciales, cuando en muchos casos esto considerando los derechos en disputa, es altamente cuestionable calificar esencial ciertos servicios, que requerirán a su vez servicios mínimos.

Es indudable que dicha decisión es altamente política, a criterio del TC, es una facultad que dado su especial carácter, se debe expresar en una responsabilidad política que limita un derecho constitucional, demostrando la legitimidad democrática de la intervención de la autoridad gubernativa¹⁷⁴, aun cuando esta sea delegada, mientras

¹⁶⁹ Fundamento jurídico 18° en Sentencia de TCE 11/1981 de 8 de abril.

¹⁷⁰ Aun cuando no sea vinculante finalmente para la Administración, puede ser que ante una correcta apreciación de lo requerido frente a los servicios mínimos, se tendrá en cuenta en su decisión final.

¹⁷¹ Baylos A. (2015), Op. cit. p. 168.

¹⁷² Rodríguez P. y Bravo F. (1997), p. 131.

¹⁷³ Fundamento jurídico 18° en Sentencia de TCE 11/1981 de 8 de abril.

¹⁷⁴ Al ser una autoridad gubernativa, se excluye directamente aquellos órganos que no cuenten directamente o por delegación facultad de gobierno, así como los órganos directivos de empresas que gestionan servicios públicos. Cuestión que genera mayor controversia aun en España al existir

exista en ese mismo organismo la condición de autoridad gubernativa, decisión que finalmente siempre debe estar correctamente motivada en atención a los hechos y fundamentos de derecho que debe gozar dicha decisión¹⁷⁵.

Por último en referencia al concepto de servicios mínimos al que busca arribar el constituyente, la doctrina ha señalado que existen criterios básicos para determinar el servicio mínimo correctamente en atención; i) al tiempo de duración de la huelga, ii) el territorio que abarca, iii) los servicios alternativos que pueden desempeñar una función similar, iv) la naturaleza del derecho fundamental que entra en conflicto con el derecho de huelga, como también v) el número de trabajadores necesarios para cumplir las tareas, elementos que deberán ser correctamente ponderados a través de un *juicio de racionalidad*¹⁷⁶, como método esencial para determinar los servicios mínimos.

Instituciones

Dentro de las instituciones y agentes que interactúan en la definición de los servicios esenciales y servicio mínimos dentro del derecho de huelga en España, existe una importante figura denominada el Comité de Huelga, considerada como un órgano de administración del conflicto, cuyo rol y funciones serán asumidas por los convocantes a la huelga. Se define por el DLRT como el *órgano de representación de los trabajadores en conflicto, depositario de sus intereses, cuya duración y funciones estarán ligadas al desarrollo de la huelga*.¹⁷⁷.

El Comité de Huelga será conformado de forma libre y voluntaria, estableciendo en el art. 5 de DLRT que no excederá de 12 personas, en atención a la búsqueda de un acuerdo consensuado de forma más expedita, medida que la doctrina afirma que más allá de establecer un número máximo, debiese estar conformado según *la función de la circunstancias concurrentes, en atención al ámbito sectorial o territorial, su*

Comunidades autónomas, que igualmente se les ha reconocido competencia para fijar servicios mínimos. Ver sentencia 33/1981 de 5 de noviembre TCE.

¹⁷⁵ “Salvo que el Congreso optara por reglas distintas, los gestores públicos no pueden tomar decisiones que sobrepasen sus competencias y presupuestos (ahí está su racionalidad), pero los jueces de la Corte ya han advertido que esa ‘razonabilidad’ de gestión no puede limitar el control judicial de las decisiones administrativas” Cordero L. (2019) Artículo.

¹⁷⁶ Fernández Pro F, (2005), pp. 150 y ss.

¹⁷⁷ Rentero J. (2002), p. 125.

*naturaleza y la cantidad de servicios mínimos*¹⁷⁸, a fin de encontrarse correctamente representado los intereses en disputa. Dentro de las funciones más relevantes realizadas por este órgano se mencionan:

- Negociar, en tanto órgano de defensa y negociación con el objeto de llegar a una solución del conflicto (art. 8.2 DLRT).
- Garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, cualquiera que fuere precisa para la ulterior reanudación de las tareas (art. 6.7 DLRT).
- Participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto (art. 5.3 DLRT).
- Velar por el respeto al ejercicio de huelga, exigiéndoles a los convocantes mayor responsabilidad que el resto de los trabajadores que participan en la huelga.

Básicamente será el órgano de representación de los intereses de los trabajadores, que negociará con el empleador los servicios que dentro de la empresa revistan el carácter de esencial, que finalmente deberán prestar los servicios mínimos y conformar los equipos de emergencia, decisión que luego del acuerdo que lleguen o no las partes, será analizada y zanjada por la Administración.

En atención a esto y como se señaló anteriormente, será la autoridad administrativa la que determine en último término cuáles serán los puestos de trabajo que requerirán seguir activos mientras trascorra la huelga, y quiénes serán los encargados de realizarlos. La doctrina en este punto ha señalado que *será necesario precisar cuál ha de ser la intensidad de los servicios mínimos*¹⁷⁹, mientras que otros¹⁸⁰ señalan que debería concretar las prestaciones a mantener y cuántos trabajadores serán

¹⁷⁸ Gómez P (1986), p. 405.

¹⁷⁹ Cruz J. (1988), p. 414.

¹⁸⁰ Torrente S. (1996), p. 260.

destinados a esa labor, dejando al empleador la facultad de indicar cuáles trabajadores en concreto corresponderá tal tarea.¹⁸¹

El TCE ha concluido que la facultad de establecer los mecanismos que aseguren el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad *está reservada a autoridades gubernativas, políticamente responsables, directa o indirectamente, ante el conjunto de ciudadanos, ya que solo éstas puedan asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de la huelga*¹⁸², señalando además que *la autoridad más apropiada es la que disponga de competencias sobre los servicios afectados, pues es la que mejor puede ponderar las necesidades de preservación de los mismos*¹⁸³, esto en atención a la calidad de las comunidades autónomas en España y el eventual conflicto de inconstitucionalidad al ser estas las que determinarán los servicios mínimos, cuestión que se encuentra resuelta (en la práctica, siendo discutido aún por la doctrina)¹⁸⁴, y permitida en tanto exista un correcto juicio de ponderación.

Lo que se ha exigido por tanto a la autoridad administrativa, es que en la fijación de los servicios mínimos la decisión goce de un correcto juicio de motivación, amparado en una concreta y adecuada ponderación de los derechos en conflicto. Con ello los destinatarios del derecho de huelga reconocen las razones por las cuales sus intereses serán más o menos valorados ante los otros derechos, buscando con ello la seguridad jurídica de la decisión evitando así cualquier arbitrariedad, de tal manera permitiendo una posterior defensa de sus intereses legítimos ante los tribunales de justicia, en caso que lo requieran.

Se ha exigido que la motivación comprenda tres aspectos:

¹⁸¹ Ha quedado demostrado por la jurisprudencia que en la práctica la autoridad se ha limitado a establecer los servicios, pero dejando a las partes, concretamente al empleador la forma e intensidad de esta.

¹⁸² Sentencia TCE 296/2006 de 11 de octubre.

¹⁸³ García Murcia J. (1989), p.491.

¹⁸⁴ Se ha señalado que la delegación realizada, no corresponde a competencias para dictar actos administrativos, sino para auténtico ejercicio de la potestad reglamentaria, habilitando al órgano delegado para elaborar los Reales Decretos que establecen los servicios mínimos. Bécares J. (2016), p. 333.

- 1) *“El carácter esencial del servicio prestado por la empresa, tratando de identificarla como suministradora de derechos fundamentales, libertades públicas o bienes constitucionalmente protegidos.*
- 2) *Aquellas actividades imprescindibles para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales*
- 3) *El efectivo personal necesario para dar cobertura al servicio mínimo.”*¹⁸⁵

Juntamente con ello se debe respetar el principio de proporcionalidad que permita justificar tal decisión, a través de los criterios señalados al analizar la determinación de los servicios mínimos.

Otra figura que ha tomado relevancia en el último tiempo, y que se torna interesante considerar es la Asociación de Consumidores, la cual se les han reconocido potestades dentro del procedimiento, en tanto la Constitución en relación a su art. 51.2 reconoce que los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a esas en la cuestiones que puedan afectar a aquellos en los términos que la ley establezca, vinculándolo a su vez con el art. 1.1 del mismo cuerpo constitucional que impone que la actividad normativa administrativa observe los medios y ámbitos en los cuales actúa y las necesidades de la comunidad que recibe sus servicios.

En atención a ello y a norma infra constitucionales como el art. 39 de la Ley General de Derecho Consumidores y Usuarios (LGDCyU), el cual contempla un derecho de audiencia de los ciudadanos a través del Consejo de consumidores y usuarios, donde si bien su regulación no obedeció a regular el derecho huelga, la fórmula genérica del primer párrafo¹⁸⁶, lo permite, abriendo con ellos nuevas aristas a la fijación de servicios

¹⁸⁵ Sentencia Contencioso Administrativo 29 de mayo 2001 RJ 5706.

¹⁸⁶ Artículo 39 LGDCyU: Artículo 39. Audiencia en consulta en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general.

1. El Consejo de Consumidores y Usuarios será oído en consulta, en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de ámbito estatal relativas a materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios.

2. Será preceptiva su audiencia en los siguientes casos:

a) Reglamentos de aplicación de esta norma.

b) Reglamentaciones sobre bienes o servicios de uso y consumo.

c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado.

d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas.

que afectan a la comunidad, y que por tanto, debiesen tener derecho a ser considerados.

Lo anterior demuestra que a nivel legal y constitucional se ha reconocido una forma de participación de los usuarios, que ha permitido la inclusión de un grupo nuevo dentro de la discusión en torno a los servicios mínimos, que si bien aún es discutido, es innegable su calidad de titulares de los derechos fundamentales ante servicios que pretender garantizar¹⁸⁷, buscando su inserción como partes de la negociación entre empleador y las organizaciones sindicales, o ya pudiendo ser tomados en consideración posteriormente por la Administración al momento de fijar el servicio a través de su potestad normativa.

Elemento novedoso y que permite incluir una figura que puede tener un punto de vista distinto, cuya participación sería interesante considerar al ser los representantes de los directamente afectados, una vez sea demostrado su capacidad de representatividad y de conocimiento del conflicto, situación que determinará el grado de incidencia de su posición ante la regulación del servicio mínimo.

Por último existe la posibilidad de recurrir ante la justicia, a través de un control jurisdiccional de la decisión administrativa sobre servicio mínimos, esto en virtud de lo que la propia Constitución señala en su art. 24.1 otorgando a los ciudadanos:

“el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”.

e) Condiciones generales de los contratos o modelos de contratos regulados o autorizados por los poderes públicos en servicios de interés general o prestados a los consumidores por empresas públicas.

f) En los demás casos en que una ley así lo establezca.

3. Las asociaciones empresariales serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que les afecten directamente.

Será preceptiva su audiencia en los supuestos contenidos en los apartados a), b), c) y f) del apartado anterior.

4. Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegiados que participen en la elaboración de la disposición. En los demás casos, la notificación o comunicación se dirigirá a la federación o agrupación empresarial correspondiente.

¹⁸⁷ El artículo 51 N°1 de la ley Constitución Española establece que: 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Si bien se reconoce la posibilidad de acudir ante los tribunales, se ha discutido cuáles son aquellos con competencia en estas materias, existiendo una disputa entre los tribunales contenciosos-administrativos y los tribunales sociales (laboral, civil, penal).

Por una parte la jurisprudencia ha impulsado la figura de los tribunales contenciosos administrativos, con la idea que *“el control de la legalidad de la actuación administrativa... cabe entender que se efectúa sobre una materia esencialmente administrativa aunque de la misma derive una limitación al derecho de huelga materia prioritariamente social, por lo que el control de tales actos debe verificarse por los órganos del orden jurisdicción contencioso administrativo”*¹⁸⁸. Si bien ello ha sido reconocido y aceptado, de igual manera se ha otorgado competencia a los tribunales sociales¹⁸⁹, ya que no ha quedado patente de forma indiscutida la competencia de los tribunales contenciosos administrativos, ante temas referidos a la alteración de los servicios mínimos; discrepancia en la designación del empleador; sanciones por el incumplimiento del servicio; descuento salariales e incluso sobre la disposición de servicios mínimos ante la defensa de los derechos fundamentales.

De este modo se ha criticado que se presentan dos tipos de tribunales¹⁹⁰ que se arrogan competencias sobre diversos aspectos derivados de un mismo hecho, lo que no hace más que afectar la seguridad jurídica de las partes del conflicto y de la comunidad, al existir una dualidad de competencias. Materia que trató de ser solucionada con el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga¹⁹¹, que finalmente no fue

¹⁸⁸ Se pueden señalar como la jurisprudencia más relevante en este punto: Sentencia de T. contencioso administrativo 12 marzo 1997 (RJ 28892), Sentencia de T. contencioso administrativo 8 julio 1994 (RJ 5680) Sentencia de T. contencioso administrativo 29 julio 2002 (JUR 233797)

¹⁸⁹ Castiñeira J. (2006), pp. 138-141.

¹⁹⁰ Artículo 19 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo indica:

La competencia para conocer de los Conflictos Colectivos de Trabajo corresponde, según su naturaleza: a) Al Delegado de Trabajo de la provincia en que se plantea el conflicto. La Dirección General de Trabajo será competente en los conflictos colectivos laborales que afecten a trabajadores de varias provincias. b) Al Orden Jurisdiccional Laboral, de acuerdo con lo establecido en esta disposición y en la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁹¹ *“En efecto. El 14 de mayo de 1992, el Consejo de Ministros aprobó un «Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo» que remitió para su tramitación parlamentaria. En el transcurso de ésta se alcanzó un acuerdo con los sindicatos más representativos el 9 de noviembre de ese mismo año. Tras su aceptación por el Pleno del Senado y, a pocos días de su aprobación definitiva en el Congreso, su tramitación quedó interrumpida por la promulgación del Real Decreto 534/1993 de disolución del Congreso y del Senado y la convocatoria de elecciones generales”.* Lourdes C (2015) Artículo 5 pp.

aprobado, y que señalaba como más conveniente que todos los litigios que surjan en la aplicación de este grupo normativo corresponda al orden jurisdicción social, con ciertas excepciones derivadas de los conflictos entre funcionarios y la Administración.

Dentro de las instituciones que participan en la definición de los servicios esenciales y servicios mínimos, existe una última figura, que se aparta un poco de la regulación normal de la huelga, pero que se utiliza en la práctica, que se constituye a través del arbitraje obligatorio. Que si bien se denomina arbitraje¹⁹², ha sido señalado como “*una intervención administrativa, que hay que aceptar por razones extraordinarias y con las exigencias del órgano que emana*”¹⁹³, regulado por el art. 10¹⁹⁴ inciso primero de DLRT otorga competencia al Gobierno a propuesta del Ministerio del Trabajo (actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

Se utilizará esta vía bajo ciertos presupuestos, cuales son *la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional*¹⁹⁵, lo que ha determinado que tal definición permite una decisión arbitraria para su imposición¹⁹⁶. Se ha estimado que dichos presupuestos deben concurrir conjuntamente, lo que ha determinado más críticas en la doctrina¹⁹⁷ al ser criterios escasamente concretizados.

¹⁹² Se declara la inconstitucionalidad del párrafo 1, en cuanto faculta al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, pero no en cuanto le faculta para instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros. Sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁹³ Bécáres J. (2016), Op. Cit., p.483.

¹⁹⁴ Artículo 10: “*El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. El incumplimiento de este acuerdo podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 15 y 16. Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.*”

¹⁹⁵ Ballester M. (1993), p.406.

¹⁹⁶ “*De hecho las decisiones organizativas en estos ámbitos se deberían tomar “neutralmente”; esto es: en función de criterios de organización del trabajo. Pero ello no se hace casi nunca así, sino que se toman teniendo por guía un argumento, (del que deliberadamente casi no se habla, y que es el que en realidad predomina), esto es: el poder (político en el contexto de la Administración pública) que pueda acumular un elemento (un Ministerio, por ejemplo) dentro de la organización general del Sistema (El “peso político” de una unidad administrativa se suele decir).*” Soria J. (2009) p.163

¹⁹⁷ Sobre la duración del conflicto López Vega (2003), p.274.

Ahora respecto a la naturaleza jurídica de dicha decisión se ha señalado que correspondería a un acto administrativo, en tanto de ahí su origen, mientras otros señalan que sería un auténtico acuerdo colectivo, y por otro lado existe la visión ecléctica que habría que distinguir según la forma en que se arribe a dicha decisión¹⁹⁸. Acuerdo el cual deberá encontrarse correctamente regulado y motivado, al ser un acto singular y no reglamentario, el cual podrá ser posteriormente fiscalizado jurisdiccionalmente¹⁹⁹, debiendo basarse prácticamente en los mismos criterios que un proceso de definición de servicios mínimos, principalmente sobre la imparcialidad del árbitro, buscando la equidad jurisdiccional dentro del proceso.

Procedimiento

Para la jurisprudencia del TC el procedimiento de huelga ha sido definido como un *“conjunto de trámites predeterminados que condicionan la validez del acto final”*²⁰⁰, así para que la huelga sea legal requerirá además de la suspensión colectiva y acordada en la prestación del trabajo que se sigan los procedimientos y requisitos formales, exigiendo que dichos formalismos *“no sean arbitrarios, que tengan como finalidad garantizar otros bienes constitucionalmente protegidos, y que no sean tan rígidos o difícil de cumplir en la práctica”*²⁰¹.

Comienza con un trámite previo a la declaración de la huelga en los servicios esenciales, donde existe un período de negociaciones entre los trabajadores y empleador a fines a resolver el conflicto. La legislación española establece que dicha etapa debe encontrarse documentado en el proceso, para así luego darle legalidad²⁰²

¹⁹⁸ Sin perjuicio de ello se ha establecido que la decisión posee una naturaleza administrativa. *“Que el acuerdo gubernativo que impone la medida del arbitraje obligatorio en un acto administrativo, es una cuestión pacífica en la doctrina.”* *Ibíd.*, p.269.

¹⁹⁹ Competencia igualmente discutida frente a si corresponde a la materia contencioso administrativo o a la jurisdicción social, siendo recomendable determinar la naturaleza jurídica del conflicto que se busca impugnar. *“La impugnación, en su caso, de la resolución gubernativa se realiza ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el procedimiento preferente y sumario de la LJCA, de modo que se pueda acudir en amparo ante el TC cuando se haya agotado la vía judicial. No obstante, el control de la aplicación empresarial de los servicios mínimos fijados, y de la designación de los trabajadores que han de atenderlos compete al orden jurisdiccional social”*. Ver SSTs 11 julio 1994 RJ 1994, 6545, 23 septiembre 1996 RJ 1996, 6769, 12 marzo 1997 RJ 1997, 2892. Quintanilla R. (2008), p.355.

²⁰⁰ Montoya A. (1992), p.60.

²⁰¹ Sentencia TC 11/1981 8 de abril o 3332/1994 19 de diciembre, y 23, 24 de octubre de 1989 RJ 75332/7422

²⁰² El Artículo 3 DLRT señala que deben acompañarse a la comunicación de la huelga las gestiones realizadas para resolver las diferencias.

a la comunicación formal de la huelga, según el procedimiento típicamente aplicado en España conocido como Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC)²⁰³.

A la comunicación de la huelga entonces, existirá una comunicación formal escrita de al menos setenta y dos horas previas, que incluirá las gestiones realizadas hasta ese momento y la fecha prevista para la huelga. En esta parte del proceso habrá una mediación previa, a la cual asistirán las partes involucradas, por un lado los convocantes de la huelga y por la otra el empleador, donde a diferencia del procedimiento italiano, se permite sustituir de manera voluntaria la mediación para que se realice según sea acordado por las partes, mediante un procedimiento arbitral²⁰⁴.

De lo anterior, se ha establecido que dentro de los requisitos formales a la declaración de huelga, se debe incluir en el acta: los objetivos de la huelga de forma clara y precisa, mencionar las gestiones realizadas para resolver las diferencias, indicar la fecha de comienzo y detallar la composición del comité de huelga, acompañado de una comunicación de la convocatoria de huelga a los destinatarios (empresario, autoridad laboral administrativa y consumidores). El art. 3.3 del DLRT exige que la huelga sea notificada cinco días naturales²⁰⁵ de antelación, como mínimo, sin computar el plazo que se produzca el preaviso y del comienzo de huelga²⁰⁶.

Dentro de dicho proceso y en su desarrollo, entrará a jugar un papel clave el Comité de Huelga, que ya en el proceso de huelga in situ, deberá seguir negociando con el empleador. Una vez sean acordados los servicios mínimos, serán los responsables de garantizar las prestaciones, y deberán además definir junto al empleador los equipos de emergencia, para que luego se emita una declaración definitiva de servicios

²⁰³ V Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC), Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo.

²⁰⁴ En los supuestos a que se refieren los Art. 40,41,44,47,51,82 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), y a fin de resolver las discrepancias que hubieran surgido en el período de consultas, deberá agotarse el procedimiento de mediación si así lo solicita, al menos, una de las partes. Ello no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la Ley.

²⁰⁵ Días naturales es el concepto utilizado por el DLRT, equivalente en nuestra legislación a días corridos, no hábiles.

²⁰⁶ Esto con dos propósitos: Otorgar al empresario un plazo de tiempo suficiente para poder reaccionar, y alcanzar acuerdos y en caso contrario adoptar medidas oportunas para los posibles perjuicios.

mínimos y equipos de emergencia realizada por la Autoridad laboral administrativa, que mayormente corresponderá a la Comunidad Autónoma competente.

Junto al Comité de Huelga y al empleador existirá la figura de las Asociaciones de Usuarios, las que han comenzado a incluirse dentro del proceso de definición de los servicios mínimos a través de los Consejos de Consumidores y Usuarios, regulado por el Real Decreto 894/2005 de 22 de julio, lo que posee ventajas al coordinar todas las asociaciones participantes por un mismo interés común, con el fin de determinar de la manera más acertada la forma en que deben establecerse los servicios mínimos, por la autoridad administrativa.

El papel que juega la Administración al momento de participar en la definición de servicios mínimos, es relevante, por lo que se les ha exigido que la decisión goce de la suficiente motivación en atención al derecho constitucional que limita, considerando así los perjuicios irrogados a los usuarios de los servicios esenciales y la consecuente restricción del derecho de huelga, entendido que la decisión debe gozar del carácter de proporcionalidad.

Proporcionalidad que la jurisprudencia ha definido con tres características intrínsecas como: la *idoneidad o adecuación*; la *necesidad o el carácter indispensable* y, por último, *proporcionalidad de los sacrificios en sentido estricto*.²⁰⁷ Por tanto el cómo determinar la proporcionalidad de forma correcta, es cuestión esencial, lo cual debe efectuar a partir de distintos criterios:

- (1) temporales, por ejemplo en fechas significativas que implican un mayor sacrificio para los consumidores;
- (2) territorial, ante huelgas generales que requieren sacrificio de más servicios y abarquen un gran espacio geográfico;
- (3) los servicios alternativos, en atención si existen mayor diversificación de servicios, menor deberá ser la restricción;

²⁰⁷ En Sentencia Contencioso-Administrativo 15 de junio de 2005 (RJ 9370 Recurso de casación 5908/2000, en igual sentido SSTs, Contencioso Administrativo 11 mayo 2007 (RJ 5846).

(4) naturaleza del derecho fundamental, y el valor jurídico que protege, por ejemplo al comparar la entidad de los servicios mínimos que debe prestar un hospital versus un museo.

(5) el número de trabajadores destinado a garantizar el servicio mínimo, criterio más cuestionado por la doctrina al ser un elemento esencialmente cualitativo. Su dimensión implica que un gran número de personal destinado como equipo de emergencia pudiera llevar a mostrar la apariencia de normalidad cuando de hecho exista un conflicto dentro de la empresa.

En síntesis, los criterios básicos para determinar los servicios mínimos han de responder a un criterio de proporcionalidad, acorde con los intereses de los huelguistas y los de la comunidad, lo que implica:

“ Que el establecimiento de un servicio mínimo no tiene que garantizar el funcionamiento normal del servicio.

- *Que el interés general ha de ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables.*
- *Que se debe valorar el ámbito personal y territorial, la duración de la huelga, las necesidades del servicio y los intereses constitucionalmente protegidos por el servicio.”²⁰⁸*

Incumplimiento

Una vez sean fijados los servicios mínimos, existe la posibilidad de incumplimiento por los diferentes implicados, a lo que el legislador Español ha determinado la correspondiente responsabilidad civil, penal, disciplinaria y administrativa²⁰⁹:

Trabajadores

- Responsabilidad penal ante comportamientos y conductas especialmente graves, de escasa aplicación.
- Responsabilidad civil, generalmente frente a perjuicios ocasionado en los bienes y productos de la empresa, mientras sean alegados y probados, dirigidas sobre personas concretas. Dicha responsabilidad se ha considerado reparable

²⁰⁸ Confederación General del Trabajo. (2011) Guía jurídico sindical, p.371.

²⁰⁹ Bécades J. (2016), Op. Cit., p 390.

a través del poder disciplinario del empresario y las indemnizaciones, mientras que a nivel de los usuarios se considera que estos debiesen dirigirse contra la propia parte empresarial y luego ésta repetir los perjuicios al trabajador.

- Responsabilidad disciplinaria, en tanto incumplimiento del servicio mínimo, aunque esto ha sido discutido, se ha zanjado que el despido disciplinario deberá quedar reservado a aquellos comportamientos más graves y culposos, en los que atendiendo a criterios de proporcionalidad pueda resultar justificado²¹⁰.

Los convocantes (Organizaciones sindicales o Comité de Huelga)

- Se les exige que sus acciones generen un daño probado y la debida relación de causalidad, mayormente producido ante huelgas ilícitas o ilegales²¹¹. Donde deberá distinguirse aquellos actos individuales de los colectivos, en el que el primero acarrea la responsabilidad en solitario, mientras el incumplimiento de las facultades colectivas como la convocatoria, determinación de objetivos o terminación solo genera responsabilidades para el sindicato²¹².
- Deberá tenerse en consideración, la especial función jurídico-política que desarrolla el sindicato frente al derecho de huelga, asumiendo por una parte de la doctrina, una atenuación de su responsabilidad al considerar que la relación durante una huelga no responde a la relación contractual privada general²¹³.

Empleador

Se establece por parte de la legislación Española que el esquirolaje o reemplazo de trabajadores se encuentra prohibido, tanto a nivel interno como externo. Así distingue la jurisprudencia que *“la sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previsto*

²¹⁰ Fernández R (2009). Sentencia STSJ Madrid 12 noviembre 2010 (As 2685).

²¹¹ *“Por su parte, el empresario podrá exigir a los sindicatos convocantes una indemnización por los daños y perjuicios que le causen las conductas ilícitas que se produzcan durante la huelga ilegal (arts. 1101 y 1902 CC), como por ejemplo, en relación con la convocatoria de la huelga, o su publicidad, esto es, en relación con los aspectos colectivos del derecho de huelga. De estas reclamaciones, conoce el orden jurisdiccional social (arts. 9.5 LOPJ y art. 1 LPL).”* Quintanilla R. (2008), Op Cit. p.360.

²¹² Ceinos A. (2000), p.133.

²¹³ Los integrantes del Comité Sindical no gozan de un estándar de conducta más exigente en relación a los demás trabajadores *“no cabe exigirles durante la huelga una conducta más esmerada y correcta que a éstos, ni se justifica la aplicación de un mayor rigor disciplinario por el mero hecho de formar parte del mismo”*. Quintanilla R. (2008) Op. cit. p. 348.

en el en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”²¹⁴, por tanto dichas facultades reconocidas al empleador se entienden como atendidas a suplir suplencias corrientes y excepcionales.

Se establece por tanto que la sustitución de los trabajadores corresponde a una actividad antisindical. Sobre este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado que inclusive acciones tendientes a desconocer y desinformar a los usuarios de la presencia de la huelga constituye una actividad antisindical:

“Telemadrid obligó a sus empleados a dejar programas preparados para emitir durante la huelga, además de cambiar el horario de espacios como "Alto y claro" y "Madrid opina" para "ofrecer una visión de normalidad", sin avisar a los espectadores de por qué los programas no se emitían en su horario habitual lo que supone una "nueva voluntad de confusión y déficit en la información de forma premeditada".

"Los medios lícitos debían venir por usar los trabajadores no huelguistas o por haber pactado servicios mínimos, o si se hubiera calificado como servicio esencial con los servicios mínimos disponibles", aunque la cadena decidió renunciar a definir servicios mínimos.”²¹⁵

Por último, ante los conflictos que se suscitan ante el incumplimiento durante la huelga, la jurisprudencia española ha reconocido como tribunales competentes para conocer de estas causas tanto a los tribunales contenciosos administrativos como también a la judicatura social. Esto según los recursos que se deseen imponer, de acuerdo a los efectos perniciosos de la huelga y frente a las responsabilidades que cada una de las partes puede tener en consideración a la definición de servicios mínimos, el cual puede darse ante el incumplimiento en las prestaciones o en las obligaciones acordadas en el proceso de arbitraje o ante cualquier responsabilidad que el sujeto legitimado interpongan frente a una actuar que considere ilegal en el proceso de la huelga.

²¹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre y en términos similares Sentencia Tribunal Constitucional 18/2007 de 28 de junio.

²¹⁵ Comisiones Obreras de Toledo. Telemadrid, condenada por vulnerar el derecho a huelga (Noticia), 02 de marzo de 2010.

Durante estos procedimientos se permite que la decisión administrativa sobre servicios mínimos quede suspensa, estableciendo como requisito para su imposición un daño jurídico para el derecho que se encuentra en peligro *derivado de la imposición del procedimiento, del retraso en la emisión del fallo, y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la probable ilegalidad en la actuación administrativa*²¹⁶. Lo cual permitiría evitar los perjuicios de una decisión administrativa que no goza de un procedimiento racional y justo, a fin de favorecer la correcta ponderación de los derechos en conflicto.

Si bien la discusión de cual tipo de tribunales resulta competente no se ha zanjado de forma definitiva, se ha reconocido una cierta preferencia por la alternativa de los tribunales ordinarios de justicia, sobre los administrativos²¹⁷, por ostentar una competencia material más especializada y promover una mayor rapidez de solución del conflicto.

III.III Argentina

Derecho de huelga y servicios mínimos

La Constitución Argentina (CA) desde su reforma en el año 1957, reconoce el derecho de huelga de los trabajadores, que luego quedó ratificado en 1994 con la vigencia del artículo 14 bis²¹⁸ debido a que se reconoció la jerarquía constitucional de las declaraciones y tratados de derechos humanos (artículo 75 inciso 22 CA) ya firmados por Argentina²¹⁹. Estos tratados contemplan materias relativas a la libertad sindical y el derecho de huelga en materia internacional laboral, lo que apuntó a aplicar en su legislación varios parámetros y principios fijados por la OIT.

²¹⁶ Cabezas J. (2005) Op. Cit., pp.196 y ss.

²¹⁷ Díaz-Guerra Á. (2007), p.158.

²¹⁸ El inciso segundo del artículo 14 bis de la CA señala: "*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*".

²¹⁹ Argentina ha ratificado los Convenios de la OIT sobre libertad sindical y promoción del derecho de sindicación (N° 87), Convenio sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (N° 98), Convenio sobre la consulta tripartita (N°144), Convenio sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las relaciones de trabajo en la administración pública (N°151), Convenio sobre fomento a la negociación colectiva (N°154), y el Convenio sobre la protección y facilidades que deben otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores (N°135).

El derecho de huelga ha sido definido por la doctrina como un derecho de expresión de la libertad sindical, como un medio lícito que otorgar la ley a los trabajadores para solucionar el conflicto, *buscando a través de su realización la pertinente autocomposición entre las partes sociales*²²⁰. Por su parte la Corte Suprema Argentina se ha pronunciado en el sentido que como todo derecho reconoce sus límites, *no pudiendo afectar su ejercicio sustancialmente la continuidad de los servicios públicos, ni el orden social, ni la paz pública, valores cuya tutela se halla a cargo del Estado por imposición constitucional.*²²¹ Así al igual que las legislaciones anteriormente estudiadas, la ley Argentina reconoce el derecho de huelga limitado a través de servicios esenciales, en los cuales se hace necesario ponderar aquellos derechos en conflicto, estableciendo servicios mínimos cuando sea requerido.

Dentro de la normativa legal encontramos la denominada Ley de Ordenamiento Laboral N°25.877 de 2004 (LOL), conjuntamente aplicada con el decreto N°272/06, lo cual vino a derogar la anterior ley N°25.250 y su normativa reglamentaria²²². La actual normativa legal no se encuentra sistematizada en un solo cuerpo normativo, sino en variadas leyes²²³ como la ya mencionada, la cual regula en su artículo 24 los servicios esenciales, buscando que sea acorde a los criterios, normas y principios de la OIT, priorizando a la vez la regulación en favor de la autonomía colectiva, así su inciso primero señala:

²²⁰ Bravo Héctor. (1996), p.17.

²²¹ Ídem.

²²² Ley N° 25.877 “Derógase la Ley N° 25.250 y sus normas reglamentarias. Ordenamiento del Régimen Laboral. Derecho Individual del Trabajo. Período de Prueba. Extinción del Contrato de Trabajo. Preaviso. Promoción del Empleo. Derecho Colectivo del Trabajo. Negociación Colectiva. Procedimiento de la Negociación Colectiva. Conflictos Colectivos de Trabajo. Balance Social. Administración del Trabajo. Inspección del Trabajo. Simplificación Registral. Cooperativas de Trabajo. Disposiciones Finales.”

²²³ Para efectos de este estudio analizaremos en mayor profundidad la Ley N° 25.877 de Ordenamiento Laboral, sin perjuicio que son atingentes en estas materias aquellas regulaciones que se encuentran a su vez en: Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales de Trabajadores, Ley N°14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo, Ley N° 23.546 sobre Procedimientos de la Negociación Colectiva, Ley N°14.786, sobre Resolución de Conflictos Colectivos del Trabajo, Ley N° 25.674 sobre Participación Femenina en las Unidades de Negociación, Ley N° 24.013 Nacional de Empleo, Ley N° 23.929 sobre Convenciones Colectivas de Trabajo en la Administración Pública, Ley N° 24.185 sobre Negociación Colectiva para los Trabajadores Docentes, Ley N° 24.467 de Pequeñas y Medianas Empresas, y la Ley N° 23.554 que ratifica el Convenio N°154 de la OIT sobre Fomento a la Negociación Colectiva.

“Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.”

Relevante es que cuando la ley habla del titular de las medidas, no circunscribe el alcance del concepto a aquellas medidas de fuerza que adopten exclusivamente organizaciones sindicales, sino que considera un concepto amplio, calificando de forma general a la “parte” que decida implementar una acción de auto tutela. Se prescinde de atributos específicos del titular lo que determina que se haya reconocido potestad a los gremios²²⁴, considerados como el *colectivo de trabajadores, organizados o no a través de un sindicato formal reconocido por el Estado*²²⁵, lo que incluye coaliciones y gremios, entendido como grupo de trabajadores con *intereses comunes de una misma actividad, aunque no estén organizados institucionalmente*.²²⁶, lo que permite el ejercicio del derecho de huelga a cualquier grupo de trabajadores con interés común, ya que no se circunscribe exclusivamente en la figura del sindicato.

Si bien a quién corresponde la titularidad para solicitar durante la negociación colectiva el ejercicio de la huelga ha sido discutido, el anterior razonamiento ha sido respaldado y zanjado por la Corte Suprema²²⁷. La norma del artículo 24 señala expresamente que se aplica a los servicios esenciales, pero la doctrina ha ampliado lo anterior entendiendo que dichos principios y reglas deben igualmente aplicarse a cualquier procedimiento de huelga²²⁸.

²²⁴ *“El clásico debate sobre el concepto de gremio y su incidencia sobre la titularidad del derecho de huelga ha generado infinidad de pronunciamientos contradictorios sobre la legalidad de numerosas medidas de acción gremial decididas en forma directa por los trabajadores de un establecimiento o por sus delegados de base o comisiones gremiales internas o (en menores casos) por organizaciones sindicales sin personería gremial reconocida. De hecho, la garantía constitucional se ha diluido fuertemente en la interpretación restrictiva.”* Pérez G. (2006), pp. 8 y ss.

²²⁵ César Arese señala que el sindicato o el trabajador ponencia Señalando que la Comisión Redactora de la Convención Constituyente entendió que la huelga puede ser declarada por los trabajadores: *“no necesita la huelga declarada por los trabajadores ser homologada por los sindicatos en caso de que ella estalle.”* En Tribuzio J. (2012), Op. Cit., p.30.

²²⁶ Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (2008), p.187.

²²⁷ Los fallos ejemplares corresponden a los casos ATE y Rossi. CFR En los últimos años la tendencia de la Corte Suprema Argentina parece variar, señalando que el concepto de gremio solo incluiría a las asociaciones sindicales legamente inscritas en el Ministerio de Trabajo. (Noticia) 08 de junio 2016.

²²⁸ Gianabelli G. (2004), p.182.

Por lo demás la legislación establece diferencias entre los distintos sindicatos de una empresa, regulado mediante la Ley N°23.551 sobre Asociaciones Sindicales de Trabajadores, distingue entre sindicatos simplemente inscritos y sindicatos con personería gremial. Estos últimos son aquellos que tienen, a lo menos, el 20% de afiliados considerando la totalidad de trabajadores que se desenvuelven en el sector de que se trate. La ley reserva a estos últimos ciertos derechos sindicales, como *defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores* e intervenir en negociaciones colectiva²²⁹, en este sentido se ha dicho que el modelo se basa en la unicidad de la personería gremial²³⁰, a diferencia de la pluralidad sindical establecida en nuestro país.

En el caso de los empleados públicos, contrario a lo mencionado anteriormente, se reconoce la pluralidad sindical²³¹, siendo plausible la titularidad de diversos sindicatos en la negociación colectiva, regulando sus estatutos por la ley N°24.185/92 y 25.164/98 como por sus decretos reglamentarios. En Argentina a diferencia de otras legislaciones, se reconoce por lo demás a los empleados públicos la posibilidad de participar de la negociación colectiva, con las implicancias que esto tiene, incluido el derecho de huelga, a su vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce el derecho de huelga a los trabajadores judiciales, sin perjuicio que no se encuentra plasmado y es una medida común dentro del Poder Judicial.

Ahora bien el artículo 24 señala en su inciso segundo, cuáles servicios serán considerados como esenciales, y que por tanto deberán gozar de servicios mínimos: *“Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”*, el legislador Argentino realizó una técnica de enumeración directa de los servicios esenciales, a través de un catálogo cerrado, sin una definición expresa de su contenido, pero a través de regulación de jerarquía legal.

²²⁹ Artículo 31 Ley N° 23.551: Sin embargo, como veremos más adelante, esta norma tiene ciertas excepciones, ya que hay casos en que se permite negociación colectiva a empresas de ámbito menor.

²³⁰ Radiciotti, L. (2012), p. 255.

²³¹ Consejo Federal de la Función Pública (2013), p.18.

Si bien se mencionó que la definición de los servicios esenciales corresponde a cada país según sus propios criterios políticos y legales, es a lo menos discutible la inclusión del servicio de gas dentro de aquellos servicios indispensables, aun considerando la importancia que tiene para la economía de dicho país, ya que es difícilmente asimilable a un servicio que afecte la vida, la salud o seguridad de las personas, en el sentido estricto del término como la OIT propone, de hecho dicha actividad se encuentra descartada dentro del listado considerado como esencial por este organismo.

Como última cuestión relevante el artículo 24 señala en su tercer inciso, una norma complementaria frente a la regulación de los servicios esenciales, y que nos presenta un nuevo órgano que la legislación incluyó, similar a la figura de la Comisión de Garantía italiana:

“Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.”

Esta nueva institución identifica la ley con los planteamientos de la OIT en materia de regulación del procedimiento de servicios esenciales, estableciendo un órgano imparcial ajeno al Gobierno, disminuyendo su intervención, la cual otorga una facultad condicionada, de carácter excepcional y subsidiario (a la conciliación)²³². Lo que buscó el legislador en este sentido es extender los posibles servicios esenciales, cuando así lo exija la interpretación que realice el organismo a través de la inclusión de los servicios esenciales por extensión en el caso a) y los servicios públicos de importancia

²³² La doctrina ha entendido que la norma (Ley N°14.876) no exige el agotamiento de la conciliación laboral obligatoria, sino solo requiere la apertura de dicho procedimiento, para que la comisión ejerza su competencia. Tribuzio J. (2015) Op. Cit., p.119.

trascendental en el punto b), lo anterior en base a los criterios establecidos por los órganos de la OIT.

Importante en este punto es aclarar que en el caso del punto a), la legislación Argentina requiere que los servicios por extensión cumplan copulativamente los requisitos de temporalidad y territorialidad, no así como lo exige la normativa internacional, en la cual basta sólo la presencia de uno de ellos para ser catalogados como tal, realizando una protección menos intensa del derecho de huelga en Argentina.

Respecto al punto b) y considerando los lineamientos del CLS se requiere que los servicios públicos sean necesarios al punto de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo en las condiciones de seguridad de las instalaciones.

Dada la jerarquía constitucional del derecho de huelga, el tratamiento convencional que le otorguen las partes se encuentra limitado, en tanto busca por sobre todo el respeto del derecho, por tanto no se permitiría una disposición acordada por vía colectiva para disminuir tal derecho o cláusulas convencionales que excluyan el ejercicio del derecho de huelga, o tolerar servicios mínimos innecesarios, o establecer la esencialidad sin la necesaria fundamentación, por tanto se exige que durante este proceso *se goce de un estándar mínimo de tutela contenido en las disposiciones que integran el orden público laboral, previsto en la normativa constitucional, supra legal y legal vigente.*²³³ Debiendo por ende ser la regulación autónoma sujeta siempre a los criterios de la OIT.

Instituciones

Dentro de los agentes encargados de definir los servicios que serán considerados como esenciales, y que por tanto deberán prestar servicios mínimos, la legislación Argentina ha determinado que dicha tarea sea definida por la ley (artículo 24 Ley N°25.877), así establece un límite legal al derecho de huelga, no delegando dicha potestad en algún órgano administrativo, en concordancia con los principios de

²³³ *Ibíd.*, p.141.

la OIT que busca que cualquier restricción al ejercicio del derecho de huelga goce de la correcta ponderación constitucional y legal.

Ahora bien al momento de determinar el procedimiento de aplicación de los servicios mínimos, la legislación señala que la autonomía colectiva (empleador y trabajadores) será la encargada de garantizar la prestación de los servicios mínimos, así lo indica el artículo 24 de la Ley como el artículo 2º y 12 del decreto 272/06²³⁴, que es el encargado de reglamentar el procedimiento.

Se establece que la parte que adopte la medida de acción directa deberá garantizar la puesta a disposición de los medios necesarios para el cumplimiento de los servicios mínimos, siendo en el caso de ser convocada la huelga por el sindicato, quien deberá disponer del personal necesario para los equipos de emergencia destinados a prestar los servicios, mientras la empresa será la encargada de poner en funcionamiento el servicio con los trabajadores ya asignados²³⁵.

Por tanto será la autonomía colectiva, y particularmente la parte que haya iniciado la acción directa, la encargada de regular la prestación de los servicios mínimos, la cual deberá ser declarada como suficiente, criterio que dependerá de un órgano independiente e imparcial, denominado Comisión de Garantía.

El decreto 272/06 vino a regular de mejor manera las características y funciones de tal organismo, ya que si bien la Ley la consideraba, no lo reguló exhaustivamente. La Comisión se encuentra integrada por cinco miembros titulares y cinco miembros alternos, debiendo poseer el conocimiento técnico, profesional o académico en estas materias, los que son designados por el Poder Ejecutivo²³⁶, a propuesta de las

²³⁴ Decreto 272/06 "Reglamentación a la que quedan sujetos los conflictos colectivos de trabajo que dieren lugar a la interrupción total o parcial de servicios esenciales o calificados como tales en los términos del artículo 24 de la Ley N°25.877"

²³⁵ "(...) Los trabajadores, a su turno, también podían ser pasibles de sanciones disciplinarias, ante la falta de prestación (o deficiencia en la ejecución) de los servicios mínimos a ellos asignados." Tribuzio J. (2015) Op. Cit., p.110.

²³⁶ Se ha criticado la intervención del ejecutivo en la elección de los miembros del Comité, ya que a pesar de que los candidatos son presentados por las asociaciones de trabajadores y empleadores, los integrantes que compondrán la Comisión son elegidos finalmente por el Poder Ejecutivo, con lo cual, aquí lo que se cuestiona es su verdadera independencia. Campos M. y Genoveva L. (2011), p.14

organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas²³⁷, nominando tres candidatos, siendo los demás designados por el Poder Ejecutivo²³⁸, lo cual busca otorgar independencia e imparcialidad en la elección de los miembros, pero igualmente sería preferible y acorde con los criterios de la OIT que la elección y designación de los integrantes de la Comisión de Garantías recayese solamente en las asociaciones y organismos más representativos.²³⁹

Conforme lo señala el artículo 4° del decreto 272/07 los integrantes de la Comisión de Garantías desarrollan sus funciones ad honorem, sin embargo la norma no ha señalado la forma en que gozarán de los medios personales y materiales para desarrollar tal tarea, por tanto la doctrina ha criticado *la autonomía funcional y autarquía financiera, lo que difícilmente pueda asegurar la independencia que se adjetiva a la Comisión y constituye su rasgo más importante.*²⁴⁰ Por último se señala la necesidad de la publicidad oportuna y adecuada de los actos y pronunciamientos de la Comisión de Garantías, a fin de que las organizaciones sindicales y patronales, los ciudadanos y los distintos poderes del Estado puedan tomar conocimiento de la génesis y alcance del conflicto, el análisis y el debate, hacia un decisión transparente y legitimada en su actuación.

Dentro de las características que tiene la Comisión se destacan en el artículo 2° del decreto 272/07, las siguientes prerrogativas:

- a) *“Calificar excepcionalmente como servicio esencial una actividad enumerada en el párrafo segundo del artículo 24 de la ley N°25.877.*

²³⁷ Correspondientes a la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) señalando respectivamente tres candidatos cada uno.

²³⁸ Para una mejor comprensión de la designación de los miembros ver artículos 3°, 4° y 5° del decreto 272/06.

²³⁹ El Comité de Libertad Sindical menciona: *“El nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir los miembros del tribunal de Arbitraje de los servicios esenciales que los representan”*. OIT (1996), p.124.

²⁴⁰ Tribuzio J. (2015) Op. Cit.p.131.

- b) *Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieran así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes.*
- c) *Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa*
- d) *Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión*
- e) *Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales o extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas.*²⁴¹

De lo anterior se colige que la única potestad exclusiva, excluyente y de ejercicio obligatorio es la contenida en el inciso a), tratándose de una *función normativa*²⁴². La letra b) hace mención a la figura de la Autoridad de Aplicación, que corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, es decir, un órgano de la Administración, el cual tendrá la potestad de recurrir a la Comisión de Garantía para requerir su opinión y hacer procedente el ejercicio de las demás facultades, solicitud que de igual manera podrán realizar las partes involucradas en el conflicto. De todos modos, si bien la actuación de la Comisión será previa instancia de la Autoridad de Aplicación, en el caso del inciso a), siempre será obligatorio su convocatoria, según lo señala el artículo 11 del decreto²⁴³.

El artículo 11 menciona la posibilidad que se convoque a la Comisión cuando ésta sea requerida por las *partes involucradas* en el conflicto, importante diferencia con el artículo 2° ya tratado, ya que este hace referencia a las *partes intervinientes*, estableciendo así una diferencia en el sentido que amplía la posibilidad de titulares ante la Comisión hacia otros sujetos que se encuentren involucrados como pueden ser los representantes de los usuarios o consumidores alcanzados, estableciendo una

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 125.

²⁴² A opinión del autor las demás funciones asignadas pueden ser calificadas de arbitrales (inciso b), consultivas (incisos c y d) o instrumentales (inciso e). García H. (2006), *Op. Cit.*, p.509

²⁴³ Artículo 11° decreto 272/07: Cuando la actividad de que se trate no se encuentre comprendida dentro del párrafo segundo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de oficio o a pedido de las partes involucradas en el conflicto, convocará a la Comisión de Garantías, para que proceda a evaluar si se dan los supuestos de los incisos a) o b) del artículo 24 de la Ley N° 25.877 y en su caso, califique excepcionalmente como esencial tal servicio.

semejanza con la legislación Española e Italiana, en tanto permite incluir dichas figuras en el proceso de determinación de servicios mínimos.

Si bien las Asociaciones de Usuarios o Consumidores no gozan de la misma fuerza que en las demás legislaciones ya tratadas, es un primer paso que permitirá incluir a una institución importante, en tanto son los principales afectados por el derecho que se ve afectado por el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, y que por ende, buscarán sea correctamente ponderado y equilibrado con los intereses que tienen como usuarios.

Por último y una crítica que puede efectuarse a la actual regulación, es la relevancia que ha tomado la Autoridad administrativa de Aplicación, en virtud de lo regulado en el artículo 10 del decreto administrativo, ya que afirma que si hay incumplimiento de las obligaciones por las partes involucradas o si los servicios acordados fueren “insuficientes”, será el Ministerio de Trabajo el que fije los servicios mínimos a prestarse. Siendo entonces en estos casos susceptibles de ser modificados según el criterio del organismo perteneciente al Ejecutivo, no contando tal decisión de la suficiente imparcialidad, más allá de la justificación que puede tener tal decisión.

Procedimiento

El procedimiento de fijación de servicios esenciales, como ya se mencionó se encuentra regulado en la Ley N°25.877, respectivamente en su artículo 24, pero más allá de la enumeración taxativa efectuada por el legislador, existe la posibilidad de ampliar dicha categoría a través de los servicios esenciales por extensión efectuada por parte de la Comisión de Garantías, pudiendo abrirse dicho proceso ya sea de oficio (por el Ministerio Trabajo, Empleo y Seguridad social de la Nación) o a pedido de las partes intervinientes en el conflicto, según lo dispone el artículo 2° del decreto N°272/06 que regula la LOL.

Se hace necesario advertir que la competencia que posee la Comisión de Garantías requerirá previa apertura del procedimiento de conciliación, entonces el procedimiento de conciliación obligatoria se activa frente al conflicto de intereses, por tanto, *la competencia del órgano se encuentra indisolublemente ligada a la existencia de aquel*

*conflicto en virtud del cual se requiere su intervención concreta.*²⁴⁴. Dado que esta instancia sobre la calificación de un servicio será excepcional, *se niega la posibilidad de asignarle a la decisión sobre un caso puntual y circunstanciado, estabilidad o proyección futura, hacia actividades no consideradas, ab initio, servicio esencial*²⁴⁵, es decir no tiene alcances ulteriores, más bien se circunscribe a la particular necesidad de extensión del servicio.

Ahora, en referencia al procedimiento de fijación de los servicios mínimos y equipos de emergencia en servicios declarados esenciales, primero se debe realizar el comunicado a la Autoridad de Aplicación por una de las partes sobre la existencia de un conflicto, previo a la toma de acciones directa como la huelga, a fin de que se inicia la conciliación obligatoria, pudiendo incluirse la autoridad administrativa en caso que lo considere oportuno. A su vez podrán invitar a las partes a someter la decisión a un arbitraje, donde en el caso de aceptar, deberán suscribir un compromiso arbitral, que contenga los datos requeridos por el artículo 5° de la ley 14.786²⁴⁶ y someterse a un dictamen que resuelva el conflicto, el que será recurrible por vía de nulidad (exclusivamente por fundarse la sentencia en cuestiones no comprendidas o fuera del término convenido).

Si las partes optan por la conciliación ante la Autoridad de Aplicación se convocará a las partes las veces que sea necesario para arribar a un acuerdo, el Ministerio deberá dar publicidad a un informe que contendrá las indicaciones de las causas del conflicto, un resumen de las negociaciones, la fórmula de conciliación propuesta y la parte que la propuso o rechazo, según establece el art. 4 de la ley 14.786²⁴⁷. Se entiende que durante dicho período las partes no pueden adoptar medidas de acción directa, entendidas como *aquellas que puedan innovar respecto a la situación anterior al*

²⁴⁴ Tribuzio J. (2009), Op. Cit., p. 33.

²⁴⁵ Tribuzio J (2015) Op. Cit., p.121.

²⁴⁶ Ley N°14.786 de 2 de enero de 1959 “*Díctense disposiciones para substanciar los conflictos de intereses cuyo conocimiento sea de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*”, que regula más bien el procedimiento de conciliación obligatoria

²⁴⁷ En la práctica no se ha realizado ni menos publicado dicho informe, ejemplo de ello es el conflicto protagonizado por los trabajadores afiliados a la Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro durante el segundo semestre del año 2009.

*conflicto*²⁴⁸, de ello que cualquier medida en tal sentido, sea intimada al cese inmediato por parte de la autoridad administrativa, según el artículo 8° y 10° de la LOL.

Se establece que el plazo de conciliación, según el decreto 272/06 es de quince días hábiles administrativos (artículo 7° y 16° del decreto), el cual una vez se encuentre vencido, la parte que ejercerá las medidas de acción directa comunicará a través de preaviso a la contraparte y a Autoridad de Aplicación en forma fehaciente y con cinco días de anticipación a la fecha que realizará la medida. Sumado a lo anterior, el artículo 8° menciona, que dentro del primer día de preaviso, las partes deberán acordar ante la Autoridad de Aplicación sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se le asignará a la prestación de los mismos, esto es referente a la negociación para implementar y la forma en que se brindará el servicio mínimo, ya que la determinación de su quantum es materia privativa de las partes que adopten el conflicto.²⁴⁹

Si las partes ya hubiesen previsto las prestaciones mínimas, se comunicarán por escrito a la Autoridad de Aplicación, dentro del mismo plazo fijado anteriormente (primer día del preaviso), señalando la forma en que se ejecutarán las prestaciones, designación del personal, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, según el artículo 9° del decreto 272/06.

Ahora bien existe una importante facultad que posee la Autoridad de Aplicación y que ha sido altamente criticada²⁵⁰, ya que no solo gozarán de la aptitud para señalar los servicios mínimos y la forma de cumplirlos en los casos en que no se haya arribado a acuerdo, sino que de igual manera en el caso que sean considerados como insuficientes requiriendo previamente la consulta de la Comisión de Garantías, la que en ningún caso es obligatoria, sino resulta meramente consultiva. Por lo anterior se exige que la decisión deberá estarse a los lineamientos de la OIT sobre la materia, los

²⁴⁸ Tribuzio J. (2015), p.133

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Campos M. y Genoveva L. (2011), p.14.

cuales actúan como una barrera a la discreción administrativa en materia laboral frente al riesgo de una decisión arbitraria.

Muestra de lo anterior, es la crítica que se realiza al decreto 272/06 que vino a reemplazar el anterior decreto 843/00, ya que en el caso de que la Autoridad de Aplicación considerase los servicios mínimos como insuficientes, respecto al número de personal destinado al equipo de emergencia, existe una potestad unilateral en fijar su extensión y sin límites en su alcance, donde antes si existía en el artículo 17 del decreto 843/00, al establecer que aquella no podía “...imponer a las partes una cobertura mayor al cincuenta por ciento de la prestación normal del servicio de que se trate...” Existiendo por tanto una mayor desprotección que el anterior decreto, ya que no existe mínimo o máximo, se deja libre la decisión a la administración frente a derechos constitucionales que pueden ser vulnerados.

Anteriormente además existía un límite subjetivo en la interpretación que obligaba a la autoridad de aplicación a aplicar un razonamiento, al establecerse en el artículo 4 del decreto 843/00: “...la autoridad de aplicación deberá sujetarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de la situación”, lo cual actualmente no existe por lo menos explícitamente, aun cuando se espera que bajo un procedimiento debido y racional de la autoridad se logre explicitar los fundamentos en la decisión, lo que exige una decisión motivada.

Lo anterior demuestra que ante falta de acuerdo o ante la insuficiencia del acuerdo (sin establecer cuándo es insuficiente) la administración gozará de una gran potestad que puede ser usada discrecionalmente para limitar el derecho de huelga, procedimiento el cual al menos debe ser congruente con los principios de la OIT, no debiendo por ende ser arbitraria su decisión y ajustada en sus motivos con el derechos vulnerados.

Ahora referente a los agentes en conflictos se establece como una de las obligaciones más importantes durante el procedimiento que las partes en todo momento deben negociar de *buena fe*²⁵¹, muestra de ello es que una vez sean fijado los servicios mínimos, la empresa prestadora del servicio considerado esencial garantizará la

²⁵¹ García H. y Tribuzio J (2007), p.438.

ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo deberá suministrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas, según lo dispone el artículo 12 del decreto 272/06.

De lo anterior que el empleador tenga la obligación principal de informar a los usuarios y consumidores a fines de entregar la información oportuna y transparente, previa al desarrollo del huelga. Mientras que durante la ejecución de la huelga la organización de trabajadores cumplirá su obligación legal garantizando la prestación en los términos acordados, siendo obligación del empleador entregar los medios materiales necesarios para asegura el funcionamiento del servicio, *“debiendo abstenerse de obtener de cualquier modo su ejercicio y/o aplicar sanciones por tal motivo.”*²⁵²

En caso de que las partes no se encuentren conformes con los pronunciamientos de las autoridades durante el procedimiento, existe un doble sistema recursivo frente a las decisiones sobre la calificación de los servicios mínimos y el desarrollo del procedimiento de negociación, mediante la opción de recurrir por la vía administrativa y judicial, a través del procedimiento general, ya que no existe una regulación específica.

Las decisiones de la Autoridad de Aplicación serán recurribles en base al procedimiento general regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo N°19.549 y su decreto reglamentario N°1759/72, de igual manera la jurisprudencia acepta la impugnación judicial de las resoluciones administrativas a través del *amparo sindical* previsto en el artículo 47 de la ley 23.551, el que tiene por fundamento evitar una obstaculización o impedimento en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la norma. De igual modo existe el amparo prevista por el

²⁵² *“Nadie debería ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima”*. OIT (2006), p. 141.

artículo 43²⁵³ de la Constitución Argentina, al alcance de toda persona que considere afectados o amenazados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta sus derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes.

Respecto al caso de las resoluciones de la Comisión de Garantías, y particularmente a las decisiones que emanan del artículo 2° del decreto 272/06, hay que distinguir, ya que en el caso de la letra a), la cual adopta una función normativa, se ha señalado que administrativamente no son revisables, ya que la Autoridad de Aplicación no posee las atribuciones de calificar extensivamente la esencialidad de un servicio, como tampoco tiene potestad de revisar lo actuado por la Comisión, más aun se menciona que al ser un órgano independiente, “*carece de superior jerárquico que revise sus decisiones*”²⁵⁴. Referente a las demás características que se le asignan, éstas solo gozarán de fuerza vinculante y operatividad una vez sea recogida por la Autoridad de Aplicación, y a tal efecto se permite el sistema recursivo general, ya mencionado.

En relación ahora a las posibilidades de impugnación judicial de los actos de la Comisión, en el ejercicio de la extensión de esencialidad en un servicio, la doctrina se encuentra dividida, en tanto algunos señalan estar a favor de la opción de recurrir ante la justicia Nacional del Trabajo²⁵⁵, en atención al carácter federal del órgano y su vinculación específica con la materia, pero existe otra interpretación, que no admite recursos contra la resolución de la Comisión, excepto al ser impugnados por vía de amparo²⁵⁶ siendo estos últimos argumentos violatorios de la libertad sindical bajo los principios propuestos por la OIT que señalan que *dichas decisiones sean ejecutorias (completos y rápidamente), lo que implica irrecurribles*²⁵⁷, por tanto debiesen preferirse

²⁵³ El inciso primero del artículo 43 de la CA señala: “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*”

²⁵⁴ Grupo de Expertos en Relaciones laborales (2008), p.305.

²⁵⁵ A favor Simón J. (2006), p. 1272.

²⁵⁶ García H. (2006) Op. Cit., p.518.

²⁵⁷ “*Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios*” Véanse recopilación 1996 caso número 1818, párrafo 367; 1882 párrafo 429; 1943 párrafo 2227, entre otros. OIT (2006), p.129.

la primera opción, que permite la revisión de las resolución de la Comisión, toda vez que no es un órgano jurisdiccional que se forme de los mismos principios, garantías y el debido proceso en sus resoluciones como los tribunales de justicia.

Incumplimiento

En las circunstancias que cualquiera de las partes dentro de la negociación colectiva no cumplan con sus obligaciones, se ha establecido en el artículo 14 del decreto N°272/06, los casos que derivarán en sanción, a saber:

- a) “Inobservancia del procedimiento de conciliación.
- b) Inobservancia de las previsiones dispuestas en la propia reglamentación.
- c) Incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Autoridad de Aplicación (Ministerio de Trabajo).
- d) Incumplimiento de los pronunciamientos de la Comisión de garantías.
- e) Incumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a ejecutar servicios mínimos.”

Las conductas anteriormente señaladas son aplicables a cualquiera de las partes en la negociación, trabajadores o empleador, con excepción de la letra e), que solo es imputable cuando el incumplimiento proviene de los trabajadores en huelga.

Se dispone en el mismo artículo, que las sanciones a las que diera lugar dichas faltas son aquellas establecidas por las leyes N°14.786, 23.551 y 25.212 las que las modifiquen, sus reglamentos y aquellas complementarias según corresponda, siendo en su mayoría sanciones pecuniarias. Además se establece la posibilidad de dejar inhabilitado por un año al empleador para acceder a licitaciones públicas y ser suspendido de los registro de proveedores o aseguradores del Estado nacional o municipal²⁵⁸, y en el caso de los trabajadores suspender o cancelar la personería gremial por vía judicial.²⁵⁹

²⁵⁸ Artículo 5° del anexo II de la Ley N°25.212

²⁵⁹ Artículo 56 de la Ley de Asociaciones Sindicales. N°23.551

Estas sanciones tienen por finalidad, proteger los principios²⁶⁰ del procedimiento e intereses de las partes durante la negociación colectiva para arribar mediante un procedimiento racional y justo a la solución del conflicto laboral.

²⁶⁰ Dentro de los principios más relevantes se encuentra la buena fe; negociación libre y voluntaria; primacía y carácter imperativo de la negociación colectiva; irrenunciabilidad; ultraactividad; preservación de la condición más ventajosa e indubio pro operario. Consejo Federal de la Función Pública (2013), pp.25-26.

Capítulo IV Legislación nacional y reforma laboral

IV.I Derecho de huelga, servicios esenciales y servicios mínimos en Chile

Constitución Política

La justicia laboral existente antes de la reforma impuesta por la ley N°20.940, tuvo en su origen una mirada esencialmente economicista dentro de las relaciones laborales²⁶¹, con una apertura hacia el libre mercado, promovida en gran parte por las ideas neoliberales en la dictación de la Constitución de 1980 y del Código Laboral de 1987 y 1994, dado quién fuera el principal arquitecto del sistema constitucional chileno²⁶² señalaba que *la cuantía o valor del trabajador en caso de producirse una huelga, debía medirse en relación al sueldo o condiciones en que otro potencial trabajador estaría dispuesto realizar el mismo trabajo*. En tal sentido, si existía una persona que se encontrase dispuesta a realizar las mismas funciones del trabajador en huelga en idénticas condiciones laborales y económicas que el anterior trabajador reclamaba, éste último tenía una pretensión que en principio era errónea al verse como un reclamo desproporcionado, que carecía de un fundamento real, al existir dentro del mercado una persona que pudiera reemplazarlo inmediatamente sin nuevas condiciones, dejando entrever que el derecho que reclamaba el trabajador en huelga, no era efectivamente debido.

Lo anterior, es consecuencia de la forma en que se comprende el esquema de las relaciones laborales, demostrando con ello la intención que tenía la legislación laboral de esa época y el fin al que propendía, imponiendo la libertad económica como el principal eje en materia laboral, actuando finalmente como un instrumento de protección hacia el empleador más que al trabajador, privilegiando la inversión, el

²⁶¹ Lo que algunos autores señalan como una economía social de mercado. “Se mantuvo exitosamente bajo el gobierno de Patricio Aylwin: libertad de empresa y libertad sindical; libertad de negociación colectiva y de negociación individual en las empresas; idoneidad de trabajadores y empresas para asegurar un producto competitivo nacional e internacionalmente, y subsidiariedad del Estado en la actividad económica”. Thayer W. (1994), p.231.

²⁶² Jaime Jorge Guzmán Errázuriz (Santiago, 28 de junio de 1946- 1 de abril de 1991) político, abogado constitucionalista y profesor universitario chileno.

trabajo y la producción, por sobre los derechos y las personas que lo realizan, estableciendo obstáculos en la legislación para hacer frente a las reivindicaciones propias de los trabajadores, excluyendo con ello al trabajador como un agente efectivamente valorado y empoderado dentro de la empresa.

La idea anterior resulta esencial para entender el mecanismo bajo el cual la Constitución y el Código Laboral se erigen, y por tanto las respuestas que entregaban a la sociedad y a los trabajadores. Esto se demostraba de sobre manera en la regulación que se establecía en la negociación colectiva por nuestro Código Laboral, ejemplo de ello resultó ser la aparente “prohibición” de reemplazar a los trabajadores en la huelga, que si bien se encontraba formalmente establecido, su contenido era dispar, al poseer un fácil modo de reemplazo bajo un mecanismo ligeramente más gravoso para el empleador, pero que en ningún caso se asimilaba al perjuicio de una huelga efectiva, dejando sin una forma real de defensa al trabajador para imponer sus reivindicaciones ante una situación de desequilibrio evidente, reglamentación que si bien sufrió modificaciones el año 2001²⁶³, estas no fueron suficiente²⁶⁴ para el amparo de un derecho constitucionalmente protegido y reconocido, problemas que la ley 20.940 pudo vislumbrar y estableció los primeros pasos para cambiar y así equiparar la discusión en los procesos de negociación colectiva, modernizando con ello el sistema de relaciones laborales.

Si bien el presente análisis trata fundamentalmente sobre la ley, la normativa Constitucional en esta materia es esencial para entender la regulación de la legislación laboral como un todo, desde sus normas constitucionales, legales como

²⁶³ Ley 19.759 “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.” Publicada el 05 de octubre de 2001.

²⁶⁴ Un análisis referido al informe de la comisión investigadora de la cámara de diputados sobre la situación de los trabajadores como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley N°19.759 señala que: “Además, se sostiene que las principales causas de este incumplimiento laboral, se pueden atribuir a cinco factores fundamentalmente: i) Fracaso del control judicial (justicia laboral lenta y con pocos recursos); ii) Ineficacia del control administrativo (debilidad fiscalizadora); iii) Un control sindical debilitado y desacreditado por los grupos económicos; iv) Un marco legal fraudulentamente vulnerado (no se respeta el Código del Trabajo ni los Convenios de la OIT); y finalmente v) Un factor cultural, entendido como “el escaso interés en entender las relaciones laborales como una expresión de los derechos fundamentales de la persona, más allá de una mera relación contractual” Fundación Sol (artículo) 12 de mayo 2011, en <http://www.fundacionsol.cl/2011/05/la-reforma-laboral-del-2001/>.

administrativas. Si bien en el primer capítulo de este trabajo ya señalamos una noción constitucional general del derecho de huelga reconocida por los artículos N°16 y N°19, la regulación que establece la ley en materia de negociación colectiva debe realizarse al tenor de lo que establece la legislación de forma sistemática, para así obtener un entendimiento más acabado de cómo debe aplicarse e interpretarse el procedimiento de la negociación colectiva.

El artículo 19 N°16 de la Constitución Chilena reconoce y establece la libertad de trabajo y su protección, señalando en su inciso quinto que: “*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar...*” Y a continuación el inciso siguiente señala:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades²⁶⁵. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

El citado precepto constitucional ha sido interpretado por la jurisprudencia²⁶⁶ y doctrina mayoritaria, como una prohibición explícita al ejercicio del derecho de huelga para ciertos sectores, generalmente relacionados al ámbito público, pero al mismo tiempo se ha entendido que el texto constitucional reconoce implícitamente el derecho de

²⁶⁵ Se ha realizado una crítica abierta dentro del sector público frente a la prohibición de ejercer el derecho de huelga, lo cual ha sido respaldado por cierta parte de la doctrina: (...) *el Gobierno está en deuda con los funcionarios públicos en materia de derechos colectivos. El ordenamiento jurídico sólo les reconoce el derecho de sindicación (asociación de funcionarios). No tienen derecho a negociar colectivamente ni a la huelga. Y, conforme los datos disponibles, son los que más conflictos inorgánicos promueven y realizan ¿No habrá llegado la hora de regular los derechos colectivos de los funcionarios del Estado?*”. Tapia F. (2015), p. 29.

²⁶⁶ La Corte Suprema ha señalado: “*en nuestro país la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado*”. Corte Suprema, rol N° 7.244, de 30 de agosto de 1988.

huelga para los demás trabajadores. El derecho de huelga se encontraría reconocido por vía de exclusión, al inhabilitar a ciertos sectores de los trabajadores a ejercer el derecho de huelga, realizando un análisis interpretativo a contrario sensu de la norma, *“hay que interpretar que en los demás casos, sí está permitido el derecho a huelga, con lo cual el asunto resulta ser más semántica que otra cosa: hay un reconocimiento tácito, no expreso, y una prohibición limitada a determinados tipos de huelga, o una excusión de ciertos sujetos como titulares de derecho”*²⁶⁷, lo cual demostraría la jerarquía constitucional del derecho que pueden ejercer la mayoría de los trabajadores.

Otros tesis sobre la calificación constitucional del derecho de huelga, se han apoyado en argumentos similares, a través de una interpretación sistemática de la Constitución del artículo 19 N°16 con el numeral 19²⁶⁸, señalando que *“la disposición debe interpretarse armónicamente, que la negociación colectiva y la huelga forman parte de la autonomía colectiva o sindical contemplada en el artículo 19 N°19°; que por tanto, la consagración general está establecida en esta norma, y que las dos reglas específicas establecidas en el artículo 19 N°16 relativas a negociación colectiva y a la prohibición de la huelga en ciertas actividades, serían sólo un complemento de dicha consagración general”*²⁶⁹. Esta segunda teoría, apoyada en un examen sistemático de la norma constitucional, tiene la ventaja de considerar además, las características propias del derecho de sindicalización reconocido explícitamente en el artículo 19 N°19 de la CPR, que se entiende incluido en el derecho de huelga, como un derecho inherente al de autonomía colectiva del trabajador.

Si bien el carácter constitucional del derecho de huelga se ha reconocido, la norma constitucional establece ciertas prohibición que son recogidas en el artículo 362 del Código Laboral respecto a aquellas empresas en las que no se podrá ejercer el

²⁶⁷ Tapia F. (2009), p. 160.

²⁶⁸ Artículo 19° N°19 de la CPR señala: *“El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.*

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.”.

²⁶⁹ Gamonal S. (2002), p. 53.

derecho de huelga, las cuales deberán ser nombradas cada dos años por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo, Defensa y Economía, previa solicitud fundada de parte, estableciendo una redacción muy similar:

“No podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.”²⁷⁰

Lo anterior demuestra una restricción amplia sobre qué servicios podrían ser considerados esenciales, estableciendo más servicios que lo establecido en la normativa comparada, ya que no recoge exclusivamente servicios esenciales en un sentido estricto (referente a servicios que puedan afectar gravemente la vida, seguridad o salud de las personas), el citado precepto legal considera además la “economía del país” o el “abastecimiento de la población”.

Así al prohibir la huelga en un servicio que cause un grave daño a la economía del país es importante hacer la distinción que debe tratarse de un perjuicio importante, que afecte a la economía en un sentido amplio sobre un perjuicio que involucre un gran grupo número de personas dentro de una comunidad como podría ser el funcionamiento del banco central de un país. No debe aplicar en áreas de la economía como la banca privada o servicios como la minería, ya que requiere analizarse caso a caso su esencialidad, es importante restringir la interpretación de estos conceptos para no desnaturalizar el derecho de huelga.

Cual sea el concepto que le demos a “economía” o al “abastecimiento de la población”, podría permitir interpretaciones que vean su aplicación a servicios como los bancos²⁷¹

²⁷⁰En aquellos servicios que no se pueda ejercer el derecho de huelga, el Código laboral establece procedimientos alternativos, a través de la mediación, la mediación laboral de conflictos colectivos y el arbitraje, regulados en el Libro IV Título VII, capítulos I, II y III del Código.

²⁷¹ En este sentido la Dirección del Trabajo ha determinado que bancos privados deban prestar servicios mínimos sobre servicios de operaciones de crédito de dinero, en razón que clientes no tendrían otros proveedor a los que acudir dado que no poseen cuenta corriente y estima que no pueden acceder a la banca formal, inclusive contrario a lo establecido en sus propios dictámenes N 37.849, de 2007 o el Ordinario N 53.479, lo cual fue recurrido mediante recurso de nulidad siendo rechazado por la Corte de

o supermercados²⁷², dado el carácter amplio que se le otorgue al concepto de lo que significa el abastecimiento u la economía del país, lo que podría entrever una gran restricción a ejercer la huelga en sectores que en principio no debiese encontrar tal privación por no ser esenciales apriori. Discusión que deberá saldar la administración bajo un procedimiento racional, motivado y fundamentado, decisión que podrá ser recurrida ante la Corte de Apelaciones respectiva²⁷³, dejando con ello la posibilidad de limitar la actuación de la administración, mediante una revisión judicial en caso de una medida restrictiva del derecho de huelga.

Igualmente se le otorga a la judicatura la posibilidad de declarar la esencialidad del servicio de forma autónoma, en el caso de producirse una huelga o el cierre temporal de una empresa, que por sus características, oportunidad o duración (servicio esencial por extensión) causare grave daño a la salud, medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, según lo establece el artículo 363 del Código Laboral previa solicitud de parte en un proceso monitorio ante el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo.

Lo anterior regula aquellos servicios que en un primer momento no fueron considerados como esenciales, ya sea en razón del tiempo de extensión de la huelga; por su extensión territorial o porque afectó servicios que dada las nuevas condiciones se hacen más relevantes, el juez en dichas situaciones puede ordenar la reanudación de las faenas. Mediante una decisión jurisdiccional, el tribunal laboral podrá decretar la esencialidad del servicio que anteriormente no fue considerado como tal por la administración, otorgando con ello una importante facultad a la judicatura, que al menos en caso de limitar el derecho de huelga podrá establecerlo dentro de un debido proceso judicial y no administrativo, que sin perjuicio de no ser vinculantes las

Apelaciones de Santiago. Rol N°1918-2019, 24 de diciembre 2019, Sindicato de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo.

²⁷² En este sentido la Dirección del Trabajo se ha negado regular servicios mínimos, para aquellas empresas que otorguen servicios en el Retail que no son considerados como esenciales. (Noticia) La Tercera en: <http://www.latercera.com/noticia/dt-niega-servicios-minimos-abcdin-marca-precedente-retail/>

²⁷³ El artículo 402 del Código laboral menciona que se deducirá ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, debiendo interponerse dentro de los quince días siguiente a la publicación en el Diario Oficial.

sentencias, otorgan mayor respaldo a las partes sobre que se respeten los lineamientos sobre la calificación de servicios esenciales en el sentido estricto del término.

Regulación legal

Dado el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, la normativa legal ha debido reformarse en tal sentido a fin de amparar correctamente el derecho, lo que ha llevado a una reforma legal con la Ley N°20.940. La reforma al libro IV del Código laboral “*De la negociación colectiva*” busca aplicar los principios y parámetros internacionales en materia de negociación colectiva laboral en razón que la anterior legislación demostraba una desprotección²⁷⁴ hacia el derecho de huelga legítimamente reconocido.

Negociación colectiva reglada y no reglada

La legislación laboral chilena, considera dos formas de realizar una negociación colectiva entre los trabajadores y el empleador²⁷⁵, distinguiendo entre una negociación no reglada y reglada, procedimientos en los que varían; las garantías que se les ofrece a los trabajadores; las obligaciones que debe asumir el empleador; el cómputo de plazos, y la regulación del procedimiento en general.

La negociación colectiva no reglada, no obligan a las empresas a negociar y menos a suscribir un instrumento colectivo; no se les reconoce fuero a los trabajadores al momento de negociar; y por último no se reconoce el ejercicio legítimo del derecho de huelga²⁷⁶, siendo el análisis de este procedimiento residual, en comparación al de la

²⁷⁴ La hipótesis de una mala regulación en materia de negociación colectiva, es respaldada por ciertos autores “*La negociación colectiva chilena, sobretudo antes de su reforma, ha sido caracterizada por los sectores más avanzados de la doctrina nacional como un procedimiento cuya regulación legal es excesiva, compleja y restrictiva, al prohibir expresamente a ciertos trabajadores negociar colectivamente, establecer procedimientos largos y engorrosos de negociación, no promover instancias efectivas de debate y diálogo entre las partes ni acuerdos laborales dinámicos, sino tan sólo trámites procedimentales que deben cumplirse, a riesgo de perder el derecho a negociar o a efectuar una huelga.*” López D. (2009), p. 51.

²⁷⁵ Una referencia sucinta de esta materia en ¿Cuáles son los procedimientos de negociación colectiva que contempla la legislación laboral? Ver en: <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-62039.html>

²⁷⁶ La Corte Suprema conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, ha ratificado un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que ha permitido el ejercicio del derecho de huelga fuera del proceso de negociación colectiva. “*La sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la*

negociación colectiva reglada, ya que se aplica el procedimiento de negociación con la posibilidad de ejercer el derecho de huelga por parte de los trabajadores. Someramente los 2 procedimientos consideran:

- Negociación colectiva reglada: es aquella regulada por la ley y puede desarrollarse entre el empleador y uno o más sindicatos de la empresa o con un grupo de trabajadores. Esta negociación se efectúa con sujeción a todas y cada una de las normas de carácter procesal establecidas en el Libro IV del Código del Trabajo y da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones previstas en dicho cuerpo legal resolviéndose a través de un contrato colectivo o un fallo arbitral.

- Negociación colectiva no reglada²⁷⁷: se refiere a ella el artículo 314 del Código del Trabajo y consiste en aquella negociación directa que, en cualquier momento, se celebra entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales en representación de los trabajadores afiliados a la misma, que no da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones del procedimiento reglado, concluyendo con la suscripción de un convenio colectivo.

Negociación colectiva empresa o supraempresa

Además la negociación colectiva, puede ser clasificada según el número de empresas involucradas ya sea se efectúe con una empresa o entre varias empresas por rama como interempresa, lo que si bien no se encuentra tan desarrollado en Chile²⁷⁸, existen casos relevantes como el sindicato interempresa en supermercados y banca. En estos casos la negociación colectiva que afecte a más de una empresa,

negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido." Considerando quinto Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de octubre de 2015. Corte Suprema rol N°28.919-2015 y Corte de Apelaciones de Santiago rol N°1144-2015.

²⁷⁷ Artículo 314 Código laboral: "sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directa y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado. Los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales podrán pactar con uno o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas transitorias o de temporada".

²⁷⁸ "La acción sindical del sindicato interempresa, que agrupa trabajadores de dos o más empleadores, ha sido escasamente estudiada en nuestro país y, probablemente, influye en ello tanto el número de organizaciones como la afiliación de los trabajadores (...)" Henríquez R. (2016), p.7"

esto es la negociación colectiva supraempresa, participan trabajadores de distintas empresas que se desempeñan en el mismo rubro o actividad económica²⁷⁹, que requiere siempre acuerdo previo de las partes. En cambio, tratándose de la negociación colectiva reglada de empresa, que abordaremos aquí, cumpliéndose las exigencias legales que se analizarán más adelante, los trabajadores obligan al empleador a negociar²⁸⁰.

Empresas que se permite la negociación colectiva

Se señala en el artículo 304 y 305 del Código Laboral, que la negociación colectiva es aplicable a las empresas tanto del sector privado como aquellas en que el Estado tenga aportes, participación y representación, pero estableciendo al mismo tiempo una exclusión sobre ciertos sectores²⁸¹:

- *“Empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.*
- *Empresas o Instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos²⁸².*

²⁷⁹ “En cuanto al porcentaje de trabajadores con negociación colectiva, se confirma que, cuando existe la posibilidad de negociar sectorialmente (por rama de actividad) es cuando se obtienen los mejores resultados en término de porcentaje de trabajadores cubiertos por un contrato colectivo. También se constata que los sistemas más débiles, son aquellos donde la negociación colectiva concurre exclusivamente al nivel de empresas” Durán G. y Kremerman M. (2015), Op. Cit., p.16.

²⁸⁰ Los tribunales han unificado el criterio, a fin que sin perjuicio de existir un proveedor con distintas razones sociales, debe primar el criterio de la dirección laboral común, a fin de que se protejan efectivamente los derechos de los trabajadores afectados. En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos de nulidad y ratificó sentencia dictada por Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago que decretó que los trabajadores de la empresa Servicios Médicos Mutual de Seguridad –SMA-, se encuentran facultados para afiliarse al sindicato de trabajadores de la empresa matriz: Mutual de Seguridad C.CH.C, y negociar colectivamente por constituir ambas "una misma unidad económica". Corte de Apelaciones de Santiago sentencia de fecha 05 de enero de 2016 rol N°1710-2015.

²⁸¹ En el año 2017 se establecieron 102 empresas estratégicas en las que no se permitía ejercer el derecho de huelga por afectar servicios esenciales. (noticia). Ver en: <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-62039.html>

²⁸² Con fecha 20 de agosto de 2019 la Cámara de Diputados por 89 votos a favor, 12 en contra y 43 abstenciones, acordó solicitar al Presidente de la República el envío de un proyecto de ley al Congreso Nacional, que deje sin efecto la prohibición de negociar colectivamente a las empresas cuyo presupuesto haya sido financiado en más de un 50% por el Estado. Ver en: https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=137809

- *Aquellos trabajadores que posean facultades de representación del empleador y dotados de facultades generales de administración.*²⁸³
- *Igualmente el artículo 308 del Código del Trabajo establece una restricción al ejercicio de la negociación colectiva, sujeta a un criterio temporal, en que se exige que haya transcurrido a lo menos dieciocho, doce y seis meses, ya sea una micro y pequeña empresa, mediana o gran empresa respectivamente, desde el inicio de las actividades.”*

Respecto a las exclusiones que realiza la ley, estas se encuentran en gran medida aceptadas, en atención al carácter especial que poseen ciertas instituciones que cumplen funciones de gran importancia que representan los intereses del Estado, como por ejemplo las fuerzas armadas, en las que su exclusión se realiza dado el carácter específico de subsistencia y de protección al orden público, donde la respuesta más satisfactoria por parte del derecho internacional ha consistido en otorgar medidas similares de negociación, a través de procesos de mediación o arbitraje, en vías de proteger sus intereses a pesar de que no se les permite optar por el mecanismo de negociación colectiva²⁸⁴.

La ley quiso que sean las partes las encargadas de negociar²⁸⁵, a pesar de que no se les aplique formalmente el procedimiento de negociación colectiva, por ello es importante que el procedimiento considere la autorregulación como primera herramienta para negociar, estableciendo a su vez otras instancias; como por ejemplo

²⁸³ Esta prohibición debe figurar en el contrato de trabajo, si no existe ésta estipulación en ese instrumento, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente. El trabajador o el sindicato al que se encuentre afiliado pueden reclamar a la Inspección del Trabajo de la prohibición de negociar colectivamente, acción que no tiene plazo legal para ejercerla.

²⁸⁴ *“El hecho de que el artículo 9, 1) del Convenio N° 87 disponga que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el Convenio, no debe llevar a considerar como contrario al mismo el que la legislación de un Estado limite o excluya los derechos sindicales de las fuerzas armadas o de la policía, cuestión ésta que ha sido dejada a la apreciación de los Estados Miembros de la OIT”* OIT (2006) Op. Cit., p.50.

²⁸⁵ Es importante que la negociación colectiva se realice acorde a los principios y garantías de un debido procedimiento, en este sentido el Código laboral en su Libro IV Título I, el artículo 303 establece las normas generales referentes a la negociación colectiva, siendo la buena fe el principio que debe imperar a lo largo de todo el procedimiento, particularmente en relación a las obligaciones y plazos en que deben negociar las partes, con el fin de que la disposición de ambas partes frente al conflicto sea la de lograr un acuerdo.

la mediación voluntaria²⁸⁶, la mediación laboral de conflictos colectivos²⁸⁷ llevadas por la Inspección del Trabajo, como también la aplicación de procedimientos de negociación alternativos en aquellos servicios que no puede ejercer la negociación colectiva, como a través del arbitraje²⁸⁸ regulado en los artículos 385 y siguientes del Código Laboral, estableciendo la obligatoriedad de su aplicación en aquellos casos en que está prohibida la huelga y cuando se determine la reanudación de faenas.

En el caso de aquellas instituciones que el Estado realiza un aporte en su financiamiento superior al 50%, sean estas públicas o privadas, si bien la ley establece una limitación irrestricta, el análisis de su prohibición debiese considerar otros factores, referente a la verdadera motivación y necesidad de excluir el procedimiento de negociación colectiva a ese servicio, frente a derechos constitucionales que se estimen como pertinentes y relevantes para tal exclusión.

Como se ha analizado, un servicio por ser dependiente económicamente del Estado no se le puede negar por sí la posibilidad de optar un procedimiento de negociación colectiva, en tanto no afecta un derecho de jerarquía constitucional, más aun considerando la ratificación de los convenios 87, 98 y 151 de la OIT, que promueven a lo menos mecanismos de reemplazo, si es que existiere una restricción legítima. Considerando el derecho de sindicalización y de huelga, la mera dependencia económica del servicio al Estado por parte de un servicio, no sería un legítimo argumento para la sola restricción de la negociación colectiva o algún procedimiento similar.²⁸⁹

²⁸⁶ El artículo 378 del Código laboral establece la mediación voluntaria cuando las partes de común acuerdo soliciten la designación de un mediador a la Dirección del Trabajo, estableciendo un plazo de diez días hábiles contados de la notificación de la designación del mediador, debiendo efectuar un informe de la gestión realizada.

²⁸⁷ El artículo 381 señala que aquellos conflictos que no tengan un procedimiento especial, se pueden regular bajo las disposiciones de la mediación.

²⁸⁸ Se encontrará compuesto por tres árbitros colegiados titulares y dos suplentes, entre los inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros Laborales, elegidos de común acuerdo por las partes. La ley permite que las partes continúen negociando aun fuera del procedimiento de arbitraje, permitiendo la facultad de celebrar directamente un contrato colectivo, hasta que no se les notifique a las partes del fallo arbitral, no siendo posible recurrir dicha decisión, según lo dispone el Capítulo III del Código laboral en referencia del arbitraje.

²⁸⁹ *“Un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Talca que declaró ilegal la negociación colectiva iniciada por el sindicato de trabajadores docentes de la Universidad Católica del Maule, por considerar*

Materias de negociación colectiva

Una vez que se establece cuáles son las empresas que pueden negociar colectivamente, éstas puede regular exclusivamente materias que son propias de este procedimiento (artículo 306 Código Laboral), las cuales corresponden a aquellas de interés común entre las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, referido esencialmente a las condiciones comunes de trabajo. Estableciendo, a su vez una prohibición de negociar sobre aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

Fuero de los trabajadores

La ley considera, y para el fin de negociar en igualdad de condiciones entre las partes, un fuero especial para aquellos trabajadores que formen parte de la negociación colectiva, el cual se otorgará dentro de un plazo de diez días anteriores a la presentación del proyecto de contrato colectivo y hasta treinta días después de la suscripción de éste último, o de la fecha de notificación da las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado. De igual forma gozarán de fuero los trabajadores que se afilien a la organización sindical durante el proceso de negociación colectiva a partir de la fecha que se comunique al empleador y hasta treinta días después de la suscripción del contrato o de la notificación del fallo arbitral.²⁹⁰

El fuero permite realizar una efectiva protección hacia el trabajador para así imponer su visión sin temor a ser despedido, sin embargo, se crítica que existen ciertos momentos como cuando se fijan los servicios mínimos dentro de una empresa, en que durante la calificación de éstos los trabajadores se encuentran excluidos del fuero ya que tienen que estar definidos antes del inicio de la negociación, justificado en que el legislador *“potencialmente habría buscado que el conflicto no distraiga a las parte de*

que se aplicaba la excepción indicada en el Código del Trabajo [prohibición de negociar colectivamente a las empresas cuyo presupuesto haya sido financiado en más de un 50% por el Estado.]. Cabe señalar que la Corte anuló la determinación del juzgado del Trabajo de Talca al estimar que los recursos ingresados a la universidad, por vía de la gratuidad y de las becas, deben ser considerados como parte del presupuesto anual. Dicha interpretación es calificada por los autores de la resolución como de particular gravedad, puesto que ambos ítems son beneficios propios de los estudiantes y, en ningún caso, de la casa de estudios.” Cámara de Diputados, Noticia 19 de agosto de 2019. Ver en: https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=137809

²⁹⁰ Artículo 309 Código laboral.

su finalidad primordial, durante la negociación colectiva, esto es lograr acuerdos(...)".²⁹¹, de manera que no se requiera efectuar esto durante la negociación.

Se produce por tanto una evidente desprotección para el trabajador si ocurriese una hipótesis que este no tuviese fuero, en este sentido el legislador debió prever aquello, ya que el servicio mínimo define la forma en que se ejercerá la huelga en caso de no llegar a acuerdo, siendo una herramienta de suma importancia que en la calificación de los servicios mínimos el trabajador goce de protección para la defensa de sus intereses.

Inicio de la negociación colectiva-Titularidad Sindical

Una vez comienza el proceso de negociación se exige buena fe entre las partes, lo que se manifiesta en la información²⁹² que deben entregar el empleador a los trabajadores, para así preparar de mejor manera las propuestas y mejoras que los trabajadores buscan obtener, en base a datos fidedignos que la empresa entregue a los representantes de los trabajadores.

Por ello la legislación laboral obliga al empleador a proporcionar información específica, referente a la planilla de remuneraciones, los beneficios, costo globales y política de futura de inversiones, siempre que estas últimas no tengan el carácter de confidencial para el empleador. Existe además como última instancia la vía administrativa o judicial²⁹³, cuando el empleador no cumpla en las formas y plazos previstos para la entrega de la información.

Se entiende que la negociación colectiva comienza con la presentación del proyecto de contrato colectivo por parte del sindicato, como señala el artículo 327 del Código Laboral. Ahora bien la norma es clara en señalar al sindicato como el agente encargado de negociar representando a los trabajadores, cuestión que provocó debate respecto a la titularidad que el proyecto buscaba otorgar de forma exclusiva a éstos, no incluyendo por tanto a los grupos negociadores, lo que generó su revisión por parte del Tribunal Constitucional, que terminó por zanjar el problema señalando como

²⁹¹ Gajardo R. (2018), Op Cit., p.53.

²⁹² Artículo 316 Código laboral

²⁹³ Artículo 319 Código laboral

inconstitucional la imposición de la titularidad sindical, al ser una infracción directa al artículo 19 en sus numerales 2,15,16 y 19, como se indica a continuación;

Nº2 Igualdad ante la ley: La coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirlos, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga de los trabajadores no sindicalizados con ocasión de una negociación colectiva, cuando ello es posible. En consecuencia, las medidas dispuestas por el Proyecto de ley constituyen una discriminación arbitraria y, por ende, infringen el artículo 19, Nº 2º, inciso segundo de la Constitución.

Nº15 Derecho a asociarse sin permiso previo: El hecho de que no exista reconocimiento expreso de agrupaciones de trabajadores no significa que se encuentren constitucionalmente proscritas. Los grupos negociadores, al igual que todo cuerpo intermedio (artículo 1º, inciso tercero), son agrupaciones de personas o asociaciones que se unen en pos de un fin legítimo (negociar colectivamente). Ni la ausencia de personalidad jurídica de los grupos negociadores, ni la transitoriedad de su actuación (algo, en sí mismo, relativo, debido a la inherente temporalidad de cualquier asociación), impide que un trabajador se encuentre constitucionalmente respaldado por el artículo 19, Nº 15º.

Nº16 Libertad de trabajo: El Proyecto implica una intervención legislativa extrema que afecta la esencia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, a través de grupos negociadores no sindicalizados. En efecto, el Proyecto cambia el foco de la negociación. En vez de colocar el acento en quienes tienen el derecho de acuerdo a la norma constitucional ya citada, lo ponen en las organizaciones sindicales.

Nº19 Libertad sindical: un sindicato puede negociar colectivamente porque, en primer lugar, existió una confluencia de actos voluntarios individuales que decidieron agruparse bajo esta forma. De la misma manera, por un acto inicial individual y voluntario de cada trabajador que decide agruparse bajo una forma distinta a un sindicato, es que se lleva a cabo el derecho de los trabajadores para negociar colectivamente.”²⁹⁴

²⁹⁴ Síntesis STC 3016-16 (3026-16) CPT parte que acoge. Tribunal Constitucional síntesis sentencia de fecha 08 de septiembre 2016. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Parlamentarios respecto de las normas que indica contenidas al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín Nº 9835-13.

Con lo anterior, la titularidad sindical fue eliminada dentro de la reforma laboral, lo que significó reconocer la existencia de grupos negociadores, por ello a pesar de la redacción que la ley establece dejando entrever un exclusiva potestad del sindicato para negociar con el empleador, el Tribunal Constitucional terminó reconociendo el derecho de la libertad sindical de cada trabajador individualmente considerado, lo que se representa a través de un colectivo, que si bien tendría mayor respaldo en una figura especializada y coordinada como un sindicato legalmente configurado, la primacía de la realidad otorga necesariamente reconocer otros grupos que se unen especialmente para negociar condiciones comunes de trabajo como son los grupos negociadores, ya reconocidos en la anterior legislación.²⁹⁵

Siendo entonces reconocida la posibilidad de negociar por parte de los trabajadores mediante grupos reunidos para tal efecto o a través del sindicato se conformará la comisión negociadora sindical, como lo define la ley en su artículo 330, la cual podrá estar conformada por uno o varios sindicatos representados por su directorio sindical, los que serán los encargados de representar los intereses de los trabajadores, siendo los responsables de presentar el proyecto de negociación colectiva²⁹⁶.

El plazo que considera la ley para presentar el proyecto deberá hacerse ciento ochenta días antes a la fecha de término de vigencia del anterior instrumento colectivo, y en el caso de que no existiere podrá hacerse en cualquier tiempo, con la limitante de la fecha de inicio de actividades por parte de la empresa y su tamaño, según el artículo 308 del Código Laboral. En el caso que no se presente proyecto colectivo, se extinguirán sus efectos y sus cláusulas subsistirán como parte de los contratos individuales de los trabajadores afecto a él.

²⁹⁵ Es de importancia considerar que según un estudio realizado por la Fundación Sol, existe una relación causal entre negociación colectiva y distribución del ingreso. Específicamente, mientras más alto es el porcentaje de trabajadores sindicalizados y/o que negocian colectivamente, menor es la desigualdad observada en cada país. Se destacan los trabajos empíricos de Mishel, Card, Freeman y Dustmann. Durán G. y Kremerman M. (2015), p.3.

²⁹⁶ La ley otorga en el artículo 332 inciso segundo a aquellas empresas que no poseen instrumento colectivo vigente, la posibilidad al empleador de fijar un periodo de hasta sesenta días al año, durante el cual no será posible iniciar proceso de negociación colectiva. Si bien esto se fija previamente, y exige su comunicación a la Inspección del Trabajo, no deja de ser una prerrogativa importante para el empleador, que limita el derecho a negociar libremente por parte de los trabajadores.

Inmediatamente a ello corresponderá efectuar su posición al empleador, representado por la comisión negociadora de la empresa, la que se encontrará constituida por un máximo de tres apoderados²⁹⁷, debiendo emitir respuesta²⁹⁸ dentro de los diez días siguientes a la presentación del proyecto colectivo, pudiendo ser prorrogado por diez días más. Importante es considerar que en caso de existir instrumento colectivo vigente dentro de la empresa, éste se considerará como piso de negociación²⁹⁹ para ambas partes, y en el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la respuesta del empleador será calificado como piso de negociación. En el caso de no existir respuesta, el empleador será sancionado con multa, y ya en el caso de superar el vigésimo día sin haber presentado respuesta, se entenderá que acepta el proyecto de contrato colectivo.

De acuerdo al artículo 339 del Código del Trabajo, el empleador igualmente podrá en la contestación del proyecto del contrato colectivo, formular reclamaciones de los vicios de ilegalidad en que incurriere el proyecto. La directiva sindical por su parte, podrá en el plazo de 5 días de recibida la contestación del proyecto de contrato colectivo, formular ante la Inspección del Trabajo, las reclamaciones que procedieren.

La Inspección del Trabajo citará a las partes a una audiencia, dentro de los 5 días siguientes de recibida la reclamación por parte del sindicato, y dicho organismo deberá dictar la resolución dentro de cinco días de terminada la audiencia. Respecto de esta resolución, podrá presentarse recurso de reposición dentro de tercero día.

Luego de ello comienza otro período de negociación entre ambas partes, pudiendo reunirse para tal efecto el número de veces que estimen conveniente, sin sujeción a formalidades, pudiendo solicitar asistencia a la Inspección del trabajo mediante un proceso de mediación voluntaria. Ahora en el supuesto que la negociación no fructifique, será posible ejercer el derecho de huelga de los trabajadores, el que se

²⁹⁷ Artículo 335, 336 y 337 del Código laboral.

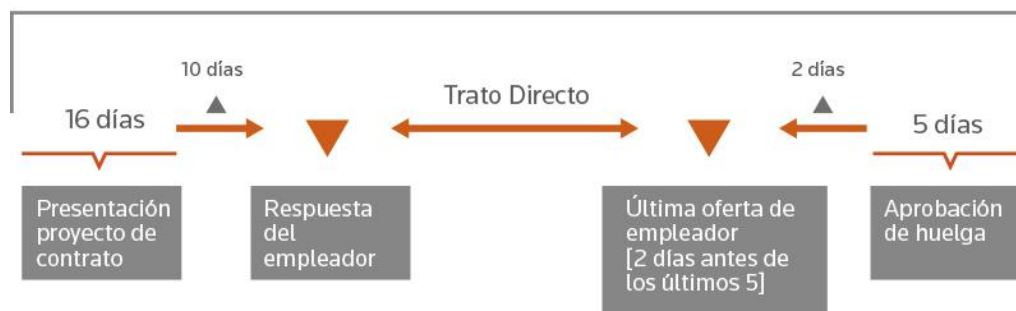
²⁹⁸ La respuesta debe considerar todas las cláusulas propuestas en el proyecto, explicando su fundamento y contenido, acompañando los antecedentes que la sustenten.

²⁹⁹ El artículo 336 del Código laboral señala que se entenderá por piso de la negociación idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato, con ciertas exclusiones referentes a la reajustabilidad, las condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan por la firma del instrumento colectivo.

recoge en el artículo 345 y siguientes del Código Laboral, estableciendo como plazo para su ejercicio en el caso de existir instrumento colectivo vigente los últimos cinco días de vigencia de dicho instrumento, y en el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la huelga deberá ser votada dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, plazo el cual puede ser prorrogado de común acuerdo entre las partes.

El empleador por su parte podrá realizar una última oferta con a lo menos dos días de anticipación al inicio del período en que se puede hacer efectiva la huelga, debiendo decidir los trabajadores mediante votación secreta si se acepta aquella o se decide ir a huelga, la cual se hará efectiva en caso de aprobarse por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato³⁰⁰, dentro de quinto día. Debiendo por último, solicitar la mediación obligatoria de la Inspección del Trabajo regional competente para facilitar el acuerdo entre ellas, dentro de los cuatro días siguientes de acordada la huelga.

El período de negociación regulado por la nueva Ley N°20.940, dentro de los últimos 60 días de Vigencia del Contrato, sería así³⁰¹:



Ahora una vez se inicie la huelga, el empleador tendrá la posibilidad de ejercer el cierre temporal de la empresa, el que podrá ser total o parcial, en relación si el cierre afecta a todos o parte de los trabajadores de la empresa, requiriendo para su declaración que

³⁰⁰ Señala el artículo 352 que en el caso de no alcanzar los quórum de votación necesarios para que la asamblea acuerde la huelga, el sindicato tendrá la facultad de impetrar la suscripción de un contrato colectivo con las estipulaciones establecidas en el piso de negociación, que deberá ejercerse dentro del plazo de tres días contado desde la votación.

³⁰¹ Imagen obtenida de Thomson Reuters. Manual sobre negociación colectiva. La Negociación Colectiva en la Reforma Laboral; comentarios a la Ley N°20.940 de fecha 23 de septiembre de 2016

afecte a más de un 50% del total de trabajadores de la empresa, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, en caso de reclamo, la calificación de las circunstancias señaladas la efectuará al Inspección del trabajo , dentro de los tres días siguiente de formulada la reclamación.

De igual manera durante el período de huelga o cierre temporal, se encontrarán suspendidos los contratos de trabajo y las obligaciones que ello conlleva para el empleador y los trabajadores, pudiendo estos últimos realizar trabajos temporales fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato de trabajo. Durante este etapa las partes podrán negociar las veces que estimen pertinente, permitiendo a la comisión negociadora de la empresa poder realizar una nueva oferta, la cual deberá cumplir los requisitos formales y de publicidad exigidos por el artículo 346³⁰², debiendo votar la propuesta dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la oferta, en el caso de rechazo el empleador podrá presentar otra trascurridos cinco días desde su votación, derecho que podrá ejercerse en forma sucesivas hasta su aprobación. Una vez se produzca un acuerdo deberá suscribirse por ambas partes, y ser depositado en la Inspección del Trabajo, cuya suscripción hará cesar de pleno derecho los efectos de la huelga.

Por último dentro de este período no podrá el empleador aceptar u ofrecer la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, por expresa disposición del artículo 357, con el fin de proteger a aquellos trabajadores que continúen en huelga, pero establece excepciones en razón de la oferta que realice el empleador y del tamaño de la empresa y el tiempo transcurrido de haberse hecho efectiva la huelga, así cumpliendo los requisitos de reajustabilidad³⁰³ ;en la micro y pequeña empresa podrán optar a la reincorporación dentro de sexto día de iniciada la huelga; en la gran y mediana empresa dentro del decimosexto día, y en el caso que no cumpla con la

³⁰² Artículo 356 del Código laboral.

³⁰³ El artículo 357 del Código laboral exige que la oferta del empleador contenga:

- a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento
- b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, a partir de la suscripción del mismo.

reajustabilidad señala en la ley, podrán aceptar la última oferta y reincorporarse dentro del trigésimo día en la gran y mediana empresa, y dentro del decimosexto día en la micro y pequeña empresa, importante en este sentido es que la reincorporación de estos trabajadores no afectará la huelga de los demás trabajadores.³⁰⁴

Si bien esto ataca la efectividad de la huelga³⁰⁵, el derecho como tal es por esencia *individual, pero de ejercicio colectivo*³⁰⁶, por lo que debe respetarse aquel trabajador que quiera reintegrarse a sus labores y lo pueda realizar, aceptando la última oferta realizada por el empleador, debiendo para ello respetar un período mínimo, para no afectar los fines de la huelga ya convocada, en razón de ello, es que el reintegro individual “no afecte” a los demás trabajadores en huelga.

IV.II Procedimiento de Servicios Mínimos Ley N°20.940

Dentro del Título IV, Capítulo VII, denominado “*Limitaciones al ejercicio del derecho de huelga*” del Código Laboral, los artículos 359 a 362 regulan el procedimiento de fijación de los servicios mínimos y la conformación de los equipos de emergencia.

El artículo 359 en su inciso primero señala:

“Artículo 359.- Servicios mínimos y equipos de emergencia. Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población,

³⁰⁴En una huelga de trabajadores de Latam el Sindicato acogió una propuesta que ya había sido rechazada por la mayoría absoluta de los trabajadores, ante ello la Dirección del Trabajo estimó que no podía ser ratificado, pero la Corte de Apelaciones de Santiago lo desestimó aceptando el acuerdo, ante ello se presentó un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. “*De la igualdad ante la ley: La interpretación efectuada por la Corte de Apelaciones de Santiago conduce a un trato privilegiado del Sindicato, en detrimento de los trabajadores legítimamente descolgados de la huelga. Es decir bajo la excusa de reforzar la libertad del sindicato, se hace añicos la libertad sindical de los trabajadores descolgados, y eses tratamiento diferenciado se hace arbitrariamente*” Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 357 y 358 del Código laboral ante el Tribunal Constitucional de fecha 07 de agosto de 2019, Rol N°7182-19, .p.19.

³⁰⁵ “*La huelga es el instrumento de poder de los trabajadores, toda vez que tan sólo colectivamente éste puede equipararse al poder del empleador, para negociar en un plano de relativa igualdad.*” Gamonal S. p.413., citado por Hidalgo A. y Rodrigo C. (2010), p. 18.

³⁰⁶ Tapia F. (2015) Op. Cit., p.27

incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.”

Este articulado establece el procedimiento para determinar la procedencia de los servicios mínimos debiendo verificarse qué: “ i) su existencia no afecte al derecho de huelga en su esencia; ii) que sea estrictamente necesarios para el fin por el cual son determinados; iii) responda a la hipótesis consignada por el legislador; iv) se tomen en consideración el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena; y v) sean provistos durante el tiempo necesario.”³⁰⁷

Por tanto, en primer lugar los servicios mínimos “no puede afectar el derecho de huelga en su esencia”, lo que si bien responde a un concepto indeterminado ya que requiere un análisis particular de cada caso, se vincula con que los servicios mínimos no deben desnaturalizar el objetivo del derecho de huelga³⁰⁸, lo que implica que este no se vuelva irrealizable, lo que se ha visto como una reafirmación de la garantía del artículo 19 N°26³⁰⁹, otorgando así protección directa a los trabajadores frente a un principio que debe estar a lo largo del proceso.

En segundo lugar requiere que sean estrictamente necesarios para los fines por el cual son determinados, en este sentido se aplican los juicios de idoneidad y necesidad para efectuar correctamente la ponderación de los derecho en disputa, exigiendo que se justifique para el juicio de idoneidad “i) fin perseguido y su legitimidad; ii) medidas de restricción; iii) derechos restringidos o limitados; y iv) análisis del nexo causal entre medio y fin”³¹⁰ Requiriendo en el juicio de necesidad analizarse las siguientes

³⁰⁷Gajardo R. (2018), Op. Cit., pp.40-50.

³⁰⁸ Como por ejemplo se señala: “En efecto, el lock-out, la prohibición total de la huelga en algunas empresas y la posibilidad del reemplazo de los huelguistas, son algunas de las instituciones que en nuestra legislación actual despotencian el derecho a huelga, estableciendo trabas que le restan fuerza, al punto incluso de desnaturalizarla.” Hidalgo A. y Rodrigo C. (2010). p. 105.

³⁰⁹ Artículo 19 N° 26 CPR establece: “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los caso queu ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

³¹⁰ Gajardo R. (2018), Op Cit., p. 42

medidas: “idoneidad del medio empleado; identificación de medios alternativos y comparaciones entre los medios empleados y medios alternativos”³¹¹

A continuación la norma se encarga de regular cual será el ámbito en el que serán necesarios los servicios mínimos dentro de una empresa, estableciendo la obligación a los trabajadores, mediante la figura de la comisión negociadora sindical, de proveer el personal necesario para ejecutar los servicios mínimos, que comprende las siguientes hipótesis :

- a) Proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes
- b) Garantizar la prestación de servicios de utilidad pública.
- c) Atender las necesidades básicas de la población (vida, seguridad y salud).
- d) Garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

La ley hace mención a servicios mínimos de funcionamiento, seguridad y mantenimiento, pero considera además servicios mínimos frente a la prevención de daños ambientales o sanitarios, ampliando con ello el espectro que considera la normativa de la OIT³¹², estableciendo con ello mayores restricciones al derecho de huelga que lo exigido en materia laboral internacional, pero a su vez estos nuevos límites consideran un derecho de gran relevancia social en la actualidad, como los derechos ambientales amparado constitucionalmente en Chile, dotados de gran jerarquía³¹³, pudiendo actuar como un límite aceptado en tanto sea correctamente aplicado.

Sobre esta materia la Dirección del Trabajo ha elaborado un Informe de Estándares Técnicos³¹⁴, con el fin de fijar criterios comunes para ciertos sectores económicos que

³¹¹ Ibíd. p. 45 citando a Laura Clérico.

³¹² Ver pie de página n°63.

³¹³ En la actualidad el derecho medioambiental ha tomado un gran impulso a nivel social como legal, difundiéndose por parte del gobierno distintos instrumentos nacionales como internacionales para su protección y amparo constitucional, legal y social. “*Su objeto por tanto, en cuanto disciplina jurídica, es el estudio y análisis de la regulación existente en la materia, la cual debe tender a la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, para de ese modo promover un desarrollo sustentable*”. Cárcamo A. (Artículo), p.1.

³¹⁴ Informe de Estándares Técnicos Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Unidad de Servicios Mínimos Dirección del Trabajo abril 2019.

deban establecer servicios mínimos de funcionamiento, seguridad y prevención del daño medioambiental o sanitarios, si bien puede ser una forma apriorística³¹⁵ de fijar servicios mínimos en ciertos sectores, no deja de ser una herramienta útil que sirva para fijar estándares comunes según la naturaleza del servicio, aunque siempre debe estarse a las especiales condiciones de cada situación para una correcta calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia.

A continuación analizaremos cada uno de los servicios mínimos señalados en la norma:

Protección de bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes

En el caso de los servicios mínimos para la protección de los bienes corporales de la empresa, estos han sido mayormente respaldado en la doctrina y legislaciones comparadas³¹⁶, en tanto se protegen los bienes necesarios para una posterior reanudación de las faenas, y no afecta directamente a una prestación o reanudación de los servicios, por tanto el derecho de huelga se podría seguir ejerciendo, pero realizando labores de protección a los bienes requeridos para utilizar el servicio en situaciones normales y evitar accidentes. Se hace necesario mantener y asegurar el estado óptimo de equipos, en razón de la seguridad del personal y de la comunidad, con el fin de evitar accidentes tanto al momento del desarrollo de la huelga, como después en la reanudación de tarea.

Garantizar la prestación de servicios de utilidad pública.

Por otro lado garantizar servicios mínimos en servicios de utilidad pública, como se analizó³¹⁷, independiente de la calidad del servicio en referencia a su estatus privado o público, este puede requerir la aptitud de esencial en atención a la naturaleza de su prestación para la sociedad.

³¹⁵ La calificación de servicios mínimos no puede ser fijada a priori sino según las características específicas de la huelga que determinan su necesidad "(...) se deben ponderar necesariamente las concretas características de la huelga del sector afectado, razón por la cual los servicios mínimos no pueden ser fijados a priori, sino que ante una situación específica de huelga" Varas K. (2019), p.462.

³¹⁶ Ver pie de página n°40,55, 87 y 176.

³¹⁷ Ver pie de página n° 41.

No todo servicio de utilidad pública requerirá efectuar servicio mínimos, ya que ello debe analizarse en consideración de la naturaleza y prestaciones esenciales del servicio independiente de su carácter público o privado, en este sentido *“la evolución del Estado trae como resultado que no todos los servicios que este presta tengan el carácter de esenciales y, a su vez, que las propias empresas privadas asumen actividades de alto interés y esencialidad”*³¹⁸ Un servicio de utilidad pública puede realizar una huelga de forma efectiva, en tanto las condiciones en que las realice no afecten derechos constitucionalmente equivalentes al derecho de huelga, como en el caso de servicios de transporte de buses urbanos, en tanto tengan un servicio alternativo como metro, taxis u similares, como también en los casos de los supermercados, en el que existen servicios equivalentes.

Por ejemplo en el caso de los bancos³¹⁹, el carácter de esencial es discutible, ya que existen ciertas áreas que requerirían margen de personal, para realizar ciertas prestaciones esenciales³²⁰ que permitan continuar con la cadena de pago, dado el sistema interdependiente que existe entre los diferentes bancos, así como para efectuar créditos u otorgar depósitos, pero su esencialidad es discutible en tanto no responde a un derecho de un estatus constitucional equivalente al derecho huelga, la suspensión de las actividades del banco no causa un perjuicio de magnitud social relevante inmediato que afecte la vida, la seguridad o la salud de la población, en el sentido estricto del término de la OIT, más aun existiendo servicios equivalentes, debiendo permitirse ejercer la huelga, con límites en aquellos servicios de utilidad pública real, como el Banco Central.

³¹⁸ Varas K. (2019), Op. Cit., p.166.

³¹⁹ En esta noticia se destacan los principales problemas que se observan en la regulación de servicios mínimos en los bancos. Ver en: <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/06/06/preocupan-servicios-minimos-en-bancos>.

³²⁰ Es fundamental clarificar el concepto de servicios esenciales, prestaciones esenciales y servicios mínimos. *“Son servicios esenciales son aquellos conectados con la satisfacción de derechos fundamentales de terceros – todos, algunos o los de interés vital-. Ahora, dentro de estos servicios existirían diversas áreas que tendrán por objeto satisfacer distintas prestaciones, y tan solo aquellas que incidan de manera directa en la satisfacción de los derechos fundamentales tutelados (prestaciones esenciales) tendrán que ser garantizadas (...)”* Varas K. (2019), Op. Cit. p.460.

Atender las necesidades básicas de la población (vida, seguridad y salud).

Respecto a la atención de necesidades básicas de la población, referidas a la vida, seguridad y salud, esta no merece mayor discusión, en tanto son derechos de suma relevancia social, y amparados por el derecho internacional del trabajo como la legislación y doctrina comparada³²¹. En vista a este punto se ve necesario hacer una consideración frente al concepto de seguridad, que puede ser discutible dada la amplia representación que puede tener este término.

El servicio mínimo de seguridad debe darse en aquellos casos que se requiera como servicio esencial, es decir, aquel que por efecto de la huelga causa un estado de afectación tal que desprotege derechos constitucionalmente equivalentes al derecho de huelga, por ejemplo no incluirían servicios de seguridad privados que atienden a sectores urbanos particulares. Más bien va dirigido en otro sentido, por ejemplo a empresas que prestan servicios de seguridad como depósitos de grandes cantidad de dinero o servicios que prestan seguridad a instalaciones peligrosas o al equipo técnico requerido en una empresa³²²

Lo anterior en consideración al concepto de seguridad que puede dotarse de un espectro muy grande y a veces innecesario de protección frente a derechos más relevantes, no por prestar un servicio de seguridad necesariamente requerirá realizar servicios mínimos de tal entidad si el servicio en sí no es esencial.

Garantizar prevención de daños ambientales o sanitarios

La inclusión de aquellos servicios que garantizan la prevención de daños ambientales o sanitarios, podría estar implícitamente dentro de aquellos servicios que

³²¹ La normativa laboral internacional ha sido clara en respaldar la postura de la Comisión de Libertad Sindical en reconocer a la figura de los servicios esenciales en sentido estricto, aplicando en ellos las limitaciones pertinente en el efectivo ejercicio del derecho de huelga, estableciendo como mayor limitación la figura de los servicios mínimos en caso de ser requeridos. Ver pie de página número 29, 36 y 205.

³²² Por ejemplo en una huelga efectuada por el personal de Televisión Nacional de Chile, el Tribunal fijó que: *“La verificación preventiva de los equipos eléctricos y el funcionamiento de equipos electrógenos que básicamente operan con combustible normalmente y entendiendo que el monitoreo de los dispositivos eléctricos resulta necesario para evitar el daño corporal de los mismo o la generación de siniestros aparece como una de las hipótesis en que el artículo 359 del Código del Trabajo autoriza los servicios mínimos y por ende serán mantenidos en los términos que se explicita en la resolución reclamada”* Considerando décimo tercero Juzgado de Letras Trabajo de Santiago, rol N° I-39-2019 “Sindicato N° 3 de Trabajadores de Televisión Nacional de Chile con Dirección Nacional del Trabajo” Sentencia de fecha 23 de julio 2019 p. 25.

atienden necesidades básicas relacionadas con el derecho a la salud, llegando por un razonamiento lógico a proteger el medioambiente, pero en este caso realiza una protección directa y por tanto más completa, dando relevancia en materias que el gobierno ha buscado impulsar: *se busca amplificar la hipótesis del daño más allá de la empresa, y reconociendo como bien superior a proteger, el medio ambiente*³²³.

Esto demostraría la relevancia que ha tomado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, amparado en el artículo 19 n° 8° de la Constitución³²⁴, lo cual ha logrado mayor relevancia en el último tiempo a nivel social, siendo una limitación permitida³²⁵, en tanto proteja servicios que puedan causar un daño ambiental severo por el ejercicio o por la extensión que pueda tener una huelga frente a un servicio esencial, como por ejemplo el mantenimiento de alcantarillado o la acumulación de basuras.

Como cuarto requisito, se exige que al momento de determinar los servicios mínimos, se utilice un juicio ponderado y racional por las partes, teniendo en consideración las circunstancias del servicio y del establecimiento, al señalar el artículo 359 al final del inciso primero: *“En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena”,* a fines de que las partes y la comunidad puedan conocer las razones que motivaron la calificación de servicios mínimos dentro del servicio según sus específicas condiciones.

En este escenario, es perfectamente posible que en dos situaciones aparentemente similares se arribe a soluciones diferentes, de acuerdo a condiciones relativas al tamaño y las características particulares de cada empresa.

³²³ Domínguez C. (2015), p. 105.

³²⁴ Artículo 19 N° 8° CPR: *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”*

³²⁵ En este sentido Chile ha impulsado su legislación, buscando respetar los tratados y acuerdos internacionales ratificados la fecha, además de establecer nuevas leyes, reglamentos y decretos en esta materia, reflejo de lo anterior es que se haya creado el Ministerio del Medio Ambiente y Energía (2010).

Por último se requiere que los servicios mínimos sean provisto solo durante el tiempo que sean necesarios a fin de proteger el derecho de huelga y finalmente no afectarlo en su esencia, dado que puede ser posible que solo se requiere prestar los servicios mínimos por un determinado período y no de forma permanente. Lo que permite mayor mutabilidad de la medida, en atención a las especiales características que puede tener el servicio.

Equipos de emergencia y objetivos

A continuación, el mismo artículo 359 del Código Laboral establece los equipos de emergencia y los objetivos que estos tienen durante los servicios mínimos:

“El personal destinado por el ‘sindicato’³²⁶ a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.

Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados.

En el caso que el sindicato no provea el equipo de emergencia, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento. Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente un número distinto.”

El personal destinado para realizar los servicios mínimos será denominado equipo de emergencia, el cuál será designado por la comisión de trabajadores en atención a las necesidades de la labor que deba realizar y las habilidades técnicas, debiendo ser remunerado por el tiempo que trabaje, realizando el trabajo según las condiciones acordadas sobre los servicios mínimos. Se debe respetar en todo momento el tipo de

³²⁶ Se discute en doctrina a quién le corresponde dicha determinación a lo cual se han propuesto diversas opciones, estableciendo que puede estar a cargo de; “i) dirección de la empresa; ii) empresario de la empresa y los representantes de los trabajadores; iii) autoridad encargada de fijar servicios mínimos y los representantes de los trabajadores; o a la disciplina sindical.” Varas K (2019), Op. Cit. p 525.

servicio mínimo acordado, respetando tanto el número de personal requerido, como las funciones que deben desempeñar³²⁷, lo cual se determinará de común acuerdo previamente por las partes³²⁸.

La calificación de los servicios mínimos³²⁹ y de los equipos de emergencia, deberá identificar los servicios mínimos que han realizarse, como el número de trabajadores y las competencias profesionales o técnicas requeridas, según las prestaciones indispensables que se haya determinado.

El empleador deberá proponer por escrito a todos los sindicatos³³⁰, con una anticipación de a lo menos ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente³³¹, su propuesta de calificación, remitiendo copia a la Inspección del Trabajo³³². Luego de ello los trabajadores tienen un plazo de quince días para responder, debiendo alcanzar las partes un acuerdo en un plazo de treinta días desde la propuesta, debiendo consignarse en un acta suscrita por ambas partes, con copia la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes.

La intervención de la Inspección del Trabajo se efectuará tratando de conciliar la visión de las partes, debiendo oírlos y solicitar informes técnicos que estime necesarios, pudiendo realizar visitas inspectiva, todo con el fin de emitir una resolución de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, en atención a las características del servicio de manera objetiva y fundada, emitida dentro de los

³²⁷ “La definición o determinación de los puestos de trabajo que deben mantenerse durante la huelga no forman parte de la puesta en práctica de los servicios mínimos sino que es parte integrante del procedimiento de determinación o calificación de los mismos, donde se debe definir la cuota o parte de la actividad no susceptible de interrupción durante la huelga y los cargos y el número de personal necesario de las mismas.” *Ibíd.*, p 523.

³²⁸ Artículo 360 inciso primero Código laboral: “Los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva.”

³²⁹ Según lo señala el artículo 360 del Código laboral

³³⁰ El artículo 360 señala que en caso de no existir sindicato, el empleador deberá formularla propuesta de calificación dentro de los quince días siguiente a la comunicación de constitución del sindicato, plazo en el cual no se podrá iniciar negociación colectiva. En este artículo queda de manifiesto que la calificación de los servicios mínimos queda exenta de la negociación colectiva, pudiendo producir una eventual desprotección a los trabajadores al momento de negociar la calificación del servicio.

³³¹ Sí existiese más de un instrumento colectivo, el tiempo referido se considerará respecto del instrumento colectivo más próximo a vencer.

³³² “La Dirección del Trabajo no revisa el fondo del acuerdo, sino que cumpla con dos requisitos El primero es que el acuerdo deba incluir a todos los sindicatos de la empresa y, segundo, que sea único y general.” Wendoling S., (noticia) Diario El Mercurio, 29 de abril 2017, B4.

cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento, la que solo se admite recurrir ante el Director Nacional del Trabajo.

La regulación de la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia realizada por el órgano administrativo y técnico, solo admitiría ser recurrida en sede administrativa, aunque en la práctica esto ha sido superado. Sin perjuicio de ello, actualmente se discute una modificación en la ley para establecer expresamente la facultad de recurrir vía judicial.

La Corte Suprema ha señalado la necesidad de permitir una revisión dentro de un nuevo procedimiento contencioso administrativo realizado por los tribunales laborales, lo cual se encontraría acorde a la legislación internacional en materia de negociación colectiva, al permitir la revisión ante decisiones de la Administración que puede ser lesiva de derechos.³³³ Así se propone la siguiente redacción para el artículo 360 del Código Laboral:

“... esta resolución deberá ser notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión. La resolución emanada por la Dirección Regional del Trabajo, será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

De la resolución emanada del Director Nacional del Trabajo, la parte afectada podrá recurrir al tribunal laboral de conformidad a lo establecido en el artículo 504 de este Código.”

La Corte Suprema además de hacer presente que no se indican plazo para la interposición de la resolución del Director Nacional del Trabajo ante el Tribunal Laboral, ya que el artículo 504 no dilucida aquello y solo entrega normas relativas al procedimiento monitorio, se encuentra conforme a la decisión de permitir recurrir vía judicial respecto a la calificación de servicios mínimos, bajo un procedimiento rápido, que permita realizar la calificación previo al vencimiento del instrumento colectivo, como en el monitorio.

³³³ Corte Suprema. Oficio 154-2017.Boletín 11.336-13, Informe Proyecto de Ley 24-2017 Pleno Corte Suprema señala su opinión al respecto al Presidente de la Cámara de Diputados, fecha 04 de septiembre de 2017.

En el caso de que los trabajadores no provean el equipo de emergencia, el empleador podrá solicitar reemplazo de los trabajadores, y nombrar otros nuevos, externos a la empresa, debiendo requerir previamente a la Inspección del Trabajo para que constate la situación de incumplimiento³³⁴, debiendo respetar las condiciones fijadas en el acuerdo que calificó los servicios mínimos, aun sea realizado por nuevos empleados.

Se ha discutido la licitud de una huelga en caso de incumplimiento, sobre la prestación de los servicios mínimos por parte del equipo encargado de prestarlos, sobre este punto, independiente de quién efectúe el llamado, Pérez Rey ha señalado que la decisión final sobre *“la obligación de cumplir los servicios mínimos de actividad impuestos por la autoridad pública será siempre de carácter individual”* por lo que su incumplimiento no afecta la licitud de la huelga que ha sido correctamente convocada y preavisada.

Por último el artículo 360 del Código Laboral, establece en su inciso final la posibilidad de revisar la calificación de los servicios mínimos, por circunstancias sobrevinientes en las condiciones que motivaron la decisión, solicitud que debe encontrarse fundada por el requirente. Lo cual permite, si son modificadas las circunstancias iniciales que motivaron la fijación de los servicios mínimos, que pueda disminuir o aumentar el número de personal o las labores que estos realicen, en tanto se respeten los derechos confrontados³³⁵, considerando con ello un escenario para su recalificación que deba basarse en los mismos principios del procedimiento.

³³⁴Básicamente el rol de la Inspección del Trabajo, en este caso comprenderá lo siguiente:
*“1. Constatar que el sindicato no ha provisto el equipo de emergencia, existiendo calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia en la empresa.
2. Constatar que las medidas adoptadas por el empleador se ajustan al número de trabajadores del equipo de emergencia no proveído por el sindicato.
3. Si no constata que el sindicato faltó al deber de proveer el equipo de emergencia o la medida adoptada por el empleador excede el número de trabajadores no proveídos por el sindicato, la Inspección del Trabajo deberá dejar sin efecto la totalidad o parte de la medida adoptada por el empleador, según corresponda.
4. Facultativamente puede autorizar, mediante resolución fundada, que el empleador adopte medidas para atender los servicios mínimos, con un número de trabajadores superior de trabajadores del equipo de emergencia no provisto por el sindicato en caso de justificarse esa medida.”* Dirección del Trabajo, Dictamen N°5346/92.

³³⁵ Se ha exigido que el empleador en caso de solicitar mayor personal debe justificarlo con antecedentes suficientes. En el fallo (causa rol 266-2019) se confirmó la resolución impugnada, dictada por la Dirección Nacional del Trabajo, que estableció una serie de servicios mínimos en caso de huelga

Conformación de los equipos de emergencia

Respecto a la conformación de los equipos de emergencia, el empleador, será el encargado de emitir en su respuesta al proyecto de contrato colectivo³³⁶, a los trabajadores dentro de los afiliados al sindicato o grupo negociador que conformarán los equipos de emergencia, según lo estipula el artículo 361 del Código Laboral. Este proceso es distinto al de calificación, ya que la conformación del equipo de emergencia debe responder a circunstancias específicas y actuales de la empresa y del sindicato, mientras que el proceso de calificación responde a circunstancias generales y comunes de la empresa.³³⁷

Se establece un plazo de cuarenta y ocho horas a los trabajadores para responder a la propuesta, que si no lo hicieren dentro de plazo se entenderá aceptada³³⁸. En el caso de negativa, podrán solicitar a la Inspección del Trabajo se pronuncie dentro del plazo de cinco días contados desde la repuesta de los trabajadores, teniendo la Inspección un plazo de diez días para resolver el requerimiento, resolución sobre la cual procederá el recurso de reposición.

Sobre esta materia la jurisprudencia española, a fin de proteger de mayor manera el Derecho de Huelga ha señalado que la conformación debe efectuarse mediante

de los trabajadores de la empresa Home Medical S.A., la que solicitó luego aumentarlos."(...), *toda vez, que teniendo la carga de la prueba la reclamante de autos, no ha logrado formar convicción respecto a la necesidad*

establecer para los rubros denegados servicios mínimos, o aumentar los equipos de emergencia concedidos para atender los servicios mínimos otorgados para los pacientes denominados UTI, pues la documental en nada aporta, en el sentido de que esta sentenciadora establezca un número mayor de trabajadores para efectuar labores, sin que afecte el legítimo derecho huelga". Considerando décimo primero, rol N° 266-2019 del 1° Juzgado de Letras de Santiago, p.31.

³³⁶ Este procedimiento a diferencia de la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, si se encontraría dentro del proceso de negociación colectiva, Juntamente a ello este procedimiento en ningún caso constituye una instancia para revisar la pertinencia o amplitud de la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia.

³³⁷ La diferencia es que la calificación se realizó previamente a la negociación colectiva, siendo una decisión más imparcial al no encontrarse el problema in situ, mientras que al momento de conformar los equipos, se encuentra la negociación en pie, con las particularidades de las exigencias de los trabajadores y la realidad de la empresa en dicho momento. Ratifica la calificación previa, el dictamen 5346/92 de la Dirección del Trabajo de 28 de octubre de 2016.

³³⁸ Resulta interesante que el legislador consideró una aceptación tácita de los equipos de emergencia en caso que la comisión negociadora sindical no se pronuncie sobre la misma, abriendo la posibilidad que quede determinado unilateralmente por el empleador. En caso de rechazo de la propuesta se deberá solicitar la intervención de la Inspección del Trabajo, así finalmente la calificación de los equipos de emergencia dependerá en gran parte del empleador y de la autoridad gubernativa.

criterios objetivos estableciendo algunos criterios a considerar que resulta muy atingentes:

- i) *“Prohibición de designar, como regla general, a los trabajadores que institucionalmente cumplen un papel protagónico en el movimiento huelguístico.*
- ii) *Elegir a trabajadores que por su turno les corresponde trabajar en las horas y en los proyectos para los que se señala la cobertura de servicios mínimos*
- iii) *Preferir a los trabajadores que no han adherido a la huelga. En caso de no ser suficientes, acudir a aquellos voluntarios o utilizar criterios de designación como puede ser la rotación.”³³⁹*

Lo anterior debe considerar además las prestaciones esenciales dentro del servicio que se califica, a fin que se determinen las condiciones técnicas requeridas por los trabajadores para efectuar la prestación de servicios mínimos y equipos de emergencia adecuadamente.

IV.III Fundamentos de un modelo de servicios mínimos

Los argumentos que justifican la imposición de servicios mínimos en la negociación colectiva, debe buscarse en los principios que inspiran el proceso, esencialmente en la no afectación del derecho de huelga en su esencia, bajo la premisa de ser un derecho de rango constitucional, que entrega una de las mayores herramientas de defensa para los trabajadores durante la negociación con el empleador, por lo que su afectación debe ser interpretada restrictivamente.

Lo anterior determina que no puede encontrarse supeditado a bienes o derechos de inferior graduación, límites que deben establecerse según la dirección de cada país en atención a su política social como laboral, pero a su vez en el respeto de principios internacionales que reconocen al trabajador como agente activo dentro la empresa, empoderado en el derecho de exigir mejoras laborales cuando estas se encuentren razonablemente exigidas.

Estos límites en el ejercicio del derecho de huelga en aquellos servicios esenciales que deban prestar servicio mínimos se debe efectuar en atención a sus especiales

³³⁹ Varas K. (2019), Op. Cit., pp. 530-531.

características, tarea que debe establecerse según la naturaleza del servicio³⁴⁰ y las circunstancias propias de la huelga, apoyándose en los parámetros generales que la doctrina, el derecho comparado y organismos especializados como la OIT han entregado sobre los agentes intervinientes, el procedimiento y su fundamentación jurídica ya analizados en los capítulos precedentes, que entregan una mayor justicia e imparcialidad a la decisión final dentro del proceso de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Analizada la legislación nacional frente a la negociación colectiva regulada en el Código Laboral, y particularmente en relación a la figura de los servicios esenciales que deben prestar servicios mínimos, los temas centrales a analizar son:

- 1) Instituciones que interviene y su rol
- 2) Procedimiento y su regulación
- 3) Fundamento de la decisión.

Instituciones que intervienen y su rol.

Las instituciones que forman parte del proceso de negociación colectiva en aquellos servicios esenciales encuentran como primer agente, aquel que define cuáles servicios se encontrarán excluidas de ejercer la huelga, labor que nuestro legislador dejó en manos de la Administración o Gobierno, debiendo calificar cada dos años dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros de Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo. A reglón seguido establece que una vez promovida la solicitud se pondrá en conocimiento de la contraparte, para que formule sus observaciones, para luego efectuar la calificación, resolución que podrá luego ser reclamada ante la Corte de Apelaciones³⁴¹.

³⁴⁰ La Dirección del Trabajo ha definido que al menos se considera para el análisis:“(…) *el análisis radicaré, entre otros aspectos, en la estructura organizativa de la empresa, la externalización de servicios, el tipo de maquinaria, el eslabón que representa en el proceso productivo o las materias primas utilizadas.*” Dirección del Trabajo (2018), p.6.

³⁴¹ Artículo 402 del Código laboral.

Lo anterior demuestra que la decisión se deja en la administración para que determine aquellos servicios esenciales excluidos del derecho de huelga³⁴², pero al mismo tiempo se establece un contrapeso, al permitir la intervención de las partes dentro del proceso de calificación y una vez sea emitida la resolución poder recurrir vía recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva³⁴³. Esto permite una mayor seguridad jurídica y fundamento en la decisión de limitar el ejercicio del derecho de huelga dentro de la empresa, permitiendo efectuar una revisión constitucional y legal, en un tribunal superior de justicia, otorgando con ello mayor seguridad jurídica en la limitación al derecho de huelga para los trabajadores.

Ahora, en el procedimiento de calificación de servicios mínimos respecto de aquellos servicios que se encuentran restringidos en el ejercicio del derecho de huelga (pero no prohibido totalmente), serán las partes en un primer momento las que deberán establecer aquellos servicios mínimos requeridos para la empresa, en virtud de las características del servicio³⁴⁴.

Se otorga una importante herramienta a las partes para autorregular los servicios mínimos que deberán prestar en caso de huelga³⁴⁵. Una importante crítica en este sentido, es que el procedimiento de calificación de los servicios mínimos, no está incluido dentro del proceso de negociación colectiva, y por tanto los trabajadores no

³⁴² Por ejemplo con fecha 01 de agosto de 2017 se realizó la calificación de aquellos servicios excluidos de ejercer el derecho de huelga, ratificando el criterio de que las empresas de los sectores de servicios sanitarios, las empresas eléctricas de distribución y transmisión, las distribuidoras de gas, los terminales de regasificación de gas natural licuado y las de transporte de gas natural serán consideradas como empresas de utilidad pública, de conformidad a la jurisprudencia administrativa; por lo cual quedaran excluidas de acceder a la huelga legal en el proceso de negociación colectiva. También fue considerado el Banco Central y empresas de Servicio de transporte en zonas alejadas, como los centro de diálisis. Ver pie de página N°174.

³⁴³ Mediante resolución exenta N°133 el año 2017 se publicó el listado de empresas prohibidas de ejercer la huelga, de las cuales de un total de 134 empresas, fueron aceptadas 102, quedando 32 empresa fuera del listado, de las cuáles reclamaron 5 (Enel Generación Chile S.A., Zona Franca de Iquique S.A., Empresa Depuradora de Aguas Servidas Mapocho- Treball Limitada, Buses Vule S.A. y Empresa Nacional de Telecomunicaciones S:A.)

³⁴⁴ A la fecha del 03 de octubre de 2017 en Chile de 2.177 empresas que eventualmente podrían solicitar servicios mínimos, solo 410 firmas han pedido la calificación de servicios mínimos, a juicio del Director Nacional del Trabajo Christian Melis, esto es debido a que se ha entendido que los servicios mínimos se otorgan de forma restrictiva en referencia a la esencialidad del servicio en cuestión. Diario La Tercera (noticia), 21 de octubre 2017, p. 48.

³⁴⁵ A la fecha del 03 de octubre de 2017 en Chile un 38,6% del total de calificación de servicios esenciales fue logrado por un acuerdo directo entre las partes, sin requerir la intervención de la Inspección del Trabajo. Diario La Tercera Ibíd., p 46

necesariamente gozarían de fuero al momento de negociar los términos y condiciones en que se trabajará y el número de personal requerido para tales tareas, ya que el legislador estimó que es una cuestión que debe resolverse previo a la negociación colectiva³⁴⁶, en abstracto. Lo anterior se justificaría en que las partes realicen una propuesta cuando no existe conflicto con una mirada más imparcial ante el eventual compromiso que asumirán, pero que al encuadrarlo fuera del procedimiento de negociación colectiva, desprotegería eventualmente al trabajador que no goza de fuero.

Si bien puede ser una situación excepcional que los trabajadores que negocien con el trabajador se encuentren sin fuero, porque por regla general corresponderá al sindicato, se podría haber expresado en la norma que sin perjuicio de no encuadrarse dentro del procedimiento de negociación colectiva, los trabajadores que efectúen dicha calificación gozarán de fuero dado que existen trabajadores que se pueden reunir especialmente al efecto como los grupos negociadores que podrían encontrarse perjudicados.

Luego y una vez ya están calificados los equipos de emergencia, en relación al número de personal y las especificaciones técnicas que requieren, se debe señalar quiénes conformarán los equipos de emergencia, propuesta realizada primero por parte del empleador, que luego debe ser confrontada con la respuesta de los trabajadores.

Conjuntamente el legislador laboral, incluyó dentro de ambos procedimientos a un tercero para resolver la eventual disputa entre los trabajadores y el empleador, siendo la Inspección del Trabajo el organismo encargado de tal misión. La Inspección debe dirimir los conflictos, llegar a acuerdos y resolver, según los principios y conocimientos técnicos los servicios mínimos a aplicar dentro de una empresa, sin embargo, existen dos puntos sobre los que pueden surgir problemas.

³⁴⁶ Luis Lizama, asesora laboral de SOFOFA señala que: *“las empresas que solicitaron la calificación de los servicios mínimos dentro del plazo legal, no podrán negociar colectivamente hasta que la DT efectúe la calificación, ya que el dictamen establece que si no se ha efectuado la calificación, se suspende el inicio de la negociación colectiva.”* Diario El Mercurio (noticia) 29 de abril de 2017, B4.

El primero consiste en que no se establece un ente imparcial para dirimir el conflicto, ya que la Inspección y Dirección del Trabajo son dependiente del Ministerio del Trabajo, siendo su decisión objeto de críticas, en tanto se encuentra posiblemente vinculada al interés del gobierno, que muchas veces se contrapone a la visión de los trabajadores en una huelga que afecta a la comunidad, siendo mejor haber establecido un órgano independiente administrativa y económicamente del Gobierno³⁴⁷, lo cual a modo de lege ferenda puede recaer en un órgano especializado en el derecho laboral, similar a la Comisión de Garantía que existe en otras legislaciones.

Como segundo problema, no existe en el planteamiento original de la ley la posibilidad de apelar a la decisión que la Dirección del Trabajo emita, más que ante el Director Nacional del Trabajo³⁴⁸, lo que lleva que se resuelva administrativamente la decisión de la calificación de los servicios mínimos en el mismo órgano, siendo un límite al recurso judicial³⁴⁹. Sin perjuicio de ello, como se señaló en la práctica estas causas sobre calificación de servicios mínimos ha generado jurisprudencia ambivalente³⁵⁰, sumado a que existe reformas actuales que buscan solucionar aquello mediante la posibilidad de establecer un recurso de apelación ante el tribunal de letras de la jurisdicción competente a fin de que conozca del asunto, si bien ello daría seguridad jurídica frente a la calificación de los servicios mínimos al requerirse de una sentencia

³⁴⁷ Sobre los distintos tipos de autoridad pública que pueden efectuar la determinación de los servicios mínimos, se ha propuesto que pueda corresponder a: i) autoridad laboral; ii) autoridad judicial; iii) órgano autónomo; iv) autoridad pública que tiene responsabilidad política del servicio, sobre esta materia ver Varas K (2019); p. 475-478. Siendo para el presente trabajo aquella que otorga mayores respaldo de objetividad y conocimiento técnico aquél que pueda corresponder a un servicio autónomo.

³⁴⁸ En sentido la Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncia señalando que los Juzgados de Letras del Trabajo carecen de competencia para conocer de aquellos asuntos sobre calificación de servicios mínimos, en tanto el artículo 360 del Código laboral, limita expresamente el conocimiento de cualquier reclamación efectuada por el Inspección del Trabajo en el Director Nacional del Trabajo, no estableciendo instancia de reclamación judicial. Considerando quinto y sexto, rol M -1806-2017 “Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo” fecha 13 octubre de 2017.

³⁴⁹ Si bien el artículo 420 letra e) del Código laboral señala que los Juzgados de Letras del Trabajo tendrán competencia sobre reclamaciones que procedan en contra de resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, la Corte considera que solo es atribuible la reclamación en los “casos que procedan” requiriendo de otra disposición legal que establezca la posibilidad de ejercer la reclamación. *Ibíd.* considerando 4to.

³⁵⁰ Recurso de Queja Rol I-343-2017, interpuesto por la Dirección del Trabajo en contra de los ministros que componen la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago; Recurso de Queja Rol 41455-2017, interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A.; Recurso de Queja 1180-2018 Corte Suprema, interpuesto por CAR S.A. en contra de los ministros de la décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

fundamentada, abre la puerta a un doble juzgamiento, uno administrativo y otro judicial.³⁵¹

Lo ideal para un procedimiento racional y justo sobre la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, sería considerar la existencia de un órgano técnico imparcial administrativa y económicamente³⁵², que pudiese guiar a las partes sobre una correcta calificación, y que en caso de desacuerdo resuelva mediante una sentencia motivada, la cual debiese ser recurrible ya sea ante el mismo órgano especializado, dando mayor celeridad al proceso de revisión, u otorgar una nueva vía judicial para que conozca el Juzgado de Letras competente.

Actualmente y dada la alta judicialización de los problemas referidos a la calificación de los servicios mínimos, se discute un proyecto de ley para incluir un panel de expertos dentro de la Dirección del Trabajo, lo cual ha sido una importante medida que puede mejorar a lo menos la especialidad técnica del organismo:

“Coincide el director del departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Chile, Luis Lizama, quien explica que hoy en día la autoridad administrativa laboral que debe definir el tema “no tiene expertise propia, interna, sobre los mercados específicos en que operan las empresas, por lo que requiere insumos que le entregan terceros”. Añade que ahora, en vez de que el Estado pida opiniones a terceros para decidir, lo hará un panel de expertos que deberá tener estos conocimientos. “La ventaja es que conocen el sector y pueden ponderar mejor asuntos como cuál es la cuadrilla adecuada en un establecimiento minero, bancario o de salud, por ejemplo”, añade.”³⁵³

Según propone el proyecto³⁵⁴, el panel estará conformado por tres miembros titulares y dos suplentes, los cuales deben poseer un título profesional o técnico, contar con ocho años de ejercicio y estar inscritos en un registro especial que creará la DT.

³⁵¹ Para mayor información sobre este punto ver: Soto F. y Rojas D. (2018), pp. 127 y ss.

³⁵² *“Dicho tercero deberá necesariamente tener el carácter de imparcial, dado que los se trata de resguardar son los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios esenciales y no de las partes implicadas en el conflicto.”* Varas K. (2019), Op. Cit., p.469.

³⁵³ Gómez Marcela. Artículo pauta.cl, fecha 11 de agosto 2019.

³⁵⁴ Boletín N°12827-13 que Moderniza la Dirección del Trabajo, ingresado el 06 de agosto de 2019.

Cuando una empresa de más de 200 trabajadores no logre acordar sus servicios mínimos y equipos de emergencia, deberá solicitar al Director del Trabajo los servicios del panel, en cuyo caso esa autoridad elegirá a los integrantes desde el registro, considerando la formación y experiencia en el rubro o actividad económica de la empresa. Podrán existir diversos paneles funcionando simultáneamente, lo cual lograría establecer un procedimiento basado en expertos en el área que puedan tomar decisiones con mayores antecedentes y experiencia, lo que sin duda mejorará la respuesta y los derechos protegidos.

Por otro lado ninguna mención realiza la ley respecto a las asociaciones de consumidores, en lo referente a una eventual participación en la calificación de los servicios mínimos, ya que la ley restringe la determinación que pueda realizar la Inspección del Trabajo a partir exclusivamente de lo que señalen las partes, los documentos técnicos que se acompañen, y en aquellas consultas que pueda realizar la Inspección del Trabajo a organismos reguladores o fiscalizadores de oficio.

Si bien las asociaciones de consumidores en Chile, como CONADECUS (Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios) o ODECU (Organización de Consumidores y Usuarios), se centran principalmente en aquellas materias propias de la libre competencia y la ley del consumidor, sería una buena experiencia analizar la realidad del derecho comparado, considerándolos como agentes partícipes en la calificación de los servicios mínimos en sede laboral, a pesar de ser una técnica novedosa y de escasa aplicación, podría resultar acorde a nuevas soluciones.

A pesar que incluir a los consumidores puede tener resultados inesperados, y se corre el riesgo que puedan limitar aún más el derecho de huelga cuestión que se ha vislumbrando en el derecho comparado³⁵⁵, es innegable su derecho frente a servicios en los que se limita su acceso, siendo identificable como un titular en la afectación del derecho que se limita, en tanto no solo tenga la apariencia de representante de los consumidores para un determinado servicio, sino que represente realmente los

³⁵⁵ *“El recurso a la tutela de los usuarios es un argumento que sea venido utilizando para obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de huelga tanto por la extensión indebida de la noción de esencialidad como por la imposición de límites totalmente desproporcionado que tan sólo persiguen restar efectividad o derechamente anular el derecho de huelga.”* Varas K. (2019), Op. Cit., p. 596.

intereses de ello, lo que logra a través del robustecimiento de estas instituciones, cuestión que en la actualidad se ha desarrollado lentamente³⁵⁶.

Procedimiento y su regulación

Respecto al procedimiento que regula la calificación de los servicios esenciales, servicios mínimos y equipos de emergencia, la legislación ha establecido plazos acordados a los regulados en las legislaciones comparadas, instaurando un tiempo acotado de respuesta durante la negociación³⁵⁷, con fin de que los servicios sean determinados de forma y manera oportuna por las partes en conflicto, de forma de no sobre extender el problema.

El procedimiento de determinación de los servicios se encuentra correctamente motivado en la legislación bajo el principio de la buena fe³⁵⁸, fundamental resulta ello para que exista una negociación clara y exitosa entre las partes. Muestra de lo anterior, corresponde a que la ley exige la entrega de información periódica, oportuna y específica entre las partes, lo que será determinante para que existan parámetros claros de negociación referente a lo que se quiere obtener y al acuerdo que finalmente se busca arribar, para que así la autorregulación emerja como una institución de solución del problema.

La buena fe, por otro lado, se observa en el momento que las partes respetan la legislación y cumplan los procedimientos establecidos. Así una vez sea proclamada la huelga, y como una de las grandes modificaciones que la ley estableció con la reforma, se establece la prohibición del reemplazo a los trabajadores, tanto a nivel externo como

³⁵⁶ Un importante avance en este sentido ha sido la aprobación de la Norma General de Participación Ciudadana de la Dirección Del Trabajo mediante la resolución exenta N°1626 con fecha 31 de julio de 2019, que al menos abre un camino para recibir las consultas jurídicas de la ciudadanía, al establecer en su artículo 1 que: *“La presente Norma General de Participación Ciudadana de la Dirección del Trabajo, regula la forma en que las personas pueden participar en la gestión, desarrollo y evaluación de las políticas públicas que son de su competencia.”* Publicado el 08 de agosto de 2019 en el Diario Oficial.

³⁵⁷ El artículo 312 del Código laboral, establece que todos los plazos establecidos en este Libro son de días corridos, salvo los previstos para la mediación obligatoria del artículo 351.

Con todo, cuando un plazo venciere en día sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado hasta el día hábil siguiente.

³⁵⁸ El artículo 403 letra a) del Código laboral, considera una práctica desleal del empleador, vulnerar el principio de la buena fe durante la negociación colectiva que afecten el normal desarrollo. Debe basarse en una actitud objetiva, que demuestre el interés de las partes por lograr un acuerdo justo, ágil y efectivo para el eventual desarrollo de los servicios mínimos en caso de huelga.

interno³⁵⁹, lo cual se erige como una modificación de suma importancia entregando poder a los trabajadores al momento de negociar con el empleador, ya que la única limitación actual para aquellos servicios que pueden ejercer la huelga, radica en la figura de los servicios mínimos. Así lo recoge el artículo 345 del Código Laboral:

“...Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga. (...)

La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador...”

En idéntico sentido el artículo 403 letra d) señala como “prácticas desleal del empleador:

- e) “El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro. El empleador en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, u efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importa una infracción a la prohibición de reemplazo.”

Si bien la normativa establece la prohibición de reemplazar a los trabajadores, surge la pregunta si la legislación permite o no el reemplazo interno por los trabajadores no huelguistas, ya que el legislador indica que prohíbe su reemplazo, pero permite realizar al empleador las *“adecuaciones necesarias”* con los trabajadores que no se encontraban en huelga, concepto que generó discusión³⁶⁰. Se limitó finalmente a las funciones convenidas en su contrato de trabajo, lo cual fue criticado al no especificar la necesidad de habitualidad en la labor del trabajador no huelguista, dejando abierta la posibilidad de que reemplace funciones de los trabajadores en huelga.

³⁵⁹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestros tribunales: *“(...) Que, en consecuencia, este tribunal de alzada ha llegado a la convicción de que no existe la infracción legal alegada, debiendo negarse lugar al recurso interpuesto, puesto que estos sentenciadores comparten el parecer de la Sra. Juez quo, al sostener que la sustitución de los trabajadores en huelga por otros dependientes de la misma empresa, constituye una práctica desleal. De esta manera, por lo que no es posible concluir que existe un error de derecho, como ha sido alegado”* Considerando décimo, Corte de Apelaciones de San Miguel rol N° 655-2018-LAB-COB de 13 de febrero de 2019

³⁶⁰Rincón X., Boletín N° 9835-13. Discusión particular del Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código Del Trabajo. 10 de marzo de 2016 pp. 253-279.

Sin embargo, debe entenderse que el trabajador no huelguista se encuentra limitado a aquellas funciones que fueron convenidas en el contrato, y por tanto en virtud del principio de la primacía de la realidad deberá ejecutar las funciones normales que se habitúen a su tarea.

Finalmente se estableció una prohibición ante cualquier tipo de reemplazo en las labores que realizan los trabajadores en huelga, en ese sentido fue interpretado por el Gobierno al momento de discutirlo³⁶¹:

“De esta forma, el principio rector que orienta la interpretación es el aseguramiento de las funciones contenidas en el contrato de los trabajadores no huelguistas, sea que estén explícitas, o que, de no estarlo, correspondan a funciones que desarrollen en la práctica. La jurisprudencia judicial y administrativa sostiene que las funciones o cualquier otra cláusula del contrato de trabajo incluyen no solo lo establecido explícitamente en ese contrato, sino también lo que en la práctica se verifica. Ello se sustenta en el principio de la “primacía de la realidad” (así se llama, aunque a algunos les moleste que nosotros ocupemos ese término), en virtud del cual en el ámbito de las relaciones laborales prima lo que sucede en la realidad por sobre lo establecido en documentos, que pueden ser aparentes o falsos. De tal modo, si el empleador pone en el contrato de trabajo un listado de funciones que el trabajador no huelguista no realiza en la práctica, y que corresponden a funciones de trabajadores que en el futuro podrían estar en huelga (falsa polifuncionalidad), en consideración al principio en comento debería estarse a la realidad y no a las apariencias documentales”

Si bien queda patente en la interpretación la prohibición del reemplazo, la legislación podría haber sido más enfática, e identificar la habitualidad dentro de las labores de los trabajadores no huelguistas en el desarrollo de sus funciones, así sea efectiva una mayor protección del derecho de huelga. Quedando más bien la decisión en los elementos de prueba que pueda aportar cada uno de las partes, para establecer cuales son realmente las funciones de cada uno de los trabajadores.

Otro punto interesante que nuestra legislación no considera a la hora de establecer los servicios mínimos, y que si es rescatada en otras legislaciones, hace referencia a fijar

³⁶¹Ibíd., pp. 76-80.

a priori un máximo de personal al momento de negociar la calificación de los servicios mínimos, como por ejemplo se efectúa por el legislador italiano, que indica:

“(1) Los servicios mínimos no superarán el 50% de las prestaciones normalmente suministradas; y (2) en una cuota estrictamente necesaria de personal no superior de media a un tercio del personal normalmente utilizado para el suministro de servicios, en atención a las condiciones técnicas y de seguridad.”

Esto se cita a modo ejemplar, dado que una determinación apriorística rompe con la idea que los servicios mínimos deben ser determinados caso a caso, pero parece razonable que el legislador establezcan prestaciones máximas, ya que en general, si escapan de estas, se efectuaría una restricción más allá de una limitación en términos restringidos del derecho de huelga, por tanto, se propone que en caso que un determinado servicio requiera exceder este máximo sea de su cargo presentar la pruebas necesarias que lo acrediten.

Establecer parámetros objetivos frente a qué se considera legítimo para el adecuado funcionamiento de los servicios mínimos, podría traer una mayor protección al establecimiento y a los trabajadores, ayudando a la interpretación que deben realizar las partes al momento de negociar. Es importante que las partes comprendan que los servicios se deben aplicar estrictamente y en la medida que son necesarios según la naturaleza y características propias del servicio que se presta. Evidentemente un servicio que se realiza por casi la totalidad de su personal aún bajo la modalidad de servicios mínimos, no permitirá ejercer de forma efectiva el derecho de huelga, debiendo proteger el legislador de mejor manera los excesos frente a lo que la autorregulación con un empleador fuerte o soberano puede acordar.

Si se establecen servicios mínimos libremente discutidos por las partes, establecidos a través de la autorregulación y por todas aquellos mecanismos e instancias que permite la ley para negociar, sumado a la orientación y decisión a su vez por un organismo experto e imparcial, que sujeta la negociación a los principios que inspiran

un correcto procedimiento³⁶², se debiera esperar un efectivo cumplimiento al momento de hacer efectiva la huelga. Pero la seguridad de que se cumplan los deberes y obligaciones que cada uno de las partes asume bajo el acuerdo que determina los servicios mínimos, no es totalmente confiable³⁶³, por ello que la buena fe y un procedimiento racionalmente reglado no basten, de ahí que la legislación contemple sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones siendo la mayoría de carácter pecuniario, estableciendo en los artículos 292 del Código Laboral referente a las prácticas antisindicales y el artículo 406 relativo a las prácticas desleales, las siguientes sanciones:

“Art. 406.- Régimen sancionatorio. Las prácticas desleales serán sancionadas de la siguiente forma:

- 1. En la micro empresa con multa de cinco a veinticinco unidades tributarias mensuales. En la pequeña empresa con multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.*
- 2. En la mediana empresa con multa de quince a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales.*
- 3. En la gran empresa con multa de veinte a trescientas unidades tributarias mensuales. La cuantía de la multa, dentro del rango respectivo, será determinada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical.*

El incumplimiento de las estipulaciones contenidas en un instrumento colectivo y las prácticas desleales de la letra d) de los artículos 403 y 404 serán sancionados con una multa por cada trabajador involucrado de acuerdo a las siguientes reglas:

- 1. En la micro y pequeña empresa con multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*
 - 2. En la mediana empresa con multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales.*
 - 3. En la gran empresa con multa de diez a cien unidades tributarias mensuales.*
- En caso de reincidencia en las medianas y grandes empresas, esta será sancionada de conformidad a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 506 de este Código.*

Las multas a que se refieren los incisos anteriores serán a beneficio del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

³⁶² Entre aquellos principios más relevantes podemos señalar: “el principio de contradictoriedad, que se encuentra establecido en el artículo 10 de la Ley N°19.880, disposición que consagra en su inciso final que, en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento; a su vez el principio de imparcialidad, se encuentra debidamente reconocido en el artículo 11 del cuerpo normativo ya señalado, estableciendo en su inciso primero que la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.” Dirección del Trabajo (2018), p.16.

³⁶³ Por ejemplo la DT acusó que una clínica habría incurrido -en el contexto de la huelga del Sindicato de Trabajadores Interempresa, que se extendió por 42 días a mediados de 2018- en el reemplazo ilegal de trabajadores. La denuncia apuntó a que en la unidad de pabellón central, durante la primera semana del paro, funcionarios del equipo de emergencia de servicios mínimos se incorporaron en cirugías que no formaban parte de los servicios fijados por la DT. El Mercurio Legal, 11 de enero 2020.

Lo dispuesto en los incisos anteriores es sin perjuicio de la responsabilidad penal en los casos en que las conductas sancionadas como prácticas desleales configuren faltas, simples delitos o crímenes”.

La ley hace mención a criterios prácticos dentro del procedimiento de negociación colectiva para determinar el monto de la infracción, según el número de personal involucrado (o perjudicado) y la gravedad de la infracción. Interesante es considerar además que en caso de reincidencia en aquellas infracciones relacionadas con la prohibición de reemplazar a los trabajadores o en el caso de no otorgar el equipo de emergencia requerido, la ley hace una remisión al artículo 506 para que en las grandes y medianas empresas dichas sanciones se puedan duplicar o triplicar, con el fin de hacerlas más efectivas.

El procedimiento para la imposición de estas sanciones se tramitará bajo el procedimiento de Tutela Laboral, establecido en el párrafo sexto, Capítulo II del Título I del Libro V del Código Laboral, gozando de preferencia para su vista y fallo³⁶⁴, y con una importante prerrogativa ya que existe la posibilidad de establecer la prueba indiciaria³⁶⁵, por tanto invierte la carga de la prueba en favor de aquella parte que logre demostrar con los antecedentes aportados una vulneración a derechos fundamentales.

Otro aspecto de gran relevancia para el empleador a considerar en caso de infracciones al acuerdo, es que en caso de ser condenado, una empresa, no podrá negociar con el Estado por un término de dos años³⁶⁶, sanción que sería sumamente

³⁶⁴ Artículo 488 Código laboral: *“La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.*

Con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan”

³⁶⁵ Artículo 493 Código laboral: *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

³⁶⁶ Artículo 4º Ley N°19.886: *“Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas*

perjudicial y efectiva para asegurar el cumplimiento de lo establecido por la ley. Lo que demuestra que pueden existir diferentes sanciones a aquellas conductas consideradas como antisindicales o desleales, pudiendo establecerse también sanciones civiles o penales, según concurran, que deberán analizarse caso a caso.

Fundamentación de la decisión.

El acuerdo, sentencia o decreto que establezca la forma o el modo en que se realizan los servicios mínimos y conformarán los equipos de emergencia, debe considerar además de un racional y justo procedimiento, una decisión razonada a través de la fundamentación del acuerdo al que arriben las partes de forma autónoma o con la colaboración de la Dirección del trabajo o según determine la justicia ordinaria según sea el caso.

Es importante una decisión justificada, ya que es aquella la que otorga fundamento a los límites que se establecen a los derechos en conflicto, la cual debe apoyarse tanto en el conocimiento con el que cuentan las partes del conflicto, como la eventual guía que puede otorgar la Dirección del Trabajo al momento de actuar como órgano imparcial, sin perjuicio de ello, siempre podrán recurrir cada una de las partes para apoyar su posición a informes técnicos de entes especializados dentro de la materia³⁶⁷, de modo de tener el mayor grado de información, y de información especializada que permita un acuerdo exitoso.

Para arribar a dicha decisión es necesario que se tomen en cuenta ciertos criterios por parte de los involucrados en tal decisión, debiendo considerar ,a modo de propuesta, a lo menos una justificación que involucre; el carácter esencial del servicio, el fundamento de prestar servicios mínimos y el número de trabajadores o equipo de emergencia necesarios para prestar dichos servicios; considerar según el principio de proporcionalidad una ponderación de los daños causados a los usuarios con la

antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal." (subrayado añadido).

³⁶⁷ Artículo 38 de la Ley N°19.880: "*Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.*

Si el informe debiera ser emitido por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones".

limitación de la huelga; y verificar la existencia de normas reglamentarias sobre servicios mínimos según la naturaleza del servicio afectado en relación a la actividad o sector involucrado.

Para dar solución a ciertos problemas en la tramitación actual ante la Dirección del Trabajo referente a la correcta calificación de servicios mínimos, el Ejecutivo ha enviado un proyecto de ley orientado a especializar al ente a través de la creación de un panel de expertos que sea el encargado de tomar una decisión de mayor especialidad y conocimiento del área involucrada, así se dota a la decisión de una mayor precisión técnica y concreción jurídica para definir el tipo deservicio mínimo requerido y el número de trabajadores que conformarán el equipo de emergencia, con ella apunta a entregar la calificación y asesoría a un ente más especializado dentro del mismo servicio.

Es importante entonces para definir correctamente el servicio que preste servicios mínimos, encontrar su fundamento en lo establecido por nuestra legislación del trabajo, así el CT en el artículo 359³⁶⁸ al referirse a los servicios mínimos hace una referencia sobre cuales servicios deben prestarse, similar al criterio establecido por la OIT, pero ampliando a otras nuevas categorías. Por tanto la decisión debe apoyarse en consideraciones de hecho, para vincularlas al presupuesto jurídico que los identifica como servicios mínimos en los cuales se afecta la salud, la vida o seguridad de las personas, junto a los criterios que innova la legislación como la protección ambiental, por ello en todos aquellos casos que el servicio deba prestar tales servicios el fundamento se debe encontrar en la propia normativa mediante una interpretación estricta dado la limitación de un derecho fundamental..

Relacionado a lo anterior, no todo servicio tiene el derecho según la normativa vigente a prestar servicios mínimos, dado la exclusión que realiza el Ministerio del Trabajo y

³⁶⁸ "(...) el concepto de utilidad pública empleado en el artículo 359 es distinto al que se considera en el artículo 362 del mismo estatuto, apareciendo que este último está más acorde al de servicio esencial propiciado por la OIT y el del artículo 359 al de servicios no esenciales conforme a la doctrina del mismo organismo, ya referida anteriormente" Considerando décimo Rol I 30-2019 "Sindicato N° 3 de Trabajadores de Televisión Nacional de Chile con Dirección del Trabajo" 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 23 de julio de 2019, p.22 .

Previsión Social, junto a los ministerios de Defensa y Economía cada dos años, ya existen servicios que se encuentran excluidos del derecho de huelga, por tanto ellos no tendrán derecho a prestar servicios mínimos, debiendo regular sus conflictos laborales a través de otros medios adecuados, en este sentido es importante que dicha decisión goce de justificación, y que los tribunales superiores al conocer de dichas reclamaciones establezcan criterios jurídicos razonables y no meramente formales para ir aunando criterios sobre la necesidad de prestar servicios mínimos, según el tipo de servicio.

Así en los casos que se establezca la prestación de un servicio mínimo deben vincularse las características particulares del servicio que ejercerá la huelga para vincularlo a la normativa aplicable a los servicios mínimos, es decir, justificar de qué manera el servicio que realiza la huelga puede prestar servicios mínimos según la naturaleza del servicio y cuáles prestaciones del servicio calificarán dentro del límite establecido por el artículo 359 del CT como aquellas que no deban efectuarse.

Ahora respecto al número de trabajadores necesarios y la forma en que se prestará el servicio, surge la discusión y fundamento más complejo y relevante, por lo cual deben tenerse en cuenta las opiniones de ambas partes, como el conocimiento de expertos, y la prueba que ellos aporten a fin de justificar sus posturas sobre el número de trabajadores requeridos y si por ejemplo debe funcionar la totalidad del servicio o una parte de éste y cuál será. En este punto lo esencial es apoyarse tanto en la experiencia comparada de otras empresas o establecimientos, como en la normativa reglamentaria que puede existir por parte de los gremios o empresas del sector. Finalmente la decisión debiese inclinarse por aquella que goce de un mayor respaldo técnico, que pondere correctamente los derechos en juego según los criterios de temporalidad, extensión, posibilidad de acceso a servicios similares, y por sobre todo la naturaleza propia del servicio.

Cualquier decisión que involucre tales criterios permitiría a los involucrados y afectados con la huelga, entender cómo se efectúa la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia de manera correcta, es decir, el por qué una vez convocada una huelga por parte de los trabajadores de un establecimiento comercial, se

prestarían servicios mínimos de esa forma, con ese número de personas y que aspectos se consideraron para determinar que ello fue lo necesario. Si bien es difícil que la decisión deje conforme a todos y cada una de las partes afectadas, ello siempre debe poder justificarse, según criterios que busquen alcanzar mayor objetividad.

Por último, para entender la relación que tienen los servicios mínimos en el derecho de huelga, se debe armonizar la idea que actúan como un límite permitido bajo ciertas garantías, que otorgan a la negociación un marco jurídico seguro para solucionar el problema que suscita la huelga. Los servicios mínimos nacen como una respuesta a los derechos contrapuestos durante el conflicto de una huelga legítima, buscando velar por los intereses de ambas partes, debiendo considerar que la huelga en sí misma causa un perjuicio, pero a su vez deben responder a servicios que por su finalidad, su prestación es obligatoria.

Así se realizará bajo la figura de los servicios mínimos, y tendrán las partes la tarea de calificar en un primer momento los aspectos esenciales que deberán cumplir los servicios mínimos dentro de la empresa, dado su conocimiento del propio servicio que prestan, luego a la administración en caso de disputa en la negociación y a la judicatura en aquellos casos que sea procedente. Solución que debe buscarse siempre en virtud de los derechos constitucionales que se buscan proteger, de ahí lo estricto que debe ser su aplicación ya que limita derechos de suma relevancia para nuestra legislación

Los puntos abordados permiten establecer un procedimiento seguro jurídicamente, en atención a que incluye a los agentes e instituciones pertinentes, en relación a un procedimiento eficaz, lo que busca proteger los derechos en conflicto y esencialmente el derecho de huelga, si bien el análisis formal debe gozar de un procedimiento racional y adecuado, el elemento de fondo será el determinante. Se debe considerar factores particulares del servicio, en atención a sus características propias, calificación que quedará en un primer momento a las partes, debiendo aprovechar la libertad que entrega la autorregulación, así los trabajadores tendrán una importante herramienta para ejercer de forma efectiva la huelga, en servicios donde antes existía el reemplazo de trabajadores o la prohibición total de huelga, ese cambio para el procedimiento de negociación colectiva en el derecho laboral chileno fue un gran avance, y que funcione

dependerá en gran manera como entendamos el rol que tienen los servicios esenciales y servicios mínimos como límites al derecho de huelga.

IV.IV Jurisprudencia Nacional

Para efectuar un análisis más acabado sobre la calificación de los servicios esenciales, servicios mínimos y equipos de emergencia en Chile, es relevante analizar la interpretación que ha efectuado la jurisprudencia de nuestros tribunales como de los órganos administrativos competentes y, por sobre todo, la aplicación que le han dado las partes involucradas a la nueva regulación de la negociación colectiva en materia laboral.

A continuación analizaremos 10 sentencias sobre aquellas temáticas más relevantes que han surgido sobre la calificación de un servicio esencial, las prestaciones que requieren servicios mínimos, la conformación de los equipos de emergencia, como las prácticas antisindicales que se efectúan en la materia, que permitan efectuar un análisis crítico sobre aquellos discutidos por la jurisprudencia bajo el análisis efectuado a lo largo del presente trabajo.

1.- Sindicato de Empresa N°2 Trabajadores Colbún S.A con Dirección del Trabajo

Materia: Empresa de generación eléctrica excluida del ejercicio del derecho de huelga.

Rol N°1738-2017 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “Sindicato de Empresa N°2 Trabajadores Colbún S.A con Dirección del Trabajo”.

Fecha sentencia: 12 de marzo de 2019.

Antecedentes: El Sindicato de Empresa N°2 Trabajadores Colbún S.A., dedujo reclamación mediante la cual impugna la legalidad de la Resolución Exenta N°133 de 28 de julio de 2017, dictada por los señores Ministros de Economía, Fomento y Turismo, y de Defensa Nacional y la Ministra del Trabajo y Previsión Social, en virtud de la cual se determinó a Colbún S.A. dentro de la nómina de empresas y corporaciones que se encuentran en algunos de los supuestos establecidos en el artículo 362 del CT, es decir, aquellas en las que no se podrá ejercer el derecho a

huelga. La reclamación se fundamenta que al incorporar a Colbún S.A. en el listado no se consideró que la empresa no presta un servicio de carácter estratégico, y que por tanto, sus trabajadores tienen derecho a ejercer la huelga en futuras negociaciones colectivas.

El Sindicato basa su requerimiento en que la empresa no se encontraría en ninguno de los supuestos del artículo 362 CT. Señala que en 26 años nunca se han ido a huelga, y si lo hicieran no implicaría una falta de suministro eléctrico para el país, esto debido a que Colbún S.A: sólo aporta un 18.4% al Sistema Interconectado Central (SIC), inclusive pudiendo ser menor ya que existe el Coordinador Eléctrico Nacional (CEN) que regula el sistema eléctrico del país. Agrega, además, que sólo el 1% de los ingresos de la Empresa corresponde a la transmisión de energía.

Derecho: La Corte hace un repaso de la normativa vigente y reconoce a la huelga como un derecho fundamental, que interactúa con otros derechos siendo afectada mediante ciertas limitaciones, como los servicios mínimos y equipos de emergencia establecidos en el artículo 359 del CT.

En el mismo sentido, el artículo 362 del CT impone una limitación cuando se trate de servicios esenciales, esto es, aquellos servicios que tutelan o protegen esfera de intereses vitales de terceros y que están consagrados a un mismo nivel normativo que la huelga. (Considerando duodécimo a décimo cuarto)

La Corte desprende del razonamiento de la misma resolución N°133, que las empresas generadoras de energía eléctrica no tienen el carácter de servicio público, como es el caso de la empresa Colbún S.A. Señala que la misma Ley General de Servicios Electricos (GSE) las excluye. (considerando décimo quinto y décimo sexto). Añade que la paralización de la empresa no afectaría el suministro de la población porque su contribución sólo representa el 13,43% del Sistema Eléctrico Nacional. Además, existe una diferencia entre las empresas generadoras y las que transmiten y distribuyen energía, siendo estas últimas las que su paralización generaría un grave daño a la población. (considerando décimo sexto)

Por ende los servicios de Colbún S.A no son esenciales, debido a que su paralización no genera un grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, dado que al formar parte del sistema eléctrico nacional, su falla puede ser suplida por los demás componentes del sistema (considerando decimooctavo).

En base a lo anterior la Corte acoge el recurso de reclamación.

Comentarios: La sentencia en cuestión es interesante porque permite analizar el criterio de la Corte sobre servicios básicos que por su naturaleza deben prestarse de forma ininterrumpida como en el sector eléctrico, y que a priori podrían estimarse como servicios esenciales para la población en la mayoría de los eventos, dado que satisface diversos tipos de servicios dentro de la sociedad.

Por lo anterior, es que la determinación de un servicio como esencial, debe efectuarse a través de las particularidades del caso, y no de forma apriorística, ya que, como resulta ilustrativo en el presente caso, el servicio de electricidad que presta Colbún no afecta el suministro de la población porque la contribución que efectúa al sistema eléctrico nacional no es de tal entidad que no permite ser reemplazado por otros agentes dentro del mercado de generación de electricidad.

Por lo demás, la misma LGSE excluye el servicio de generación del carácter de servicio público, lo que si bien no obsta a que pueda ser establecido como servicio esencial, es un antecedente que debe ser sopesado, ya que de antemano la Ley establece que no goza de la misma importancia que el servicio de distribución y de transmisión (que sí se consideran servicios públicos).

En este caso la Corte efectúa un juicio de ponderación sobre la relevancia del servicio que presta Colbún S.A. en miras a determinar si puede limitarse el derecho de huelga mediante el carácter de servicio esencial. Lo que a mi juicio, al existir agentes que puedan reemplazarlo sin inconvenientes y no representa su contribución al mercado un gran porcentaje de la generación a nivel nacional, es que parece razonable, acoger la solicitud del sindicato y permitirle ejercer el derecho de huelga dentro de la negociación colectiva.

2.- Banco de Chile con Inspección Provincial del Trabajo

Materia: Competencia de los tribunales ordinarios sobre calificación de servicios mínimos.

Rol N°6375-2018 Corte Suprema.

Partes: “Banco de Chile con Inspección Provincial del Trabajo”.

Fecha sentencia: 25 de julio de 2018.

Antecedentes: Banco de Chile dedujo reclamación judicial en contra de la resolución administrativa dictada por el Director Nacional del Trabajo, que acogió parcialmente el recurso interpuesto respecto de aquella que se pronunció sobre la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. El tribunal de base se declaró incompetente para conocer de la referida reclamación, resolución que luego fue confirmada por la Corte de Apelaciones. Ante ello Banco de Chile recurre ante la Corte Suprema señalado que la sentencia fue dictada con falta y abuso grave al considerar que la decisión administrativa cuestionada sólo es reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.

El recurso de queja fue rechazado por estimar que no era procedente, bajo el argumento que el proceso de interpretación alegado, es una facultad privativa del tribunal de primera instancia. Sin perjuicio se procedió a casar de oficio.

Derecho: El tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones estimaron que en virtud de lo dispuesto en el artículo 360 del CT, los tribunales del trabajo no tienen competencia para conocer del asunto en referencia, dado que el inciso undécimo del artículo 360 se expresa que la decisión sobre la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia “sólo será reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo”.

Luego la Corte Suprema rechazando el recurso de queja y actuando de oficio, determina que en base al principio de inexcusabilidad del artículo 76 de la CPR y complementada por el inciso segundo del artículo 38 del mismo cuerpo, son competente los tribunales de justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento, señalando que *“En efecto, y partiendo por lo que toca a la competencia*

absoluta en razón de la materia, el artículo 420 letra e) del Código del Trabajo, en plena armonía con lo que se ha dejado dicho en lo que precede, señala expresamente que: “Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: e) Las reclamaciones que procedan contra las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social”.(considerando séptimo)

Comentarios: La interpretación efectuada por el tribunal de primera instancia y Corte de Apelaciones es criticable dado que no sólo quedaría agotada la sede administrativa para el recurrente, sino que además las partes involucradas quedan privadas del derecho a acudir a la jurisdicción, y por ende, que los tribunales de justicia estarían impedidos de ejercer el cometido que les es propio al ejercer la jurisdicción, vulnerando con ello los principios básicos de un estado de derecho.

De una lectura sistemática y en concordancia con los principios y normas legales, debiese concluirse que el artículo 360 en su inciso undécimo debe ser interpretado conforme a su sentido original, *“lo que significa que no es posible atribuirle otro alcance que el de demarcar el agotamiento de la vía administrativa, pero en modo alguno impedir o privar al afectado con la decisión de la Dirección Nacional del Trabajo, de acudir a la sede jurisdiccional”* (considerando décimo)”

Con este tipo de interpretación se permite resguardar aquellos límites que puedan establecerse legítimamente sobre el derecho de huelga, dado que el conflicto es de una entidad de relevancia jurídica que debe ser conocida por los tribunales, tanto por el principio de inexcusabilidad con que deben actuar, como también, porque es una decisión sobre la calificación de servicios mínimos que limita un derecho de relevancia constitucional y la decisión no puede ser dejado exclusivamente a un órgano administrativo, que como se ha señalado en este trabajo no se encontraría constituido con la suficiente imparcialidad para resolver estos asuntos, lo que exige la intervención de los tribunales de justicia a fin de amparar correctamente los derechos en conflicto.

De igual manera el Comité de Libertad Sindical ha señalado a propósito de las restricciones al derecho de huelga, y en específico, respecto a las situaciones y

condiciones en que puede imponerse la calificación de servicios mínimos que *“un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”*³⁶⁹ Por ende, el órgano jurisdiccional no puede restarse de conocer aquellas materias que tengan relación con el derecho de huelga y sus eventuales restricciones, dado la relevancia y el respeto a principios de un debido y racional procedimiento que se requiere para resolver una materia de tal magnitud, con las potestades y garantías que son exclusivas de los tribunales.

3.- Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en sector Retail financiero.

Rol N°1918-2019. Corte de Apelaciones de Santiago

Partes: “Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”.

Fecha sentencia: 24 de diciembre de 2019.

Antecedentes: El Sindicato Nacional de Trabajadores de empresa banco Ripley presentó un recurso de reclamación en contra de la resolución (N° 539 de 11 de julio de 2017) dictada por la Dirección Nacional del Trabajo, siendo rechazado en primera instancia. Luego recurre de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo nuevamente rechazado.

El sindicato señala que no corresponde la calificación de servicios mínimos sobre aquellos servicios relacionados con la *“obtención de dinero por parte de los clientes de Banco Ripley”*, lo que fue fundado por el tribunal de primera instancia en que el banco no tiene cuentas corrientes, lo cual indica se debe a que *“entrega servicios a población*

³⁶⁹ OIT.(2016), p.133

que probablemente esté impedida de acudir a la banca formal”, de lo cual a su vez deduce que “no son personas que cuenten con todos los medios técnicos para efectos de realizar las transacciones a través de página web o de una aplicación en el teléfono celular.” por lo que justificaría abrir las sucursales y otorgar cajeros. (Considerando tercero).

Derecho: El fallo es relevante por varios elementos:

1.- Se rechaza el recurso de nulidad interpuesto en razón que la sentencia dictada en el procedimiento monitorio según lo dispuesto en el artículo 459 y 501 del Código Laboral, la sentencia no requiere necesariamente³⁷⁰ el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación, por lo cual no sería procedente fundar la nulidad en base a lo establecido en el artículo 478 letra b) que sería procedente sólo cuando la sentencia *“fue pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”*, no siendo exigible tal requisito en los juicios monitorios por expresa decisión del legislador.

Esto resulta altamente complejo, ya que atentaría contra principios inmediatos dentro de un debido proceso como sería la fundamentación de la sentencia, dado que permite omitir la prueba, los hechos probados y el razonamiento de tal estimación por parte del tribunal, es decir no sería necesario explicitar aquellos antecedentes que formaron la convicción para el tribunal, en razón de las especiales características del procedimiento monitorio, lo cual es un elemento que debe ser revisado y que ha traído pronunciamientos divididos en la jurisprudencia.³⁷¹

³⁷⁰ Como excepción a lo anterior el artículo 501 inciso cuarto dispone que: *“(…), siempre que se trate de causas de interés colectivo o causas que presenten mayor complejidad, el juez podrá, mediante resolución fundada, dictar la sentencia respectiva hasta en un plazo de tres días de terminada la audiencia, la que deberá notificarse en la forma prevista en el inciso primero del artículo 457”*

³⁷¹ Los miembros del Tribunal Constitucional se han pronunciado en sentido que habría que salvar este problema, mediante una interpretación extensiva de la causal genérica del artículo 477, así: *“no es procedente el recurso de nulidad por la causal específica señalada en la letra b) del artículo 478, es decir, cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En este caso, debería fundarse en la causal genérica del artículo 477, esto es, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales”*: Tribunal Constitucional Chile, Rol 1514-09, fecha 12 de Octubre de 2010. Considerando séptimo.

Lo anterior, parece a todas luces un error del legislador, dado que limitaría en gran parte la capacidad de las partes de acceder a la segunda instancia en caso de existir una errada interpretación de las normas sobre apreciación de la prueba y no conocer el razonamiento que tuvo el juez, lo que constituyen elementos que permiten darle validez a tal decisión, y que también permitiría cerciorarse si la Dirección del Trabajo en el caso concreto justificó adecuadamente la necesidad de prestar servicios mínimos en una empresa del sector del Retail financiero.

2.- A su vez la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad opuesto en forma subsidiaria por el sindicato que se fundaba en que el tribunal a quo efectuó una interpretación errada del artículo 359 en relación al artículo 19 del Código Civil. La Corte rechazó el recurso en razón que el citado artículo 359, es susceptible de diversas interpretaciones, y si la sentencia que resuelve el asunto sometido a la consideración del tribunal, opta por un criterio de varios, *“esta Corte no tiene ninguna razón para pensar que la propuesta interpretativa del recurrente pueda ser superior a la del tribunal”*. (considerando décimo)

A mi entender bajo esta opción el tribunal no acoge el recurso de nulidad en razón que no comparte los argumentos esgrimidos por el sindicato, dado que lo resuelto por el tribunal a quo no sólo comprende una diferencia de propuesta interpretativa del artículo 359, sino una incorrecta, dado que la naturaleza del servicio no atiende las necesidades básicas de población en el sentido estricto del término, lo que sí hace presente el voto de minoría.

Comentarios: El sector de Retail financiero presta en general un servicio crediticio para aquellos clientes que no tienen acceso a la banca formal para obtener préstamos en dinero. Este servicio si bien es de gran importancia difiere de la afectación discutida en el juicio sobre si la paralización de trabajadores del banco afecta las necesidades básicas de la población, que no debe confundirse con el de prestación de servicios de utilidad pública, ya que esto último que no fue considerado en el proceso.

El criterio de “necesidades básicas” ha sido incluido por la Dirección del Trabajo dentro de aquellos servicios de funcionamiento y que son los indispensables para el bienestar

general de las personas *“incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas”*³⁷²

Se debe considerar que la Dirección del Trabajo, se aparta de la interpretación restrictiva que se debe efectuar para limitar el derecho de huelga, ya que solo corresponde a aquellos servicios que justifiquen estar vinculados a materias tales como la vida, seguridad o salud de la personas y en el caso particular la justificación se basó en informes técnicos que sostuvieron el impacto que la interrupción de las labores o huelga tendría para la empresa afectando el funcionamiento interno y contribuyendo a la desestabilización de la institución financiera en el ámbito resguardado por la Superintendencia de Bancos (CMF). Sin considerar que se trata de una empresa con muchas sucursales, que existen agentes que prestan el mismo servicio y que el periodo de negociación en que es posible la huelga, es de conocimiento anticipado.

Por lo anterior, no le era posible al tribunal concluir la necesidad de servicios mínimos porque además se encontraba en contradicción a lo definido por el misma Dirección del Trabajo en Dictámenes como el N°37.849 de 2007 o el Ordinario N° 53.479

Por último es relevante señalar, que las presunciones utilizadas por el tribunal a quo a fin de establecer que las personas que adquieren créditos en sector Retail no tendrían de otros medios para acceder a préstamos con servicios equivalentes o *“no son personas que cuenten con todos los medios técnicos para efectos de realizar las transacciones a través de página web o de una aplicación en el teléfono celular.”* justificando con ello abrir las sucursales y cajeros, parece una limitación innecesaria al derecho de huelga al existir múltiples servicios equivalentes para la obtención de préstamos, donde los más afectados es el propio servicio no así los clientes, lo señalado por el tribunal se asemeja mayormente un prejuicio más que un fundamento

³⁷² *“Que desde esta perspectiva, tales necesidades se correlacionan con los derechos fundamentales de mantenimiento de la vida y deben apreciarse fuera del ámbito empresa-sindicato y únicamente en la perspectiva de la comunidad o usuarios.”* considerando noveno voto de minoría Corte de apelaciones de Santiago.

legal basado en una presunción que se debe establecer sobre un hecho base conocido, que en la especie no se determina cuál es o se efectúa de forma errónea, indicando que dado que representan un perfil socioeconómico más bajo no tendrían acceso a internet lo que sería un elemento erróneo para justificar la prestación del servicio, sumado a ello, el deber de informar a la CMF se torna como otro elemento que afectaría la prestación del servicio, pero resultan ser efectos muy mediatos que no se tornan relevante para justificar prestar servicios mínimos continuamente, representa más bien el tipo de servicio que no justifica efectuar dicha prestación durante una huelga.

4.- Sierra Gorda SCM con Dirección Nacional Del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en sector minería.

Rol N°1799-2019 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “Sierra Gorda SCM Con Dirección Nacional Del Trabajo”.

Fecha sentencia: 05 de diciembre de 2019.

Antecedentes: Con fecha 06 de junio del año 2019, el tribunal a quo rechaza reclamación interpuesta por la empresa Sierra Gorda SCM, en contra de resolución N°78 de la Dirección Nacional del Trabajo. Luego interpone recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que lo rechaza.

Se funda en que la sentencia se dictó con infracción a las normas de la sana crítica, argumentando que las conclusiones a que arriba el fallo no se sustentan en alguna base probatoria y que afectaría a un número suficiente de supervisores por cada unidad operativa de apoyo, planta y mina, requerido para la prestación de servicios mínimos.

La Corte de Apelaciones refuta lo anterior, ya que al ponderar los antecedentes probatorios, señala expresamente que: *“.de ninguna manera los mismos hacen variar la resolución ya adoptada por la entidad administrativa, toda vez, que teniendo la carga de la prueba la reclamante de autos, no ha logrado formar convicción respecto a la*

necesidad establecer para los rubros renegados, una calificación y otorgar equipo emergencia respecto de ellos.” (considerando cuarto).

Derecho: Los argumentos esgrimidos por la empresa se fundamentan en la infracción al artículo 478 letra b) y subsidiariamente en su letra e), este último en referencia que no se habría analizado toda la prueba rendida. Lo cual fue objetado por la Corte en razón que la sentencia si contenía las razones que dieron lugar a su decisión *“ya que el fallo da cumplimiento a los principios de razón suficiente y de coherencia.”* (considerando quinto).

A su vez efectúa una remisión al artículo 504 del CT y sobre que en el procedimiento monitorio no sería exigible que la sentencia cuente con el análisis de la prueba rendida, conforme a la exclusión que se realiza del numeral cuarto del artículo 459 del CT.

Comentarios: En este caso la Corte razona correctamente, en el sentido que el tribunal a quo fundamentó la sentencia en que la carga probatoria sobre la necesidad de la calificación de un mayor personal para prestar el servicio mínimo, corresponde al empleador, y si en base a los antecedentes presentados éste no logra acreditar convicción suficiente para establecer servicios mínimos en determinadas prestaciones, no corresponde que sean fijados. Dado que la restricción del derecho de huelga, sobre todo en aquellos servicios que no sean esenciales en el sentido estricto del término (protección de la vida, seguridad o salud), deben acreditar fehacientemente la razón de su prestación, entonces si no se acreditan en el procedimiento mediante la incorporación de nuevos antecedentes, dado que cualquier limitación al derecho de huelga deber ser interpretado restrictivamente, no pueden modificarse los servicios establecidos.

En el caso sub lite la prestación que efectúan los ingenieros en prevención de riesgo, puede ser un factor que afecte la seguridad dentro del servicio de minería, pero no por ello, debe prestarse de manera continua si tal labor no se justifica, ya que como acertadamente establece la Corte el conocimiento que el prevencionista de riesgo entrega a los demás trabajadores debe estar presente durante toda la vida laboral que éstos ya tienen, y que puede accederse mediante otros medios sin la continua

supervisión. Por lo demás señala que dichos servicios sí deberán ser prestados, solo que un número menor al normal, por tanto no se justifica un aumento de los servicios mínimos ni de los equipos de emergencia designado para tales tareas.

5.- Inspección comunal del Trabajo Santiago Sur con Empresa Traverso S.A

Materia: Práctica antisindicales y desleales en la negociación colectiva.

Rol N°6294-2019 Corte Suprema.

Partes: “Inspección comunal del Trabajo Santiago Sur con Empresa Traverso S.A.”

Fecha sentencia: 15 de julio de 2019.

Antecedentes: La empresa Transverso solicitó a la Corte Suprema dar cuenta de la admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia deducido contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que rechazó el recurso de nulidad que presentó Traverso con la finalidad de invalidar la sentencia de base que acogió la denuncia de la Inspección del Trabajo Santiago Sur por la práctica desleal de reemplazo de siete trabajadores en huelga.

El recurso busca determinar el recto sentido y alcance que debe otorgarse a la prohibición de reemplazar trabajadores en huelga, establecida en el antiguo artículo 381 del Código del Trabajo, en relación con el actual concepto de adecuaciones necesarias que se contiene en su artículo 403 d).

El recurso fue rechazado formalmente ya que no existe un pronunciamiento en la sentencia impugnada de la Corte de Apelaciones que sea susceptible de ser contrastada con las que aportó la parte solicitante.

Sin perjuicio de lo anterior, toma relevancia el análisis que efectuó el tribunal a quo y que confirmó la Corte de Apelaciones, en relación a las facultades que tiene el empleador de acuerdo al concepto de adecuaciones necesarias y la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga. Por su parte Traverso S.A. habría estimado que correspondía dentro de sus facultades adecuar las funciones de empleados que habrían sido contratados con anterioridad a la negociación colectiva y que las

funciones que se encontraban realizando no se incluían en aquellas que se estableció debían prestar servicios mínimos, elementos que pasaremos a analizar.

Derecho: *“Que el artículo 403 del Código del Trabajo señala: “Prácticas desleales del empleador. Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras, se considerarán las siguientes: d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro. El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo....”* (considerando quinto sentencia Corte de Apelaciones).

La Corte en base a lo anterior señala que el tribunal de primera instancia no efectuó una errada interpretación de lo que se entiende por adecuaciones necesarias, *“ya que ellas proceden sólo cuando se efectúan para garantizar el derecho al trabajo de quien no está en huelga y serán consideradas una práctica desleal cuando su sentido sea minimizar el efecto de ésta. Que, en consecuencia, este tribunal de alzada ha llegado a la convicción de que no existe la infracción legal alegada, debiendo negarse lugar al recurso interpuesto, puesto que estos sentenciadores comparten el parecer de la Sra. Juez quo, al sostener que la sustitución de los trabajadores en huelga por otros dependientes de la misma empresa, constituye una práctica desleal”* (considerando décimo sentencia Corte de Apelaciones)

Lo anterior se zanjó en base a que el tribunal a quo estableció que los 7 reemplazantes del personal de huelga habrían sido reemplazados mediante personal que algunos fueron contratado con anterioridad y otros dentro del período de negociación colectiva, infringiendo la normativa, ya que la sustitución interna afecta de igual manera si busca disminuir los efectos nocivos de la huelga, que por lo demás la calidad de practicante de uno de ellos (que luego fue desmentido) no afecta para tal calificación. En el entendido que las adecuaciones necesarias permiten modificar las funciones de los no

huelguistas, mas no sobre aquellas funciones que no sean de su natural prestación según el contrato, que por lo demás debía ser interpretado restrictivamente y en forma contraria al redactor (empleador), al ser redactadas las funciones de los empleados en términos generales como “*ayudante de producción*” según el artículo 1566 inciso segundo del Código Civil (considerando décimo sexto sentencia de primera instancia).

Comentarios: Los considerandos esgrimidos por la Corte de Apelaciones y el tribunal a quo resultan interesantes en base a que aclaran que la prohibición de reemplazo de los trabajadores incluye el personal interno de la empresa, y que por tanto, no permite adecuar sus funciones para disminuir los efectos nocivos que trae consigo la huelga para el empleador.

Que como efectivamente hace presente la sentencia del tribunal de primera instancia, la afectación directa en la producción es una consecuencia legítima de la huelga, que no puede ser afectada mediante la facultades de adecuaciones necesarias que otorga la Ley al empleador. En tanto ésta se encuentra considerada para adecuar las funciones del personal no huelguista en sus funciones propias, no así para intervenir sobre aquellos servicios que no permiten una mayor prestación que la calificada o cuando se limite en forma absoluta tal prestación, lo cual el empleador deberá asumir como los efectos consustanciales del ejercicio del derecho de huelga.

Por lo demás la calidad del reemplazante en tanto sea parte del personal directo, de planta u honorarios, o practicante, no debiese afectar la argumentación en torno a que no pueden efectuar actividades o prestaciones propias de aquellas que fueron prohibidas de ejercerse mediante la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Esta actitud no tiene sino más bien el propósito neutralizar la presión producida por la huelga, vulnerando los principios de lealtad y buena fe, principios que se encuentran en todo momento en las relaciones laborales del empleador con sus trabajadores.

Por lo demás, el tribunal a quo hace referencia a una alegación de la requirente en torno a que la sustitución interna no sería equivalente al reemplazo, este último término utilizado por nuestro legislador, lo cual dista de ser un buen argumento en el entendido

que la norma debe ser entendido en su sentido natural conforme el cual se busca que la limitación de la huelga se efectúe de la forma más restrictiva posible, lo que debe considerarse al momento de interpretar los conceptos que establece la normativa. No es efectivo que el término reemplazo no considera la sustitución, en tanto esta puede afectar el ejercicio del derecho de huelga en los mismo términos y corresponden a situaciones equivalentes en la práctica.

6.- Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos del Metro S.A con Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente

Materia: Experiencia técnica de la Dirección del Trabajo para la calificación de servicios mínimos en servicio de metro.

Rol N°47032-2018 Corte de Apelaciones de Santiago

Partes: “Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos del Metro S.A con Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente”.

Fecha sentencia: 04 de septiembre de 2018.

Antecedentes: Con fecha agosto de 2015, el Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos del Metro S.A. y la Empresa de Transporte de Pasajeros de Metro S.A. suscribieron contrato colectivo con vigencia desde el 01 de septiembre de 2015 al 31 de agosto de 2018, por lo que debieron presentar su nuevo proyecto de contrato colectivo entre el 2 y 17 de julio de 2018.

Con fecha 04 de abril de 2018, la Empresa de Transporte de Pasajeros de Metro S.A. ingresó a la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente requerimiento de calificación de servicios mínimos y equipamientos de emergencia.

Luego en el mes de mayo de 2018, la Federación de Sindicatos Metro S.A. hizo presente su inquietud por el incumplimiento del plazo en la en la emisión de la resolución del requerimiento de servicios mínimos y equipos de emergencia, luego y después de no haberse emitido resolución respecto del requerimiento de servicios mínimos y equipos de emergencia interpone recurso de protección.

Derecho: La Corte estimó que en base a los hechos resulta evidente que conforme a la regulación vigente, la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente ha omitido emitir la resolución sobre el requerimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, procedimiento el cual está sometido al principio de celeridad que contempla el artículo 4 ° de la Ley N ° 19.880 que establece las Bases de los Procedimiento Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (considerando octavo).

Además señala que el argumento esgrimido por la Dirección del trabajo en razón de la dificultad de calificar los servicios mínimos dado la complejidad del servicio prestado por metro S.A., resulta débil considerando que otros requirentes en la misma hipótesis -empresas que prestan prestaciones de la misma naturaleza- han obtenido -y pueden hacerlo (empresas operadoras del Transantiago, SuBus, Vule, Alsacia, Express) lo que constituye- un trato diferente y arbitrario. Si el legislador no efectuó dichas diferencias, no es facultativo para el recurrido acogerse en una excepción no contemplada en la legislación laboral. Por tanto acoge el recurso de protección por vulneración al artículo 19 N°2 referente a la igualdad ante la ley.

Además la corte rechazó lo concerniente a que la omisión ilegal y arbitraria vulneraría el derecho a la libertad sindical, en razón a que no es efectivo que la organización sindical se encuentre privada de negociar colectivamente o de presentar su proyecto de contrato colectivo, en atención a que el contrato vigente al 31 de agosto de 2018, prorroga su vigencia hasta el 60° día contado desde el día siguiente de producida la ejecutoria de la resolución de calificación de servicios mínimos y equipo de emergencia que se dicte, según lo establecido en Dictamen N°1563/38 de 7 de abril de 2017 y Dictamen N°1012/16 de 20 de febrero de 2018.

Comentarios: La sentencia se vuelve relevante dado que es la propia Dirección del Trabajo que esgrime como argumento para su defensa la incapacidad técnica y funcionaria para atender los requerimientos de calificación en algunos servicios dentro del plazo exigido por Ley, como en el caso del sistema de transporte de metro en la ciudad de Santiago.

Si bien como la Corta recoge, la Dirección del Trabajo pudo efectuar dicha calificación para servicios equivalentes o de similar naturaleza como el transporte urbano de buses, y ello constituye una afectación a la igualdad ante la ley, ello no obsta a que Metro S.A. sea un sistema más complejo de organización que requiere mayor análisis para su calificación, sobre todo si existen períodos en que más de una empresa de gran envergadura requiera los servicios de la Dirección del Trabajo para calificar sus servicios.

A mi juicio se debiese eliminar esta facultad a la Dirección del Trabajo, es perfectamente posible que algunos servicios públicos requieran la revisión de sus facultades, ya que como se ha señalado en este trabajo, el órgano encargado de efectuar la calificación de los servicios mínimos debiese ser un órgano diferente, como un órgano descentralizado imparcial, experto y facultado para calificar adecuadamente los servicios mínimos y equipos de emergencia, porque como deja patente el presente caso existen situaciones en que la capacidad y competencias de la Dirección o Inspección no dan abasto para ayudar en la calificación de los servicios mínimos, institución que requiere mayor número de personal especializado e inversión, mientras ello no se realice difícilmente podrán actuar acorde al principio de celeridad.

Ahora, referente a la afectación a la libertad sindical, la Corte deja en claro que si existe un instrumento de negociación colectiva previo, no se encuentre privada de negociar colectivamente o de presentar su proyecto de contrato colectivo, en atención que el anterior contrato prorroga su vigencia hasta que se encuentre ejecutoriada la resolución que lo califica hasta por 60 días. Lo que si bien resuelve lo atingente al inicio de la negociación colectiva, realmente no solucionaría el fondo si no existe previamente una calificación de servicios mínimos, ya que es obligatorio según el artículo 360 del CT calificar los servicios mínimos antes de iniciar la negociación. Por tanto, a mi juicio, esta omisión de la Dirección del Trabajo sí afectaría la libertad sindical porque limita uno de sus elementos, como es el ejercicio de los servicios mínimos que no fueron calificados oportunamente y que afecta el ejercicio pleno de la libertad sindical, con la solución entregada por la Corte podrían iniciar una negociación

colectiva y quedar suscritos a una calificación de servicios mínimos anterior o si no existe no quedarían regulados.

7.- Telefónica del Sur con Dirección Nacional Del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en sector telefonía.

Rol N°3065-2018 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “Telefónica del Sur con Dirección Nacional Del Trabajo”.

Fecha sentencia: 02 de abril de 2019.

Antecedentes: La Dirección del Trabajo interpuso recurso de nulidad contra la sentencia dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago que acogió la reclamación interpuesta por la empresa Telefónica del Sur S.A., dejando sin efecto lo dispuesto en la Resolución N°2795 de 22 de diciembre de 2017.

Dicho dictamen rechazó la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia en base a que la compañía no habría aportado en el procedimiento los antecedentes que justificasen la imposición de servicios mínimos y de equipos de emergencia. Luego el tribunal de primera instancia, y mediante nuevos antecedentes, habría acogido reclamación estableciendo la necesidad de prestar servicios de dotación mínima en el área de: gerencia de operaciones en relación a función de servicios e infraestructura y gerencia de atención a clientes residencial y negocios, solo en función de soporte técnico a clientes e instalaciones.

Derecho: La Dirección del Trabajo interpuso recurso de nulidad en razón que se habría infringido el artículo 477 inciso 1º primera parte del Código del Trabajo: Cuando en la tramitación del procedimiento se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, en particular, la consignada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

Señala que en la especie, el principio de la bilateralidad de la audiencia, y en consecuencia, el debido proceso, se han visto vulnerados, puesto que al calificarse judicialmente los servicios mínimos de la empresa, se ha afectado el ejercicio de

derechos de terceros ajenos al juicio que no han sido emplazados, como son los trabajadores y las organizaciones sindicales adscritas a la empresa reclamante. Ante lo cual el Corte de Apelaciones rechaza, al no poder invocar la Dirección del Trabajo dicha causal si lo efectúa en referencia a terceros que son ajenos al juicio (considerando décimo tercero).

Por lo demás la Dirección del Trabajo, señaló que la fijación de los servicios mínimos fue fijado en base a nuevos antecedentes aportados por la empresa, no existiendo reparos respecto de la actuación de la empresa durante la secuela del proceso administrativo, la que se negó a proporcionar la información necesaria para poder efectuar la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Ante lo cual el tribunal de primera instancia estimó que podría haber obtenido mediante la actuación de fiscalización que tiene dicho Servicio.

Además la Dirección del Trabajo interpuso en subsidio nulidad en base a lo establecido en la segunda parte del inciso 1° del artículo 477 del Código del Trabajo, al haber desatendido el tenor literal del artículo 360 del Código del Trabajo, al ser incompetente el Tribunal de prima instancia para decidir sobre la materia y fijar los servicios mínimos y equipos de emergencia, como que el procedimiento monitorio no sería el adecuado para resolver este asunto. Ante lo cual la Corte de Apelaciones señala que dicha competencia fue fijada por el legislador y que es el asunto que debió conocer y resolver, sin que pueda sostenerse, que dicha intervención sólo podía tener por finalidad ejercer una suerte de control de legalidad.

Comentarios: Esta causa resulta del todo interesante, dado que anteriormente el tribunal de primera instancia se había declarado incompetente para pronunciarse sobre la reclamación acogiendo la excepción de incompetencia absoluta, después la Corte de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia, lo que luego fue casado de oficio por la Corte Suprema ordenando que se efectuará nuevamente el procedimiento al ser competente para pronunciarse sobre la calificación de servicios mínimos.

Lo anterior, determinó que en un nuevo juicio el tribunal de prima instancia acogiese la reclamación, donde los argumentos expuestos no dejan de ser relevantes, ya que determina la importancia de prestar servicios mínimos sobre las áreas de gerencia de operaciones y gerencia de atención al cliente, dado que la empresa Telefónica del Sur prestaría un servicio público que debe asegurar la continuidad de su prestación siendo en algunas zonas el único agente encargado de la prestación continua y efectiva, siendo por lo demás una empresa que presta servicios de soporte material a otras compañías del rubro. (considerando décimo quinto fallo primera instancia).

Por lo demás, establece en el juicio de ponderación que *“el derecho de huelga por una parte y la continuidad del servicio de telefonía que asegura en continuidad es indispensable para casos de catástrofe natural (de aquellas que no exigen ni recordatorio, ni estadística, ni evocación para resaltar su probabilidad de acaecimiento ni su poder destructivo e impacto para la población) un conjunto de servicios que sirven a la protección de la seguridad, salud y vida de la población, la sumisión en este caso del primero, es evidente”* (considerando décimo tercero fallo de primera instancia).

Por lo anterior estableció servicios mínimos que no podrán superar en cada área el 70% del requerimiento de trabajadores efectuado por la empresa.

Resulta interesante que en el fallo el sentenciador destacó la calidad de servicio público como un elemento trascendental, estableciendo la importancia del servicio en base a catástrofes naturales, y señale que los equipos de emergencia no pueden ser fijados en una cuota mayor al 70% por cada área. Por lo demás si bien no desconoce la obligación de las partes de aportar los antecedentes al proceso para la calificación, según lo estipulado en el artículo 360 y siguientes del CT, irroga la obligación de contar con los antecedentes para calificar correctamente el servicio en la facultad de fiscalización que posee la Dirección del Trabajo.

En base a lo expresado, resulta altamente cuestionable el fallo de primera instancia, dado que el servicio de telefonía si bien puede ser un servicio que requiera la prestación de servicios mínimos, es discutible el alto grado de porcentaje de los equipos de emergencia en las áreas que deberán efectuarse, siendo impracticable el

derecho de huelga si el empleador fijase el máximo que estableció el fallo de primera instancia (70%). Que si bien deberán prestarse en áreas relacionadas a la atención de soporte del servicio que deben gozar de continuidad, bajo mi criterio no resulta razonable fijar un límite tan alto, ya que en las zonas que opera exclusivamente como operador de dicho servicio son muy limitadas y mayoritariamente extremas³⁷³ sobre todo si se considera que el juicio de proporcionalidad se base en situación de catástrofes que no resultan en eventos de normalidad, y que el mantenimiento que requiere este tipo de servicios en su mayoría responde a procesos automatizados.

Sin perjuicio de lo señalado, concuerdo con los argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones para rechazar el recurso de nulidad, dado que no se puede afectar la bilateralidad de la audiencia sobre un tercero (cuestionable que sea un tercero ajeno) como son los sindicatos y demás trabajadores involucrados. Lo que alerta sobre la necesidad de involucrarse a lo menos como terceros coadyuvantes a los sindicatos, para tener injerencia en la tramitación del proceso, ya que son legítimamente ellos los que deben efectuar las negociaciones con el empleador para establecer el acuerdo sobre servicios mínimos, y si fue solo una parte la que incorporó al prueba para efectuar la calificación de servicios mínimos, pareciera que hubiese sido razonable emplazar a los trabajadores para requerir su opinión.

Ahora en referencia a la interposición subsidiaria del recurso de nulidad por incompetencia del tribunal en la materia y por la dificultad sobre la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, parece que este argumento ya ha sido superado en la práctica, y que el tribunal a quo es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto y no así meramente efectuar un juicio de legalidad sobre el dictamen efectuado por la Dirección del Trabajo, lo que parece razonable dado que las sentencias dictadas por la judicatura gozan de principios y reglas dentro del

³⁷³ b) Por la naturaleza y características del servicios que ejecuta, el soporte material que permite el suministro regular de los mismos es las fibra óptica y soportes complementarios y, respecto de localidades insulares (Isla Melinka, Archipiélago Guaitecas) y continentales en condición de extremo aislamiento (cuenca general Carrera), mediante el sistema de micro hondas (testigo Ortega Parraguez, a cargo del control operativo del sistema de redes de Telefónica del Sur). c) La empresa es exclusiva proveedora de los servicios de telefonía de Puerto Montt hasta la XI región (fiscalización efectuada por Dirección del Trabajo Los Lagos) Sentencia de fecha 25 de octubre de 2018 2° Juzgado de Letras de Santiago Considerando décimo quinto

procedimiento que permiten argumentar de forma más razonable y jurídicamente más fiable la decisión del asunto en relación a la decisión administrativa, sin perjuicio que en el presente caso, la solidez argumentativa del tribunal de primera instancia es cuestionable.

8.- Home Medical S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en sector salud.

Rol N°2.457-2019 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “Home Medical S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo”.

Fecha sentencia: 07 de febrero de 2020.

Antecedentes: Home Medical interpuso recurso de nulidad en base a dos causales, una en subsidio de la otra, contra la sentencia dictada el 14 de agosto de 2019, por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que rechazó la reclamación judicial interpuesta por Home Medical contra la resolución dictada contra la Dirección del Trabajo que acogió parcialmente la calificación de servicios mínimos respecto a pacientes domiciliario UTI o en grave riesgo.

En primera instancia se acreditó que Home Medical se trata de un prestador de salud privado que realiza un servicio de hospitalización domiciliaria a pacientes de diversos niveles de complejidad, que según declaró atiende en sus domicilios a 68 pacientes UTI encontrándose el 91% de los paciente de Home Medical en estado crítico.

Por lo anterior solicitó que se aumentara el personal destinado como equipo de emergencia a 4 auxiliares para la atención de personal UTI y de extrema gravedad, a diferencia de lo establecido por el dictamen de la Dirección del Trabajo que había establecido solamente 1 trabajador para disponer de dicho servicio.

Por su parte la Dirección del Trabajo expuso que la empresa no presta los servicios a los pacientes sino a la Isapre, por lo que los pacientes que le reclamen a la Isapre, podrán pedir cambio del prestador, por lo demás, esta es una prestación alternativa a

la hospitalización normal. Adicionando por último que existen empresas relacionadas que prestan los mismo servicios.

Derecho: La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad en ambas causales interpuestas una en subsidio de la otra en razón que:

- En cuanto que en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales en relación al artículo 19 N°1 y 2 de la Constitución Política de la República:

Home Medical reprochó a la sentencia la afectación del derecho a la vida de sus pacientes y en hacerla incurrir en una discriminación de los mismos debiendo privilegiar unos por sobre otros, pero la Corte rechaza el recurso al considerar que dichos derechos son de titulares terceros ajenos al juicio, como son los pacientes de Home Medical y siendo que el recurso de nulidad interpuesto solo permite hacerlo por vulneración de derechos de la parte que recurre y no por otros interesados, no se acoge (considerando segundo).

Por lo demás, recoge el argumento de primera instancia donde se razonó extensamente en cuanto al alcance del vocablo “población” y cómo el servicio que presta Home Medical se encuentra restringido a aquella parte de la población que posea un seguro de salud o un sistema de salud contratado con Isapre, siendo mediante el examen de idoneidad y necesidad entre los derechos que podrían entrar en colisión que se establece que no se acreditó la procedencia de las medidas solicitadas (considerando tercero).

- Sobre la causal subsidiaria, en tanto la sentencia se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en relación a los artículos 1° y 2° de la Ley N°20.584:

Nuevamente la Corte recoge que la afectación correspondería a derechos de terceros, sumado a ello que lo pretendido por Home Medical mediante su reclamo y posterior recurso, es *“mantener un cumplimiento normal de sus funciones lo que implicaría, en*

la práctica, que el derecho de huelga de sus trabajadores se volvería ilusorio afectándolo, finalmente, en su esencia que es lo que el artículo 359 aludido pretende evitar. Con la tesis de la reclamante, se produciría una forma de derogación práctica del derecho a la huelga.” (considerando octavo)

Señalando por último que cualquier restricción al derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente (considerando noveno).

Comentarios: Es innegable que el derecho a la salud física y psíquica de las personas es un derecho fundamental, que prima en la mayoría de los casos sobre el derecho de huelga. Lo anterior, no obsta que en ciertas situaciones y en ciertos servicios relacionados al ámbito de la salud puedan ejercer el derecho de huelga de forma más limitada.

Si bien en el presente caso la atención que presta el empleador no es necesariamente crítica, si lo es para aquellos pacientes denominados UTI, donde pareciera que a primera vista se justifica la prestación de servicios mínimos. Es relevante por lo demás que el recurrente realmente lo que buscaba con la interposición de los recursos es aumentar el personal del servicio mínimo, es decir del equipo de emergencia, y no así los servicios mínimos, conceptos que éste confunde, ya que la calificación de servicios mínimos y su revisión tiene relación con las funciones que deberá prestar el servicio, no así del aumento del personal que tiene estricta relación con la conformación del equipo de emergencia.

Para efectuar correctamente el juicio de necesidad y proporcionalidad en este caso resulta relevante atender que el servicio de Home Medical no se encuentra determinado por una relación directa con el paciente, sino que mediante la Isapre respectiva, pudiendo el paciente acceder a otros prestadores para el servicio, mediante el acceso a un servicio equivalente. Si bien en caso de una huelga las opciones de prestadores del servicio que otorga la Isapre disminuiría, ello no obsta que pueda ser efectuado por otro agente dicho servicio, lo que a mi juicio daría pie para estimar que no requieren la calificación de servicios mínimos por no ser procedente una limitación al derecho de huelga bajo la interpretación restrictiva que debe existir en estos casos.

Esto último cuestión que el tribunal de primera instancia no abordó exclusivamente dado que no fue sujeto a alegación por la Dirección del Trabajo, encontrándose fuera de sus competencia.

Por lo demás resulta interesante como el argumento de la afectación de derechos de terceros que no son parte del juicio se reitera por parte de la Corte de Apelaciones para no efectuar mayores consideraciones sobre el fondo del asunto, siendo que precisamente la calificación de servicios mínimos es un cuestión que se efectúa sobre derechos de terceros ajenos como son los consumidores o destinatarios finales, por tanto en la mayoría de los casos tanto el empleador como la Dirección del Trabajo al interponer recursos de nulidad argumentarán en base a la calificación de servicios mínimos que afectan derechos de terceros. Si bien en el presente caso la Corte se reforzó con otros argumentos (como el análisis del vocablo “población” y de la existencia de servicios alternativos), las partes debiesen verificar previamente la legitimidad de sus alegaciones frente a los derechos invocados para que la interposición del recurso de nulidad por afectación de los derechos que se encuentran en conflicto con el derecho de huelga no sea ilusorio en la práctica o enmendar dicho déficit procesal mediante la interposición conjunta con aquellos afectados (consumidores) de la correspondiente reclamación.

9.- HDI Seguros S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en sector seguros

Rol 568-2019 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “HDI Seguros S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo”.

Fecha sentencia: 05 de diciembre de 2019.

Antecedentes: La Dirección del Trabajo interpuso recurso de nulidad sobre la sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago que acogió la reclamación interpuesta por HDI Seguros, que dejó sin efecto la resolución N°1575 emitida con fecha 13 de julio de 2018 por el Director Nacional del Trabajo y aprobó los servicios mínimos requeridos por la demandante por la cantidad total de 79

trabajadores distribuidos entre la casa matriz y las sucursales lo que corresponde a un porcentaje aproximado a 10,1 % de la total o del total de la dotación de los trabajadores de la empresa.

Previamente la Dirección del Trabajo había establecido que no era procedente la calificación de servicios mínimos en su dictamen, por ello interpuso recurso de nulidad contra la sentencia, basado en lo principal en que durante la tramitación del procedimiento se infringió sustancialmente el derecho fundamental a la huelga, consignado en el artículo 19 N°16 de la CPR y normativa internacional, y en subsidio, porque la sentencia definitiva se dictó con infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación al artículo 359 del CT:

Derecho: La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad interpuesto a partir de los siguientes argumentos:

- Sobre que durante la tramitación del procedimiento se infringió sustancialmente el derecho fundamental a la huelga, consignado en el artículo 19 N°16 de la CPR y normativa internacional.

La Corte señala que el artículo 19 N°16 de la CPR garantiza el derecho a sindicalizarse, la autonomía de estas organizaciones, el derecho a la negociación colectiva dentro de procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica, entre otros, como también regula quienes no tienen derecho a huelga, entre los que por cierto no se encuentra HDI Seguros, señalando además que la sentencia del tribunal a quo *“no desconoce el derecho a huelga y solo con el mérito de los antecedentes se ha pronunciado sobre una solicitud que el Código del Trabajo regula en los artículos 359 y siguientes del mismo Código, que poniendo como limitación que no se afecte el derecho a huelga en su esencia, permite la fijación de servicios mínimos durante una huelga, lo que corresponde el principio de determinar a la Dirección del Trabajo si no existiere acuerdo, lo que puede ser reclamado”* (considerando segundo). Determinando en consecuencia que debe verificarse la infracción al artículo 359 y no si se ha vulnerado el derecho de huelga.

- Sobre que la sentencia definitiva se dictó con infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación al artículo 359 del CT.

La Dirección del Trabajo fundamenta este recurso en virtud que no existió un fundamento jurídico que razonara la imposición de servicios mínimos. Ante ello la Corte estimó que en cuanto se sostiene que el tribunal no hace una argumentación que *“cabe indicar que el sentenciador en los acápites tercero y cuarto del considerando tercero de su sentencia, si efectúa un análisis razonado que lo lleva a tomar finalmente la decisión, análisis que hace a partir un informe de la Comisión para el Mercado Financiero acompañado como medio de prueba y del que el tribunal concluye que para dicha Comisión la empresa HDI Seguros S.A para cumplir con su actividad y con la obligación que tiene para con el público en general, se estima que se deben establecer servicios mínimos que aseguren la continuidad de cuatro procesos críticos (...)”* (considerando quinto).

La Corte estimó que si el tribunal a quo consideró aquello como adecuado, se encuadra dentro de los servicios mínimos que establece el artículo 359 del CT, y sumado a que la Dirección del Trabajo no acompañó prueba suficiente para desvirtuarlo y no alegó mediante una norma la falta de fundamentación de dicha decisión sino que fue lisa y llanamente se interpuso por la eventual existencia de una errónea interpretación de la norma del artículo 359 del CT, no es procedente el recurso de nulidad interpuesto (considerando quinto).

Comentarios: Si bien la calificación de los servicios mínimos en el presente caso fue fijado en una proporción baja correspondiente al 10% de la totalidad de trabajadores de la empresa (la empresa posee 760 trabajadores fijándose una dotación de 79 en total), resulta llamativo que una empresa que fue definida por la misma judicatura como un servicio que presta seguros generales al público, deba prestar servicios mínimos dado la interpretación estricta que debe tener cualquier limitación al derecho de huelga.

El artículo 359 del CT señala que para la calificación de servicios mínimos la interpretación de los servicios que afecten el derecho de huelga será estrictamente sobre aquellos servicios necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones

de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas. Resulta altamente llamativo que un servicio que presta servicios de seguros se vincule con alguna de estas hipótesis, sobre todo bajo el argumento de la Corte y el tribunal de primera instancia en razón que los servicios mínimos resulta necesario para la protección de los bienes corporales y para la prestación de servicios de utilidad pública, que como señala la Dirección del Trabajo en su recurso de nulidad el tribunal a quo no explica cómo la necesidad de la empresa de "cumplir con su actividad y con las obligaciones que tiene para el público en general", es decir básicamente mantener el desarrollo de las actividades propias de su giro, amerita la limitación del derecho fundamental a la huelga.

Primero porque la seguridad de los bienes corporales de la empresa, no es un derecho en el presente caso que sea de mayor ponderación que el derecho de huelga dada la naturaleza del servicio que presta la empresa de seguros, ya que los servicios mínimos de seguridad operan en función de evitar daños en los bienes corporales e instalaciones de la empresa, en la medida que la pérdida o detrimento de dichos bienes se produzca como resultado de la suspensión de operaciones que ocurre durante la huelga, no existiendo una relación inmediata sobre las funciones prestada por administrativos, analista de inversiones, abogados y cajeros al interior de la empresa.

Los servicios que presta HDI seguros son de aquellos que no toda la población accede y por ende no tiene las características de un servicio que preste un servicio de utilidad pública, ya que no por atender a público en general presta un servicio de utilidad pública, ya que son entidades privadas y que sólo de forma mediata pueden afectar alguno de los derechos relacionados con la vida, seguridad o salud, no por la existencia de un seguro se privaría directamente de estos derechos a sus clientes, no siendo razonable una interpretación extensiva de la norma del artículo 359.

Sumado a lo anterior, resulta criticable que en la calificación de los servicios mínimos establecidos por el tribunal de primera instancia sea el informe u oficio efectuado por la Comisión para el Mercado Financiero (ex SBIF) uno de los argumentos de mayor

solidez para determinar la calificación de servicios mínimos, ya que resulta esperable que el organismo fiscalizador sea igualmente afectado por la huelga que se produzca en una empresa de seguros que debe efectuar reportes mensuales o semestrales a dicho organismo, por tanto, que la CMF haya estimado que el derecho de huelga en este servicio no se realizado en forma total es bastante lógico y no necesariamente goza de sustento jurídico.

Si bien los informes técnicos deben ser vinculantes para el procedimiento, no puede ser aquél el que determine la necesidad de la prestación de servicios, sino sería en la práctica otro organismo administrativo el que califique los servicios mínimos, debido a que sobre estos servicios no debiese ser procedente tal calificación, en tanto no prestan un servicio que en virtud de su naturaleza justifique limitar el derecho de huelga.

10.- Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago con Dirección Nacional Del Trabajo

Materia: Calificación de servicios mínimos en establecimiento educacional.

Rol N°525-2018 Corte de Apelaciones de Santiago.

Partes: “Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago con Dirección Nacional Del Trabajo”.

Fecha sentencia: 08 de octubre de 2018.

Antecedentes: La Sociedad de Instrucción Primaria dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con fecha 6 de febrero de 2018, por la cual se rechazó su reclamo en contra de la Resolución N° 0535 de 11 de julio de 2017, que rechazó recurso jerárquico interpuesto en contra de la Resolución N°362 de 15 de mayo de 2017 de la Dirección Nacional del Trabajo.

Fundó su recurso de nulidad en una única causal del artículo 477, referente a una infracción de ley por una errónea interpretación de los artículos 359 y 360 en relación a los artículos 399 y 420 letras b) y d) todos del CT, en relación a que el requerimiento

de calificación de servicios mínimos sólo fue acogido de forma parcial, y por ende solicita la existencia de 1 profesor por cada curso de 45 alumnos, un mayor número de auxiliares para atender la puerta del establecimiento y otros más para mantener el estado de los pasillos, baños y aquellas condiciones de salubridad en general.

Que en base a lo expuesto la Corte de Apelaciones entra a analizar el dictamen de la Dirección del Trabajo en cuanto este declaró la prestación de servicios mínimos exclusivamente referente a un auxiliar para atender la puerta de entrada al establecimiento y ejercer labores de aseo, referente a aquellos alumnos que requieran servicio de alimentación este deberá ser proporcionado por el equipo directivo en coordinación con Junaeb, y en relación al servicio de funcionamiento determinó en concordancia con lo establecido por la OIT en estos casos, que luego de un período de 30 días de huelga, los alumnos requerirán una semana de nivelación durante media jornada, que será prestada por los profesores jefes de enseñanza básica y media. Ante lo cual determinó el rechazo del recurso al considerar que no existió una infracción de ley con el dictamen.

Derecho: La Corte de Apelaciones señala que el tribunal de primera instancia determinó acertadamente que la Dirección del Trabajo reconoció en primer lugar, el derecho a huelga como un derecho fundamental, existiendo empresas que de acuerdo al artículo 362 del CT, no pueden ejercer el referido derecho, lo que no es el caso de los empleados de la institución educacional reclamante.

Luego sostuvo que conforme a la Ley General de Educación en materia estrictamente educacional no existen servicios esenciales propiamente tales, entendiéndose por tales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo parte de la nación *“Que en cuanto a las exigencias que contempla el artículo 360 del Código del Trabajo, en el procedimiento de calificación de los servicios mínimos, la Dirección del Trabajo antes de emitir pronunciamiento escuchó a las partes, solicitó informes técnicos y la reclamante pudo ejercer su derecho de acompañar informes técnicos de organismos públicos o privados para que fueran tomados en consideración al momento de calificar los servicios, además se*

verificó la visita inspectiva que contempla el artículo 360” (considerando décimo tercero).

Concluye así luego de un examen formal y de fondo que la resolución impugnada como la sentencia recurrida, permite estimar que la infracción de ley que esgrime el recurrente no se configura respecto de las normas de los artículos 359 y 360 del CT, *“por el contrario han sido respetados en su integridad, por lo que lo resuelto a su respecto se encuentra ajustado a derecho”* (considerando décimo cuarto).

Ahora en referencia a la infracción de los artículos 399 y 420 del CT los desestima por no ser aplicable a la causa, al referirse a la competencia de los tribunales del trabajo y de la reclamación de las empresas sin derecho a huelga respectivamente, no siendo procedentes en el caso sub lite.

Comentarios: Lo relevante del fallo es que acertadamente los organismos (administrativos y de la judicatura) que participaron en la calificación, determinaron que la esencialidad del servicio de educación no es tal para producir una limitación importante en el ejercicio del derecho de huelga, dado que por su propia naturaleza, y como recoge la Ley General de Educación, no corresponde a un servicio esencial y menos a uno que deba prestar servicios mínimos en condiciones de normalidad, siendo razonable que la labor que desarrollen los profesores sean de manera exclusiva para nivelar el contenido, en tanto se ejerce el derecho de huelga frente a un servicio que no es esencial en el sentido estricto del término y que tampoco corresponde a un servicio relacionado directamente con los derechos establecidos en el artículo 359 del CT. Si se estableciera durante la huelga la existencia de un profesor por 40 alumnos promedio, sería afectar de grave manera el derecho de huelga, ya que en la práctica se permitiría funcionar con normalidad el principal servicio que presta el establecimiento educacional.

Es importante señalar que los establecimientos educacionales públicos tiene una importante labor referente a la alimentación que se otorga mediante becas JUNAEB a los estudiantes, siendo un elemento relevante para determinar la calificación de servicios mínimos cuando afecta a sectores sociales de menores recursos donde se

hace indispensable otorgar alimentación, y en tanto el organismo encargado JUNAEB, informó que durante una huelga es perfectamente posible coordinar la entrega de alimentos con el establecimiento, la huelga solo debe limitarse al personal estrictamente necesario para la disposición del alimento y así proteger el derecho a la vida vinculado con la integridad física de las personas.

También se argumenta por la parte recurrente que se emitió la decisión por parte de la Dirección del Trabajo, sin esperar la totalidad de informes solicitados a los organismos (Superintendencia de Educación y SEREMI), que si bien ello puede ser relevante en tanto no se haya considerado prueba de igual peso jurídico, en el caso sublite no ocurre, en tanto la JUNAEB proporcionó su informe a tiempo y se analizaron oficios antiguos de los otros organismos, pero no deja de ser un elemento a considerar que los plazos que establece la Ley para que se pronuncie la Dirección del Trabajo pueden resultar muy acotados en determinados casos que pueden resultar de alta complejidad o lo que demuestra que los organismos administrativos todavía no poseen los suficientes conocimientos técnicos o la capacidad de personal necesario para responder a la consultas en los tiempos establecidos por el legislador.

Otro elemento que puede ser utilizado para justificar la necesidad de efectuar servicios mínimos en este tipo de servicios sería no solo la alimentación sino a su vez el cuidado que prestan a los menores de edad mientras los padres trabajan, ante lo cual razonablemente consideró la Dirección del Trabajo en su dictamen que la prestación de los servicios mínimos asociados al cuidado de niños no se circunscribe al giro propio de los establecimientos educacionales independiente de cual sea la relación entre apoderados y el establecimiento, encontrándose la familia como principalmente obligada para velar por el cuidado de ellos.

Conclusiones

El presente trabajo buscó realizar un examen esencialmente doctrinal y jurisprudencial del concepto de servicios mínimos para otorgar con ello una respuesta a los futuros conflictos que se puedan suscitar respecto a este tema en Chile, particularmente al momento de negociar colectivamente y calificar los servicios mínimos y equipos de emergencia entre los agentes en conflicto. El cómo debe ser resuelto a partir de los derechos en conflicto, es el tema que se abordó. Se buscó por ello entregar un marco, el cual busca limitar una correcta aplicación de lo que esencialmente busca el legislador con la implementación de esta nueva figura jurídica, conocida como los servicios mínimos durante la huelga, respuesta que se busca acordar al sistema vigente en Chile, en base al respeto de las garantías y principios constitucionales, legales y administrativos que se vislumbran en esta área del derecho

Lo esencial es que se efectúe una correcta relación, ponderación y se establezcan los límites del concepto de servicios mínimos, bajo un análisis que entregue una respuesta a los diversos temas de aplicación en esta materia. Se debe buscar a partir de la experiencia comparada y el fundamento legal de los servicios mínimos su calificación en concordancia con los derechos y bienes en conflicto, estableciendo que los servicios mínimos son necesarios y actúan como una herramienta jurídica eficaz para responder a los diversos derechos en conflicto durante una negociación colectiva.

A partir de lo discutido y mencionado en este trabajo, se hace esencial resumir los elementos más pertinentes, para realizar una correcta aplicación sobre cómo deben aplicarse los servicios mínimos y reconocer adecuadamente sus límites, efectuando una serie de recomendaciones a señalar, bajo el aporte personal que puede efectuar este trabajo a la legislación imperante:

a) Cuestión previa al conflicto de huelga y/o proceso de calificación de servicios mínimos.

Es imprescindible entender que una correcta solución al conflicto de la huelga se encontrará con una adecuada relación entre los agentes que participan en ella, principalmente entender que la huelga es una herramienta de ultima ratio, por tanto, la solución puede acordarse preferentemente antes que se suscite la huelga. Ello dependerá en gran manera en que los trabajadores sean agentes activos en la

estructuración de la empresa, siendo el rol de la titularidad sindical fundamental, ya que si bien en la actualidad resulta ser una herramienta inadecuada dado la baja representatividad que tiene los organismos sindicales en la práctica empresarial en Chile y en el continente, debe propenderse para que sean organismos activos y correctamente empoderados administrativa y jurídicamente.

La titularidad sindical, debe confluir en la idea que los trabajadores deben organizarse de manera seria y real para defender sus intereses³⁷⁴, no solamente al momento de negociar, como es la figura de los grupos negociadores. Será fundamental que los trabajadores sean vistos como aliados dentro de la empresa, y que sus intereses no son contrapuestos a los del empleador, y que una mejor relación, más equitativa y justa, se encuentra en directa proporción con una mejor disposición de la empresa, en una forma más productiva y eficiente. Lo anterior se verá fuertemente respaldado en tanto la negociación colectiva se realice dentro de los principios del derecho laboral y de la buena fe, ejemplo de ello es que la legislación actual exige la entrega de información oportuna a los trabajadores por parte del empleador para establecer márgenes dentro de la negociación según el balance de la empresa.

b) La huelga como derecho fundamental de los trabajadores, debe tener una limitación restringida al ser un derecho esencial.

Es inherente entender que la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente, que tiene como fin producir un menoscabo al empleador y que ello afectará directamente a los consumidores o usuarios del servicio, siendo una lesión legítima al patrimonio del empleador y del servicio que presta la empresa a la comunidad, en post del derecho de los trabajadores a optar a mejores condiciones laborales.

³⁷⁴ En este sentido Andrés Aylwin Chiorrini señala un elemento clarificador dentro del proceso de negociación colectiva en que se enmarca la huelga: *“La libertad sindical, y por tanto el instituto de la negociación colectiva, constituye un complemento de la tutela que otorga el derecho individual del trabajo, pero a diferencia de éste que entrega tutela material por medio de derechos mínimos, el derecho colectivo actúa mediante la consagración de instrumentos para la representación y defensa del interés colectivo, y cuya eficacia no deriva tanto de la ley como del número y disciplina de sus miembros.”* El Sistema Normativo de Negociación Colectiva: Características y Reforma Laboral. XXII Jornadas Nacional de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Análisis crítico de la Reforma al Sistema de Relaciones Sindicales en Chile, 2015. p.32.

Lo anterior dependerá sobre todo, de la ponderación de derechos frente a la esencialidad del servicio, en relación a los factores que ha entregado la doctrina y el derecho comparado; debiendo analizarse los criterios de temporalidad de una huelga, el espacio territorial o espacial que involucra, los servicios alternativos que pueden prestarse, la naturaleza del derecho fundamental que se busca proteger (derechos restringidos a la vida, salud o seguridad de la población), el número de trabajadores que se requerirán, como así el tamaño y las características particulares de la empresa. Estos factores nos permitirán en la mayoría de los casos responder a los diferentes involucrados por qué se prohíbe, limita o permite el ejercicio legítimo del derecho de huelga.

Es importante que toda limitación al derecho de huelga mediante aquellos servicios esenciales o los que deban prestar servicios mínimos se efectúe en los límites restrictivos del concepto, no desnaturalizando la función de la huelga según las especiales condiciones del servicio. Si bien nuestra legislación establece un abanico más amplio de derechos que los contemplados por el ámbito internacional que podrán ser declarados esenciales o que merecen calificación de servicios mínimos, aquello debe ser interpretado restrictivamente dado que limita un derecho de carácter constitucional que debe ser limitado en la medida que se enfrente a un derecho de igual o similar naturaleza.

En este sentido una de las mayores limitaciones que debe gozar la ponderación de los derechos y la definición de los servicios mínimos, es la motivación que se le exige a la decisión, cualquiera sea el momento y las partes que lo acuerden (esencialmente cuando es un órgano imparcial o de la administración), debiendo establecer claramente las consideraciones de hecho y de derecho que respaldan la decisión, al tenor de los criterios ya señalados, básicamente aclarando por qué se superponen ciertos derechos por sobre otros en el caso concreto, mediante una decisión jurídica pero a su vez técnica.

c) Una correcta ponderación de derechos dependerá en gran parte de que los agentes involucrados sean debidamente establecidos y empoderados en un procedimiento racional y justo.

Si se quiere determinar de manera acorde a derecho cómo deben regularse los servicios mínimos ante servicios esenciales deberán participar e involucrarse primero; el empleador y los trabajadores como agentes en busca de la solución del problema, viendo que ambos deben ceder en las pretensiones en fin a alcanzar una solución común y correcta, porque la discusión real es en torno a los derechos en conflicto y cómo la pretensión que realizan los trabajadores al empleador se ajusta la Constitución, las leyes y también a la realidad de la empresa.

Fundamental en este camino, es la función del órgano mediador o tercero, el cual debe reunir las características de imparcialidad económica y política, viendo el problema desde un punto de vista eminentemente legal. Dejar en manos de la Dirección del Trabajo la mediación del conflicto, trae como consecuencia la inseguridad en la imparcialidad de su decisión, debido a que es un organismo directamente involucrado con la administración de gobierno, por tanto, cualquier resolución o fallo que realice podría considerarse una falta al debido proceso. ¿Puede establecerse que es un procedimiento que da garantías de imparcialidad si existe un órgano dependiente de la administración de gobierno? Difícil es concluir que un órgano dependiente goza de la imparcialidad necesaria para velar correctamente por el derecho que la Constitución otorga a los trabajadores en vistas a proteger y defender sus intereses, que por lo demás bajo el análisis jurisprudencial efectuado ha demostrado que si bien es un órgano técnico, no goza de las facultades y del personal requerido para efectuar una correcta calificación de los servicios mínimos en algunos servicios con características especiales como en metro de Santiago.

La incorporación de un panel de expertos que propone la última reforma laboral a la Dirección del Trabajo, pareciera que se encuentra bien encaminada al menos en otorgar una mayor tecnicidad al organismo sobre diferentes áreas de la negociación colectiva laboral al establecer una nómina de expertos para calificar de mejor manera los servicios mínimos y los demás problemas suscitados durante la huelga.

Interesante a modo de propuesta sería considerar la institución de las comisiones tripartitas (Ley N°17.074 de 31 de diciembre de 1968) que mediante un sistema híbrido, permite la negociación colectiva por área, fijando un piso mínimo entre las federaciones o sindicatos de trabajadores, representantes de trabajadores y el gobierno a fin de establecer remuneraciones y condiciones comunes de trabajo por rama de actividad, que luego pueden ser discutidas particularmente por cada sindicato o grupo de trabajadores en una empresa, lo que permitiría fijar criterios de servicios mínimos comunes por área de trabajo, mediante instituciones mejor informadas en cada materia, lo que si bien, puede ser un juicio apriorístico, no dejan de ser elementos que permitan dotar a la decisión de calificación de mayor seguridad y uniformidad en servicios similares.

Por otro lado, un agente a futuro que podría involucrarse y que se comienza a considerar en el derecho comparado son las asociaciones de consumidores, los cuales mientras gocen de una real representatividad en el servicio que se busca regular y determinar cómo esencial, pueden entregar una diferente óptica y solución al problema, siendo ellos los principales afectados ante un servicio esencial que no busca proteger el interés del empleador en la relación típica contractual, sino más bien el interés de la colectividad como comunidad por un servicio esencial en el sentido estricto del término.

Un último agente que interviene dentro del proceso es la judicatura, esencialmente los tribunales de letras de la jurisdicción competente, los cuales se les otorga una importante prerrogativa; de conocer mediante el proceso de tutela laboral la vulneración a los derechos en conflicto; como también mediante el proceso de reclamación de las resoluciones emanadas por la Dirección del Trabajo a través del procedimiento monitorio; o en aquellos servicios que se puede ordenar la reanudación de faenas, similar a la figura de los servicios esenciales por extensión . Si bien el procedimiento ante los tribunales ordinarios gozaría de un debido proceso, los jueces de letras no gozarían de la especialidad necesaria para conocer de estos asuntos, debido a la extensión de las materias que resuelve, siendo a mi criterio preferible radicar al menos el tema de los servicios mínimos por extensión mediante un

organismo especializado e imparcial como la Comisión de Garantías que existe en el derecho comparado, sin perjuicio de que sea revisable posteriormente por la judicatura común laboral.

d) La negociación colectiva debe buscar la real protección al trabajador, estableciendo un procedimiento eficaz y ajustado a derecho

Los grandes problemas que surgen para determinar un procedimiento eficaz y ajustado a derecho, corresponde con un debido proceso, donde se establezcan suficientes garantías a las partes que la decisión a la que se arribe será conforme a derecho. Por tanto debe imperar este principio a lo largo de procedimiento; tanto en la fase previa al momento de calificarse, y después cuando sea efectiva la huelga, y por tanto deban efectuarse.

Como primera cuestión, la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, se realiza en un procedimiento anterior a la negociación colectiva, por tanto puede ser que eventualmente no exista fuero para los trabajadores que no se encuentren sindicalizados al momento de establecer la calificación de servicios mínimos, como un grupo negociador convocado especialmente al efecto, encontrándose evidentemente desprotegidos al momento de negociar con el empleador, sobre lo que realmente consideren como un servicio mínimo eficaz proporcionado a las necesidades del servicio.

Lo anterior demuestra una falencia que podría mostrar la actual regulación al eventualmente no poder representar los intereses de los trabajadores en igualdad de condiciones, al menos al momento de la calificación, decisión que volverá analizarse una vez se suscite el conflicto y que puede llevar a mayores conflictos a futuro o un incumplimiento por los trabajadores.

Una importante prerrogativa que existe en otras legislaciones y que podría considerarse como un apoyo a los trabajadores es la de limitar por ley un porcentaje máximo de servicios mínimos de manera estándar, como establece la legislación italiana o argentina, que si bien puede resultar alto para la mayoría de las huelgas y correspondería a un juicio apriorístico, al mismo tiempo establecería un límite que permitiría entregar nuevos lineamientos a las partes. Por ejemplo en dicho caso podría

ser acordado por las confederaciones de trabajadores y no directamente por el legislador con fin de no otorgarle un carácter vinculante de antemano.

Por otro lado, se ha cuestionado la naturaleza del procedimiento monitorio y su eficacia para pronunciarse sobre la reclamación interpuesta ante una resolución de la Dirección del Trabajo, al ser un procedimiento que establece que la sentencia no necesariamente deberá contener el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación, lo que ha entrampado y limitado el ejercicio del recurso de nulidad por dicha causal, en tanto el tribunal puede fallar sin establecer en el sentencia aquellos elementos que demuestren el razonamiento que conduce a la estimación de los hechos probados, y que resultan determinantes para entender su raciocinio, y en tanto los derechos en conflictos son de una entidad constitucional relevante no sería acorde al sistema de protección jurisdiccional que debe otorgárseles.

Con todo, en caso que se encuentre acordada por las partes la calificación de los servicios mínimos, y estos comiencen a prestarse una vez se vote por los trabajadores el comienzo de la huelga que rechaza la última propuesta del empleador, se debe velar por la efectividad de lo establecido por las partes o el órgano administrativo, donde el legislador ha establecido sanciones de distinta naturaleza en contra el empleador, sindicato o los trabajadores dependiendo quien las cometa para proteger lo acordado, siendo en su mayoría sanciones de carácter pecuniario, sin perjuicio que nuestra legislación considera otro tipo de sanciones como por ejemplo; una muy importante a los intereses de la empresa al prohibir la licitación por 2 años con el Estado o para los trabajadores, en perder su personalidad gremial o permitir el reemplazo de los trabajadores si los trabajadores no efectúan los servicios mínimos calificados de antemano.

La calificación de servicios mínimos independientemente de quién la efectúe durante el procedimiento tiene que hacerse en respeto con la normativa legal vigente, si bien pueden existir diferencias con la amplitud de los términos establecidos por el legislador para calificar la procedencia de servicios mínimos, debe estarse a ella conforme lo señala el artículo 23 de nuestro Código Civil, sin tomar relevancia lo favorable u odioso

de la disposición. Sin perjuicio de ello, toda interpretación que se efectúe sobre la necesidad de prestar servicios mínimos no debe efectuarse de forma extensiva en referencia a los términos empleados por el legislador, es importante la historia fidedigna de su establecimiento siendo el objetivo de la reforma destrabar las grandes limitaciones que se imponía al ejercicio de huelga durante la negociación colectiva, debiendo imperar el sentido prístino de la norma y la historia fidedigna de su establecimiento, de forma que los derechos en conflicto sean correctamente ponderados y no limitando servicios que responden a intereses más económicos que sociales, lo cual debe encontrarse debidamente fundado y razonado en el acuerdo, dictamen o sentencia que califique los servicios mínimos.

A fin de cuentas el proceso deberá buscar un equilibrio en la ponderación de los derechos en conflictos durante una huelga, cuya respuesta solo pueden atenderse según las especiales características del servicio. Lo que debe apelar entonces una correcta legislación laboral, es atender a principios que inspiren un proceso justamente motivado y respaldado en un racional y debido procedimiento debiendo primero atenderse a aquellos servicios que para la sociedad son indispensables según la naturaleza del mismo, para luego determinar cómo aquellos servicios que deban contar con servicios mínimos y equipos de emergencia, convivirán con el efectivo ejercicio del derecho de huelga, debiendo ser límites acordes a una interpretación restrictiva del derecho a través de un acuerdo o decisión fundamentada, que demuestre a su vez los diversos factores y criterios que se tuvieron en consideración para establecer las legítimas limitaciones al derecho de huelga en cada caso.

Bibliografía

Sitios webs

Biblioteca del Congreso Nacional. Reforma laboral prácticas antisindicales y desleales:

<<https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/reforma-laboral-practicas-antisindicales-y-practicas-desleales>>

Cámara de Diputados de Chile. “Cámara pide derogar restricciones para negociar colectivamente.” (Noticia) Fecha: 19 de agosto de 2019)

<https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=137809>

Central Unitaria de Trabajadores “Guía Práctica de la Ley 20.940”: 114 pp.

<<http://uocchile.cl/wp-content/uploads/Ley-20.940.pdf>>

CNN Chile. “Preocupan servicios mínimos en bancos” (Noticia). Fecha 06 de junio de 2017.

<<http://www.cnnchile.com/noticia/2017/06/06/preocupan-servicios-minimos-en-bancos>>

Confederación Sindical de Comisiones Obreras España “Telemadrid condenada a indemnizar con 100 mil euros por vulneración del derecho a la huelga”. (Noticia) Fecha: 02 de marzo de 2010:

<<https://www.ccoo.es/noticia:30195-->

[Telemadrid condenada a indemnizar con 100 mil euros por vulneración del derecho a la huelga](https://www.ccoo.es/noticia:30195--Telemadrid-condenada-a-indemnizar-con-100-mil-euros-por-vulneracion-del-derecho-a-la-huelga)>

Confederación Sindical de Comisiones Obreras España. “Así se regula el derecho de huelga en Europa.” (Artículo) CCOOntigo Info Servicios.

<<https://www.ccoo-servicios.info/noticias/imprimir/80270.html>.>

Confederación de Empresarios de Navarra. "Informe de CEOE "Derecho de huelga. Perspectiva comparada" Análisis comparado del derecho de huelga en los países europeos." Boletín N°352. Fecha 28 de marzo de 2012.

<<http://www.cen7dias.es/contenido.php?bol=57&id=1411&sec=1>>

Costituzione della Repubblica Italiana Testo completo tradotto in: Español (Spagnolo), http://www.educational.rai.it/materiali/pdf_articoli/22135.pdf

Corte Suprema Argentina limita el derecho de huelga. (Noticia) Fecha: 08 de junio 2016
<www.elpais.com/internacional/2016/06/08/argentina/1465410147_485790.html>

Diario Constitucional. "El Derecho Medio Ambiental en Chile: sus profusas fuentes normativas; la antigua v/s la nueva institucionalidad medio ambiental; y los avances v/s algunas cuestiones pendientes de resolver." (Artículo) Cárcamo Alejandro.

<<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-derecho-medio-ambiental-en-chile-sus-profusas-fuentes-normativas-la-antigua-vs-la-nueva-institucionalidad-medio-ambiental-y-los-avances-vs-algunas-cuestiones-pendientes-de-resolver/>>

Dirección del Trabajo ¿Cuáles son los procedimientos de negociación colectiva que contempla la legislación laboral? (artículo). Última modificación: 09 de abril 2018.

<<http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-62039.html>>

El Desconcierto. "La "bola de nieve" que se le viene a la Dirección del Trabajo con puesta en marcha de la Reforma Laboral." (Noticia) Fecha 03 de enero de 2017 (críticas de José Luis Ugarte).

<<http://www.eldesconcierto.cl/2017/01/03/servicios-minimos-la-bola-de-nieve-que-se-le-viene-a-la-direccion-del-trabajo-con-puesta-en-marcha-de-la-reforma-laboral/>>

El Mercurio. Tasa de sindicalización llega a 20,6%, pero instrumentos colectivos y huelgas se desaceleran respecto de 2010. (Artículo) Gattavara Fiorenza, Economía y Negocios. Fecha: 15 de Enero de 2018

<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=435130>>

El Mercurio. “A un mes de la reforma laboral hay 108 negociaciones colectivas en curso” (Noticia) Economía y Negocios Fecha: 29 de abril de 2017, B4. (Wendoling Silva y Lizama Luis)

<https://digital.elmercurio.com/2017/04/29/B/4834K8D3#zoom=page-width>>

El Mercurio. “Gobierno define a 102 empresas como "estratégicas": No tendrán derecho a huelga por 2 años.” (Noticia) Fecha: 01 de agosto 2017.

<http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/08/01/869235/Estas-son-las-102-empresas-estrategicas-en-las-que-no-pueden-haber-huelga.html>>

El País. “Servicios mínimos en Europa: pacto entre las partes o autorregulación.” (Artículo) Fecha: 11 de junio 2012. (Resumen de la regulación en Alemania, Francia, Reino Unido e Italia).

https://elpais.com/diario/2002/06/11/espana/1023746406_850215.html

Faro de Vigo. “Denuncian el incumplimiento de los servicios mínimos en la huelga de urgencias del CHUS.” (Noticia España) Fecha: 16.11.2018.

<https://www.farodevigo.es/portada-deza-tabeiros-montes/2018/11/16/denuncian-incumplimiento-servicios-minimos-huelga/1999505.html>

Fundación Sol. “El Sinsabor de la Reforma Laboral del 2001”. Contenido de la Reforma Laboral del año 2001, Ley N°19.759. (Artículo) Fecha: 12 de mayo 2011.

<http://www.fundacionsol.cl/2011/05/la-reforma-laboral-del-2001/>>

La Tercera. “DT niega servicios mínimos a Abcdin y marca precedente en el Retail.” (Noticia) León Carolina. Fecha: 05 de julio 2017.

<http://www.latercera.com/noticia/dt-niega-servicios-minimos-abcdin-marca-precedente-retail/>>

La Tercera Pulso. “Creación de grupos negociadores y falta de regulación.” (Noticia). Fecha 15 de septiembre de 2018.

<<https://www.latercera.com/pulso/noticia/creacion-grupos-negociadores-falta-regulacion/321015/>>

La Tercera. “Los “complejos” primeros meses de servicios mínimos.” (Noticia) Fecha: 21 de octubre de 2017 p. 48.

<<https://www.latercera.com/noticia/los-complejos-primeros-meses-servicios-minimos/>>

La Tercera. “OIT propone establecer proporcionalidad en servicios mínimos” (Artículo) Peña Nicolle. Fecha 20 de julio de 2015. (Morgado Emilio sobre principio de la proporcionalidad).

<http://www.latercera.com/noticia/oit-propone-establecer-proporcionalidad-en-servicios-minimos/>

La Tercera Pulso. “Director de la OIT plantea que fin de reemplazo en huelga debiera considerar turnos internos.” (Artículo) Fecha 06 de octubre 2014.

<<http://www.pulso.cl/economia-dinero/director-de-la-oit-de-a-latina-plantea-que-fin-de-reemplazo-en-huelga-debiera-considerar-turnos-internos/>>

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social España. Iniciativas Legislativas sobre las Huelga en Servicio Esenciales, Actualidad Internacional Socio laboral N°193, 3 pp.

<<http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista193/136.pdf>>

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social España. Negociación colectiva Alemania. La Conflictividad laboral: 8 pp.

<<http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista118/83.pdf>>

Pauta.cl. “El nuevo costo empresarial en los servicios mínimos ante huelgas” (Artículo)
Gómez Marcela. Fecha: 11 de agosto 2019.

Disponible en:

<<https://www.pauta.cl/economia/el-nuevo-costo-empresarial-en-los-servicios-minimos-ante-huelgas>>

Síntesis Sentencia Tribunal Constitucional rol 3016-16 (3026-16) CPT parte que acoge, 13 pp.

<<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/S%C3%ADntesis-STC-3016-16-3026-16-parte-que-acoge.pdf>>

Thomson Reuters. Manual sobre negociación colectiva. “La Negociación Colectiva en la Reforma Laboral; comentarios a la Ley N°20.940.” Fecha: 23 de septiembre de 2016
< <http://www.reforma-laboral.cl/?p=826>>

Libros y artículos

Alarcón Caracuel M. Huelga en servicios esenciales de la comunidad. Revista del Instituto de Estudios Económicos, N° 2-3, 2010, pp. 237-293.

Azócar Simonet Rodrigo y Cruz Gonzales Álvaro. Limitaciones al derecho de huelga en Chile. Revista Chile de derecho del trabajo y de la seguridad social 2015, pp.140-161.

Ballester Pastor María Amparo. El arbitraje Laboral, Editores: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, 453 pp.

Baylos Grau, Antonio (1991) Derecho del Trabajo: Modelo para Armar. Madrid: Trotta, 158 pp.

Baylos Grau, Antonio Derecho de huelga y servicios esenciales, Madrid, 2015,764 pp.

Bachelet Michelle, Gobierno de Chile, programa de gobierno 2014-2018, 198 pp.

Disponible en:

<http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb_1_0.pdf>

Bécares Guerra Jesús Antonio. "El derecho de huelga en los servicios esenciales. Una visión comparada del ordenamiento jurídico Español e Italiano" Editorial: Congreso de los Diputados 2016, .586 pp.

Bilicic Tomislav, Normas de principio, ponderación y juicio de proporcionalidad. Artículo, 21 de abril de 2011. 3 pp.

Disponible en:

<<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/normas-de-principio-ponderacion-y-juicio-de-proporcionalidad/>>

Bravo Héctor Félix. Una confrontación de relevancia: Derecho de huelga vs Derecho de aprender, capítulo III El derecho de Huelga, Academia Nacional de Educación, 1996, pp. 5-13.

Disponible en:

< <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000271.pdf> >

Caamaño Rojo Eduardo. Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI, 1er semestre de 2016, Valparaíso, Chile pp.381-406.

Cabeza Pereiro Jaime. La imposición de servicios mínimos. En Estudios sobre la huelga. Baylos Grau A. (coord.), Ed. Bomarzo, Albacete, España, 2005.pp. 171-202.

Campos Mariana y Genoveva Lucía. Huelga en la actualidad argentina: entre la garantía y la restricción de su ejercicio, 10° Congreso Nacional de Estudios del Trabajo. Asociación Argentina de Especialistas en Estudio del Trabajo, 2011, 22 pp.

Disponible en:

< https://www.aset.org.ar/congresos/10/ponencias/p6_%20Lira.pdf>

Castán Tobeñas J. “Derechos subjetivos”, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1955 pp. 102-111.

Castiñeira Fernandez J. EL derecho de huelga en los funcionarios público. Editorial Thomson, 2006, 160 pp.

Ceinos Suarez Ángeles. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga, Editorial Comares, España 2000, 240 pp.

Centro de Derechos Humanos UDP, Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015, 394 pp.

Cordero Luis Motivación del acto administrativo, legalidad presupuestaria y control judicial Artículo. 28 de agosto 2019 Mercurio Legal Análisis jurídico.

Disponible en:

<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/08/28/Motivacion-del-acto-administrativo-legalidad-presupuestaria-y-control-judicial.aspx>

Comité de Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. La Libertad Sindical, Quinta Edición, 2006, párrafo 214, 522, 596, 610.

Consejo Federal de la Función Pública, Amalia Villarroel (coord.). El empleo público y la negociación colectiva en el Estado Argentino. 2013, 168 pp.

Confederación General del Trabajo. Conflictos colectivos, huelga y cierre patronal. Guía jurídico sindical, 2011, pp. 347-381.

Disponible en: <http://in-formacioncgt.info/juridico-sind/guias/guia-juridico-sindical-2011/CGT_CAP8.pdf>

Cruz Villalón J. La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos, Relaciones Laborales, núm. 10, 1988.

Díaz- Guerra Álvarez L, Huelga y cierre patronal. Doctrina de los Tribunales: social, contencioso-administrativo y penal. 1º Edición 2007, 393 pp.

Enrico María Mastinu “Regulación Italiana en Materia de Prevención y Composición de las Controversias y Conflictos Colectivos Intersindicales en la Perspectiva Europea” Temas Laborales n° 70/2003, pp. 148-169.

Ermida Uriarte, Óscar. La Flexibilización de la Huelga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, 55 pp.

Gajardo Morales Rubén. Los servicios mínimos como límites al derecho de huelga, Editorial Libromar, 2018, 292 pp.

Gamonal Contreras Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Editorial Lexis Nexis Conosur, Santiago de Chile, 2002, 553 pp.

Gamonal Contreras Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. 2ª edición. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011 521 pp.

Gamonal Contreras Sergio. El derecho de huelga en la constitución chilena, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios Año 20 N°-1, 2013. pp. 105-127.

Gamonal Contreras Sergio. La reforma laboral: un paso adelante y dos atrás, en Revista Laboral Chilena, junio (2015-1), pp. 67-70

García Becedas G. Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución, número 124, 1979.

García Héctor Omar. La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho, Revista de Derecho laboral. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006-2, pp. 459 a 521.

García Héctor Omar. La huelga en los servicios esenciales, en Tratado de Derecho del Trabajo, Ackerman, Mario E. (Dir.) T VIII-II Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2013, 1120 pp.

García Héctor Omar. El Derecho de Huelga, 2012, 251 pp.

Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-04-5-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-2.pdf>

García Héctor Omar y Tribuzio José. La acción sumarísima de tutela de la buena fe en la negociación colectiva, prevista en el artículo 4º, inciso e, de la ley 23.546, RDL, Buenos Aires, 2007, 632 pp.

García Murcia, J.: “Huelga en servicios esenciales (Comentario a la STC27/1989, de 3 de febrero, BOE de 28 de febrero)”, REDT, núm.39, 1989.

García Perrota Escartín I, El proyecto de ley orgánica de huelga de 1993: La huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo. Editorial Universidad de Cantabria 1º edición, 106 pp.

Gernigon Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga, OIT, Ginebra, 2000.

Gianabelli Guillermo Conflictos colectivos de trabajo en “Reforma Laboral Ley 25.877”, Luis E. Ramírez, Director, Editorial Nova Tesis, 2004., 320 pp.

Gómez S, y Pons M. Las relaciones laborales en Italia. Universidad de Navarra, división de investigación, N°280. 1994, 40 pp.

Disponible en: <<http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0280.pdf>>

González de la Aleja, Ramón, La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico críticas. Granada, 1999.pp 189-192.

González Biedma Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa. Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas. 1992, 164 pp.

Gómez Caballero Pedro. EL derecho de huelga en la función pública, Civitas. Revista española de derecho del trabajo, N° 27, 1986, pp. 387-424.

Grupo de Expertos en Relaciones Laborales. Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en Argentina. Editorial Rubiznal-Culzoni, 2008, 360 pp.

Dirección del Trabajo. Revista de Coyuntura Laboral N° 5. Departamento de Estudios diciembre 2019, 15 pp.

<Disponible en:

https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-117923_archivo_01.pdf>

Dirección del Trabajo, Unidad de Servicios Mínimos. Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Abril 2018, 47 pp.

Disponible en:

<https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-110772_recurso_3.pdf>

Domínguez Soto Carmen Elena. Presentación Tercer Panel de las jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: La Huelga. XXII Jornadas Nacionales de la

Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y La Seguridad Social. Análisis Crítico de la Reforma al Sistema de Relaciones Sindicales en Chile, octubre 2015, pp. 100-107.

Durán Sanhueza Gonzalo y Kremerman Strajilevich Marco. Sindicatos y Negociación Colectiva Panorama Estadístico Nacional y Evidencia Comparada. Fundación Sol. 2015, 22 pp.

Fernández Prol F. La huelga en los servicios esenciales de la comunidad. 1ª Edición Editorial CES. 194 pp.

Ferrajoli Luigi De la centralidad constitucional de la huelga en el ordenamiento italiano al actual proyecto de ley anti-huelga. Número 47, 2009, pp. 231-239.

Fernández Fernández Roberto. Incumplimiento de servicios mínimos responsabilidad de promotores y partícipes en la huelga. Actualidad Laboral N°13, 2009.

Hidalgo Erazo Alejandra y Rodrigo Silva Claudia Margarita. Análisis Crítico de la Huelga en La Legislación Chilena, Profesor Guía Juri Sabag Victor. Tesis pregrado, 2010.

Disponible en: < <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107065>>

Iriarte Álvaro, director de investigación Instituto res pública. Jueves 19 de mayo 2016. Columna de opinión en pulso.cl.

Disponible en:

<<http://www.dii.uchile.cl/wp-content/uploads/2016/05/19-PULSO-Paraisos-fiscales-y-desigualdad-columna-Elton-Dusha.pdf>>

Lizama L. Análisis Crítico Del Proyecto De Ley Que Reforma El Sistema De Relaciones Laborales ¿Quién Abrió La Kerkaporta? XII Jornadas de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Análisis Crítico de la Reforma al Sistema

de Relaciones Sindicales en Chile. Facultad Derecho Universidad de Chile, 2015, 17-29 pp.

Disponible en:

<<http://web.derecho.uchile.cl/documentos/LIBRO-JORNADAS-DERECHO-DEL-TRABAJO.pdf>>

López Vega Julio Juan. El Arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 70, 2003 pp. 263-292.

López Fernández Diego. La ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile. Negociación Colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009. pp. 43-71.

Lourdes López Cumbre. Huelga sin ley. Análisis Gómez-Acebo y Pombo. 2015, 5 pp. Artículo.

Marzi Muñoz Daniela. ¿Por qué debiera importarnos el caso fiat en Italia la empresa laboratorio que sobrepasa el estado de derecho? Profesora de derecho doctora © Universidad Autónoma Madrid en Fundación Sol, 2011. 6 pp.

Disponible en:

<<http://www.fundacionsol.cl/2011/03/%C2%BFpor-que-debiera-importarnos-el-caso-fiat-en-italia-la-empresa-laboratorio-que-sobrepasa-el-estado-de-derecho-con-vocacion-de-universalidad/>>

Merino Segovia Amparo. Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad. En: Estudios sobre la huelga. Baylos Grau (coord.) 2005. Ed. Bomarzo, Albacete, España. pp. 145 y ss.

Montoya Melgar, Alfredo: *Los requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga*, en AA.W. *Estudios sobre la huelga*, 1992.

Narbona, Karina. Antecedentes del modelo de relaciones laborales chileno. 2ª edición Santiago, Fundación Sol, 2015, 34 pp.

Nettel Barrera Alina del Carmen DR © “La Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Contexto De Los Estados Democrático”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 15-34.

OIT Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Informe de la Comisión de Expertos. Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del trabajo, 81º reunión Ginebra, 1994.

OIT La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y Principios Del Comité De Libertad Sindical Del Consejo De Administración de la OIT. Cuarta edición (revisada), Ginebra, 1996, 264 pp.

OIT La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y Principios Del Comité De Libertad Sindical Del Consejo De Administración de la OIT. Quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, 304 pp.

OIT. Guía sobre legislación del trabajo, capítulo V. Disposiciones sustantivas de la legislación laboral: El derecho de huelga. 2001.

Disponible en:

<http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch5.htm#top>

OIT. Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2009 (I). Informe de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones. 2009.

OIT. Proyecto de disposiciones para un Estado Miembro.

Disponible en:

<https://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/ch5/ex5.htm>

Ojeda Avilés A, Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales, 1992, pp.136-139.

Palacios Juan Pablo. Tasa de sindicalización bordea el 20% tras implementación de Reforma Laboral. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social Thomson Reuters, 17 julio 2017.

Disponible en: <<http://www.reforma-laboral.cl/?p=1470>>

Palomeque López Manuel. La titularidad diferenciada del derecho de huelga. Actualidad Laboral, N°20, 1992 pp. 357-364.

Pérez Crespo, Guillermo. El ciudadano trabajador y el derecho de huelga. Reglamentación del derecho de huelga en servicios esenciales, XXXII Jornadas de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas, 2006, 18 pp.

Porret Gelabert Miquel. La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en países desarrollados. Revista Técnico Laboral Vol. 31 N°122,2009. 565-561 pp.

Disponible en:

<<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/44566/1/575487.pdf>>

Quintanilla Navarro Raquel. El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica. Revista del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, N° 73, 2008, pp.337-367

Radiciotti, L. ¿Democracia sindical en Argentina? Un análisis sobre sus condiciones y posibilidades. Trabajo y Sociedad, Universidad Nacional Santiago del Estero, N°18, 2012, pp. 249-266.

Raffaghelli Luis A. Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos. Aspectos conflictivos. Doctrina judicial Gaceta Laboral. 2007, vol.13, n.3. 330-356 pp.

Disponible en:

http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972007000300002

Redlat. Tasa de afiliación sindical, tipo de negociación colectiva, e indicadores sobre salario y pobreza para los siete países de la RED LAT (2015). II Informe Regional Red Lat-2016 La Construcción del Trabajo Decente en América Latina, Sao Paulo Febrero 2017, 71 pp.

Disponible en:

http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2016/01/ESPRegional-2016_abril_final.pdf.

Rentero Jover Jesús El comité de huelga en el Derecho español de trabajo. Editorial CES, Madrid, 2002, 278 pp.

Rincón Ximena. Boletín Nº 9835-13. Discusión particular del Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código Del Trabajo. 10 de marzo de 2016, 285 pp.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer La huelga en los servicios esenciales y el papel de la Jurisprudencia constitucional, Relaciones Laborales, núm. 15/16, 1997, pp. 116 –143.

Salinas Mariano, columna de opinión. Prohibición de sustitución de los huelguistas. 18 de septiembre de 2017.

Disponible en:

<https://www.cerem.es/blog/prohibicion-de-sustitucion-de-los-huelguistas>

Serrano Martínez J.E Titularidad y ejercicio del derecho de huelga.: el papel del sindicato. En jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. C.E.C., Madrid 1983

Sierra Herrero Alfredo "Nueva Justicia Laboral y El Reemplazo En La Huelga". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte año 17 n°.2010, p.101-113.

Simón, Julio César "La nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales". Revista jurídica argentina La Ley. Buenos Aires. 2006, pp. 1271-1272

Soria Vida José. La Administración Laboral en España. Una aproximación crítica de síntesis. Temas Laborales Vol. I. núm°100, 2009, pp. 159-177.

Soto Figueroa Fabiola Macarena y Rojas Del Despósito David Antonio. Control judicial de la calificación de los servicios mínimos emitida por la Dirección del Trabajo. Consideraciones jurídico-procesales. Memoria de Grado Profesor Guía: Palavecino Cáceres Claudio Andrés. Facultad de Derecho, Universidad de Chile 2018. 212 pp.

Tapia Guerrero Francisco. El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva. Negociación Colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009. pp. 149-171.

Tapia Guerrero Francisco Fortalecimiento de la libertad sindical. XXII Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y La Seguridad Social. Análisis Crítico de la Reforma al Sistema de Relaciones Sindicales en Chile, octubre 2015, Pp.15-30

Thayer Arteaga William. Orígenes, Evolución y Perspectivas del Derecho Laboral Chileno, Estudios Públicos. 54 (otoño 1994), pp.223-241.

Disponible en:

<https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184523/rev54_thayer.pdf>

Tascón López, Álvarez Cuesta, Quirós Hidalgo. Sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de las mal llamadas “huelgas empresariales” Diario La Ley, AÑO XXIX, núm. 6981, 3 de julio de 2008.

Torrente Gari Susana. El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales Editorial:CEDECS, 1996, 320 pp.

Torrente Gari Susana, Huelga, Servicios Esenciales, Servicios de Seguridad y Mantenimiento: La Nueva Regulación. Estudios Financieros núm. 113-114. 109-162 pp.

Disponible en:

<<https://www.laboral-social.com/files-laboral/COMENTARIO%20SOBRE%20LA%20HUELGA.pdf>>

Tribuzio José, ¿UN NUEVO MODELO SINDICAL ARGENTINO?, Ponencia oficial presentada en el “XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 10, 11 y 12 de mayo de 2012. 2012 34 pp.

Tribuzio José. El servicio público de importancia trascendental, CTA - Observatorio del Derecho Social, Boletín Electrónico, Año 04 N° 34, 2009.

Disponible en:

<<http://archivo.cta.org.ar/El-servicio-publico-de-importancia.html#nb10>>

Tribuzio José. La huelga en los servicios esenciales, 2015, 160 pp.

Disponible en:

<<http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>>

Valdés Dal-Ré, Fernando. Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública, RL 1986 II.

Varas Marchant Karla, Derecho a Huelga. Los límites derivados de la protección de terceros. Ediciones DER, 2019, 630 pp.

Vivero Juan Bautista. La huelga en los servicios esenciales, Lex Nova, Valladolid, 2002, .403 pp.

Normativa y jurisprudencia citada

	Chile	España	Italia	Argentina
Constitución	Constitución Política de la República de Chile de 1980	Constitución Española de 1978	Constitución de la República Italiana de 1947	Constitución de la Nación Argentina de 1853
Ley	Código Civil	Orgánica N°11/1985 de Libertad Sindical	N°146/1990 huelga en los servicios públicos esenciales	N°25.250/ 2004 Reforma Laboral, incluye Convenciones Colectivas. Modificaciones a la Ley N°14.250. Colectiva.
	Código Laboral	Real Decreto Legislativo 1/2007 Ley General de Derecho Consumidores y Usuarios	N°83/2000, reforma Ley N°146/1990	N°25.877/2004. Deroga Ley N°25.250. Derecho Colectivo del Trabajo. Negociación Colectiva, otros.

	N°20.940 Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales	Real Decreto Legislativo N°2/2015 Texto Refundido Ley del Estatuto de los Trabajadores	Decreto Legislativo 368/2001 da ejecución a la Directiva 1999/70/CE. Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.	N°23.551 de Asociaciones Sindicales
	N°19.759 Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica			N°14.786/1959. Conflictos del Trabajo. Díctense disposiciones para substanciar los conflictos de intereses cuyo conocimiento sea de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
	N°19.880 Establece Bases De Los Procedimientos Administrativos Que Rigen Los Actos De Los Órganos De La Administración Del Estado.			

Decreto	Decreto Ley N°2.758 de 1979 que Establece Normas Sobre Negociación Colectiva	Real decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones del Trabajo		
Normas administrativas	Dictamen Ord.N°5346/92 Dirección del Trabajo	V Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales. Dirección General de Empleo. Resolución 10 febrero 2012	Dictamen N°562/2004 Comisión de Garantía Italia	Decreto Reglamentario N°272/2006. Reglamento sobre Conflictos Colectivos
	Resolución exenta N°1626 Norma General de Participación Ciudadana De La Dirección Del Trabajo			
	Dictamen N°1563/38 sobre inicio, extensión y prórroga de la negociación colectiva. 7 de abril de 2017			

	<p>Dictamen N°1012/16 Resolución que califica servicios mínimos plazo y carácter de ejecutoria. 20 de febrero de 2018.</p>			
Boletín	<p>Boletín N°11.336-13 que Modifica el Código del Trabajo en cuanto a la calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia</p>			
	<p>Boletín N°12827-13 Modernización de la Dirección del Trabajo</p>			

	Boletín N° 9835-13 moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo			
Jurisprudencia	Corte Suprema Chile Sentencia de 18 de abril de 2018, Rol N°832-2018.	Contencioso Administrativo Español. Sentencia de 29 de mayo 2001. Repertorio jurisprudencia N°5706	Corte Casación Italiana. Sentencia de 29 de noviembre de 1981 Repertorio jurisprudencia N°12822.	Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires. Asociación Trabajadores Del Estado C/ Ministerio De Trabajo S/ Ley De Asociaciones Sindicales. Sentencia 11 de noviembre de 2008 S.C. A. N°201, L. XL.(Caso ATE)
	Corte Suprema Chile. Sentencia de 02 de agosto de 2018 Rol N°6.458-2018.	Contencioso Administrativo Español Sentencia de 12 de marzo 1997, Repertorio jurisprudencia N 28892.	Corte Constitucional Italiana. Sentencia de 27 de abril de 2007 Repertorio jurisprudencia N°140.	Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo. Sentencia 9 de diciembre de 2009. R. 1717. XLI. Recurso de Hecho.

	<p>Corte Suprema. Sentencia de 25 de julio de 2018, “Banco de Chile con Inspección Provincial del Trabajo”, Rol N°6375-2018.</p>	<p>Contencioso Administrativo Español. Sentencia de 08 de julio 1994, Repertorio jurisprudencia N°5680.</p>	<p>Corte Casación Italiana. Sentencia de 21 de 1984, Repertorio jurisprudencia N°4288</p>	
	<p>Corte Suprema, Sentencia de 15 de julio de 2019 “Inspección comunal del Trabajo Santiago Sur con Empresa Traverso S.A.”, Rol N°6294-2019</p>	<p>Contencioso Administrativo Español. Sentencia de 29 de julio 2001 Repertorio jurisprudencia N°233797.</p>	<p>Corte Casación Italiana. Sentencia de 17 de diciembre de 2004, Repertorio jurisprudencia N°23552.</p>	
	<p>Corte Suprema. Sentencia de 30 de agosto de 1988, Rol N°7.244.</p>	<p>Tribunal Constitucional Español. Sentencia de 19 de diciembre 1994 Repertorio jurisprudencia N°3332.</p>		
	<p>Corte Suprema Sentencia 07 de marzo 2016, Rol N°28.919-2015</p>	<p>Tribunal Constitucional Español Sentencia de fecha 23 y 24 de octubre de 1989 Repertorio jurisprudencia N°75332/7422.</p>		

	<p>Corte de Suprema. Sentencia de 04 de diciembre de 2017, sobre Recurso de Queja interpuesto por la Dirección del Trabajo en contra de los ministros que componen la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2347-2017.</p>	<p>Contencioso-Administrativo Español Sentencia de 15 de junio 2005, Repertorio jurisprudencia N°9370.</p>		
	<p>Corte Suprema. Sentencia de 07 de mayo de 2019, sobre Recurso de Queja interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°41455-2017.</p>	<p>Contencioso Administrativo Español. Sentencia de 11 de mayo 2007, Repertorio jurisprudencia N°5846.</p>		

	<p>Corte Suprema de 07 de marzo de 2018, sobre Recurso de Queja interpuesto por CAR S.A. en contra de los ministros de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1180-2018.</p>			
	<p>Corte Suprema Sentencia de 04 de abril de 2016. “Actionline Chile S.A. con Yutronic.” Rol N°28.919-2015</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia de 23 de octubre de 2015. “Actionline Chile S.A. con Yutronic.” Rol N°11.44-2015</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 23 de octubre de 2015, Rol N°1144-2015.</p>			

	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 05 de enero de 2016, Rol N°1710-2015.</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia 24 diciembre 2019, "Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo", Rol N°1918-2019.</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 13 de febrero de 2019, Rol N°655-2018-LAB-COB.</p>			

	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 08 de octubre de 2018 "Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago con Dirección Nacional Del Trabajo", Rol N°525-2018.</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 05 de diciembre de 2019, "HDI Seguros S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo" Rol N°568-2019.</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 07 de febrero de 2020, "Home Medical S.A. con Dirección Nacional Del Trabajo", Rol N°2.457-2019.</p>			

	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 02 de abril de 2019, “Telefónica del Sur con Dirección Nacional Del Trabajo” Rol N°3065-2018</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 04 de septiembre de 2018. “Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos del Metro S.A con Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente”, Rol N°47032-2018</p>			

	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 05 de diciembre de 2019, Sierra Gorda SCM Con Dirección Nacional Del Trabajo, Rol N°1799-2019.</p>			
	<p>Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 24 de diciembre de 2019, “Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”, Rol N°1918-2019.</p>			

	<p>Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 12 de marzo de 2019. “Sindicato de Empresa N°2 Trabajadores Colbún S.A con Dirección del Trabajo”, Rol N°1738-2017.</p>			
	<p>1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia de 23 de julio 2019. “Sindicato N°3 de Trabajadores de Televisión Nacional de Chile con Dirección Nacional del Trabajo”, Rol I-39-2019.</p>			

	<p>1° Juzgado de Letras de Santiago. Sentencia de 14 de agosto 2019 causa. "Home Medical con Dirección del Trabajo" Rol I-266-2019.</p>			
--	---	--	--	--