



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

LOS LÍMITES AL DERECHO A HUELGA EN LA LEY N° 20.940

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Santiago José García Cornejo

María Esperanza Ulloa Sánchez

Profesor Guía: Claudio Palavecino Cáceres

SANTIAGO, CHILE

2017

Tabla de contenidos

Abstract	7
Introducción	8
Capítulo 1. El derecho a huelga en Chile	10
1. Nociones generales de la huelga	10
1.1. Concepto del derecho de huelga	12
1.2. Alcance y finalidad del derecho de huelga	13
1.3. Modalidades de huelga	14
1.4. La huelga en el marco jurídico internacional.....	15
2. La huelga en el modelo laboral antiguo chileno	18
2.1. Código del Trabajo de 1931: caracterización	19
2.2. Reformas al modelo laboral antiguo	22
3. Fundamentos del actual modelo: el Plan Laboral	23
3.1. El camino hacia el Plan Laboral (1973-1979)	24
3.2. Los fundamentos del Plan Laboral	28
4. Regulación normativa de la huelga a partir del Plan Laboral	30
4.1. La huelga en la Constitución Política de la República	30
4.2. La huelga en el Código del Trabajo de 1987	32
4.2.1. Un derecho procedimentalizado.....	32
4.2.2. ¿Un modelo contractualista?	34
4.2.3. Titularidad y sujetos activos.....	36
4.2.4. Procedimiento para el ejercicio de la huelga.....	37
4.2.5. Efectos jurídicos de la huelga.....	39
5. Limitaciones del derecho a huelga	40

5.1. Prohibición de los trabajadores del Estado y municipalidades	40
5. 2. Trabajadores que prestan servicios esenciales	40
5.2.1. Prohibición de huelga en servicios esenciales.....	40
5.2.2. Obligación de prestar servicios mínimos	41
5.3. Reanudación de faenas.....	41
5.4. Reemplazo de trabajadores en huelga.....	42
Capítulo 2. La Ley N° 20.940.....	47
1. Historia de la Ley N° 20.940	47
1.1. Antecedentes	47
1.2. La tramitación	48
1.2.1. El proyecto de ley.....	49
1.2.2. Discusión parlamentaria y requerimientos ante el Tribunal Constitucional	51
2. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940 fuera de la negociación colectiva...55	
2.1. Derecho individual del trabajo.....	55
2.2. Organizaciones sindicales	57
3. Modificaciones introducidas a la negociación colectiva en general y huelga en particular	64
3.1 Modificaciones generales a la negociación colectiva	64
3.2. Negociación colectiva reglada	71
3.3. Negociación colectiva no reglada	75
3.4. Huelga	75
3.4.1. El procedimiento reglado y forzoso de la huelga	76
3.4.3. Límites al derecho de huelga.....	78
Capítulo 3. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos como limitaciones al derecho a huelga.....	84

1. Los principios doctrinarios del CLS sobre los servicios esenciales y los servicios mínimos	84
1.1. Los servicios esenciales en la doctrina del CLS	84
1.2. Los servicios mínimos en la doctrina del CLS	86
2. Los servicios esenciales y los servicios mínimos en el derecho comparado.....	88
2.1. España.....	88
2.1.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	88
2.1.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	89
2.2. Portugal.....	89
2.2.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	89
2.2.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	90
2.3. Francia	91
2.3.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	91
2.3.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	91
2.4. Italia	92
2.4.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	92
2.4.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	94
2.5. Reino Unido.....	94
2.5.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	94
2.5.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	95
2.6. Uruguay	95

2.6.1 Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	95
2.6.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento	96
2.7. Argentina	96
2.7.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	96
2.7.2 Los servicios de seguridad y mantenimiento	97
2.8. Brasil	97
2.8.1 Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento.....	97
2.8.2 Los servicios de seguridad y mantenimiento	98
3. La regulación de los servicios esenciales y los servicios mínimos en el Código del Trabajo previo a la reforma laboral de la Ley N° 20.940.	99
3.1. Los servicios esenciales en el Código del Trabajo previo a la Ley N° 20.940.	99
3.1.1. La prohibición de huelga en servicios esenciales.....	99
3.1.2. Criterios de calificación para la prohibición de huelga en servicios esenciales.....	100
3.1.3. Procedimiento de calificación de empresas sujetas a prohibición de huelga por prestar servicios esenciales.....	101
3.2. Los servicios mínimos en el Código del Trabajo previo a la Ley N° 20.940	104
3.2.1. Procedencia de la imposición de servicios mínimos.....	104
3.2.2. Tipos de servicios mínimos contemplados por el antiguo artículo 380 del Código del Trabajo.....	105
3.2.3. Procedimiento de determinación de los servicios mínimos y conformación de equipos de emergencia	106
4. La regulación de los servicios esenciales y los servicios mínimos en la Ley N° 20.940	106
4.1. Los servicios esenciales en la Ley N° 20.940.	107
4.1.1. La prohibición de huelga en servicios esenciales en la nueva ley	107

4.1.2. Procedimiento de calificación de empresas sujetas a prohibición de huelga por prestar servicios esenciales.....	107
4.2. Los servicios mínimos en la Ley N° 20.940	109
4.2.1. Procedencia de la obligación de prestar servicios mínimos	109
4.2.2. Tipos de servicios mínimos contemplados en la Ley N° 20.940	110
4.2.3. Mecanismo de calificación de los servicios mínimos	111
4.2.3.1 Calificación mediante acuerdo de las partes	112
4.2.3.2 Calificación por parte de la Dirección del Trabajo	113
4.2.4. Conformación de los equipos de emergencia.....	113
4.3. Balance crítico de las modificaciones introducidas por la reforma laboral en materia de servicios esenciales y servicios mínimos.....	114
4.3.1. La nueva regulación de la huelga en servicios esenciales.....	115
4.3.2. La nueva regulación de la obligación de prestar servicios mínimos.....	116
Conclusiones.....	118
Bibliografía.....	122

Abstract

La legislación laboral vigente en Chile se caracteriza por otorgar un rol preponderante a la iniciativa privada y al mercado en desmedro de los derechos de los trabajadores, lo que se cristaliza en escasas y debilitadas organizaciones sindicales y en la intrascendencia de instituciones fundamentales como la negociación colectiva y el derecho a huelga. En ese contexto, en el año 2016 se dicta la Ley N° 20.940, la reforma más importante a nuestra institucionalidad en materia de derecho colectivo del trabajo desde la formulación del Plan Laboral y la dictación del Código del Trabajo en las postrimerías de la Dictadura. Ésta nueva ley planteó como finalidad expresa remediar la situación descrita, “emparejando la cancha” entre trabajadores y empleadores. A partir de una conceptualización del derecho a huelga y su desarrollo en la historia de nuestro país, así como de la exposición de las principales modificaciones introducidas por la reforma laboral y su accidentada tramitación en el Congreso Nacional, en este trabajo se abordará de manera específica la regulación que esta nueva normativa introduce en determinadas limitaciones al derecho a huelga: las instituciones de los servicios esenciales y los servicios mínimos. Como antecedentes para este análisis particular se tendrán en cuenta los principios formulados por los órganos de control de la OIT, ciertos exponentes del derecho comparado y la regulación presente en el Código del Trabajo previo a la reforma. A partir de ello podrá colegirse lo poco que contribuye la Ley N° 20.940 en fortalecer el ejercicio del derecho a huelga de los trabajadores chilenos, pudiendo incluso ser regresiva en este aspecto.

Introducción

En la historia reciente de nuestro país, el Derecho Colectivo del Trabajo y en particular el derecho a huelga, han tenido un desarrollo controvertido. Así, desde la formulación del Plan Laboral y la dictación del actual Código del Trabajo en el año 1987, se cristalizó una institucionalidad laboral caracterizada por restringir los derechos de los trabajadores y el poder de sus organizaciones colectivas. Esto se ha traducido en bajas tasas de sindicalización, una escasa y acotada negociación colectiva, y un derecho a huelga limitado y sobre reglamentado.

Después de más de dos décadas de gobiernos democráticos y ciertas modificaciones parciales a la normativa laboral, la situación no ha variado sustantivamente. En este contexto, el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet planteó como parte de su programa, una ambiciosa reforma laboral destinada a corregir los defectos de nuestra legislación y fortalecer los alicaídos derechos de los trabajadores, la cual, luego de una extensa y polémica dio origen a la Ley N° 20.940 que “Moderniza el sistema de relaciones laborales”.

Dado lo anterior, adquiere relevancia e interés el estudio de las modificaciones que la nueva normativa introduce en la legislación laboral vigente y de cuán útiles resultan en definitiva para el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores, especialmente aquellos relativos a su sindicalización, negociación colectiva y huelga. En ese contexto, este trabajo tendrá por objeto analizar específicamente el impacto que tiene la Ley N° 20.940 en el derecho a huelga, y en particular, la nueva regulación de ciertas limitaciones al mismo como lo son la obligación de prestar servicios mínimos y la prohibición para los trabajadores que operen servicios esenciales.

Para efectos de un estudio sistemático y acabado de la temática en cuestión, el presente trabajo se ha dividido en tres secciones:

- El primer capítulo abarcará un estudio general del derecho a huelga en Chile. Para ello, expondremos en primer lugar ciertas nociones generales sobre éste, a fin de delimitar su concepto, señalando sus posibles fines, modalidades, etc. Asimismo, nos referiremos a las distintas etapas del desarrollo histórico de la legislación nacional en esta materia, incluyendo su consagración como derecho en el Código del Trabajo de 1931; las transformaciones

radicales implementadas por el Plan Laboral en Dictadura; la subsecuente dictación del actual Código del Trabajo en 1987 y las reformas efectuadas por los gobiernos democráticos al mismo. Al respecto, en la parte final de esta sección, expondremos en detalle la regulación que en dicho cuerpo normativo se hace de la huelga previo a la Ley N° 20.940, señalando los principales aspectos controvertidos tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

- En el segundo capítulo se estudiará la reforma laboral impulsada por el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet y cristalizada en la dictación de la Ley N° 20.940. Al respecto, en primer lugar abordaremos sus objetivos declarados, así como su accidentada tramitación en el Congreso Nacional. Posteriormente expondremos las principales innovaciones que introduce en nuestra institucionalidad laboral, con especial énfasis en las materias relevantes para esta memoria, lo que incluye aquellas relativas al derecho colectivo del Trabajo y en particular la negociación colectiva y el derecho a huelga. De estas modificaciones, a modo de análisis crítico, señalaremos aquellos aspectos que estimamos positivos, así como aquellos que consideramos un retroceso para los derechos de los trabajadores.

- El tercer capítulo abarcará el estudio particular las limitaciones al derecho a huelga que constituyen los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos. En ese sentido, describiremos y analizaremos críticamente las principales modificaciones introducidas en esta materia por la Ley N° 20.940. Para un adecuado tratamiento de dicha temática, expondremos los principios que han formulados los organismos internacionales pertinentes al respecto y ciertas regulaciones existentes a nivel de derecho comparado y además nos referiremos en detalle a la normativa presente en el Código del Trabajo previo a la reforma y a las principales problemáticas que está presentaba.

Capítulo 1. El derecho a huelga en Chile

1. Nociones generales de la huelga

Para una adecuada delimitación del tema objeto de este capítulo, es menester comenzar haciendo una breve referencia a la noción de libertad sindical, en tanto ésta se levanta a lo largo del siglo XX como el principio más robusto del derecho colectivo del trabajo, el cual se vincula con un reconocimiento del conflicto en las relaciones laborales, en donde la divergencia de intereses legítimos, tanto de empleadores como de empleados, generan la necesidad de equiparar el poder entre ambas partes. Así, en palabras de Caamaño y Ugarte (2010)

(...) desde una perspectiva histórica general, el reconocimiento de la libertad sindical se relaciona directamente con los trabajadores y sus necesidades, a diferencia de los empleadores que no requerían de un concepto específico para desarrollar sus actividades empresariales ya que acuden en su auxilio el derecho de propiedad. Por el contrario, los trabajadores dentro y fuera de la empresa se encuentran sujetos a las fuerzas del mercado, del cual dependen para subsistir y transar su único capital: su fuerza de trabajo (p. 58).

El contenido de la libertad sindical ha estado sujeto a una evolución histórica. Así, en un principio se entendió este derecho de forma muy restringida, únicamente como la facultad de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. Posteriormente, su contenido se complejizó entendiéndose que, además del derecho de sindicación, la libertad sindical integra el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores, lo que se materializa en el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.¹ Así, un completo concepto de libertad sindical sería entenderla como aquel

(...) derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa, sin intervención de terceros; y,

¹ Caamaño (2008) explica que el contenido esencial de la libertad sindical se compone de una *faz orgánica* y de una *faz funcional*. La primera está compuesta por el derecho de sindicación, y la segunda se refiere al derecho de hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, mediante la acción reivindicatoria y participativa, lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga.

especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular la negociación colectiva y el derecho de huelga (Varas, 2003, p. 4).

La trilogía sindicación, negociación colectiva y huelga, hoy es contenido esencial irrefutable de lo que entendemos por libertad sindical. Ahora bien, dichas actividades no fueron consideradas con estatus de derecho desde sus inicios. Así, durante el siglo XX todas éstas transitaron primeramente por una prohibición estatal, posteriormente por una tolerancia, constituyéndose finalmente todas ellas en derechos esenciales de la naturaleza humana.²

En cuanto al régimen constitucional chileno, la libertad sindical se encuentra recogida como derecho fundamental de forma expresa en el artículo 19 N°16 y 19 de la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución), garantizando el derecho a negociar colectivamente y a la sindicación, respectivamente.³ En cuanto al derecho de huelga, la doctrina está conteste respecto a su reconocimiento constitucional, no obstante el artículo 19 N°16 inciso 6° de la Constitución se limita a establecer un catálogo de trabajadores a quienes se les prohíbe el ejercicio de la huelga. Así, cabe resaltar que la constitucionalización de la libertad sindical plasmada en los artículos señalados, tiene una importante consecuencia: estos derechos no pueden ser afectados en su esencia por los cuerpos legales que los regulen y limiten, así como tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, en razón a lo estipulado por el artículo 19 N°26 de la Constitución.

Finalmente, es relevante detenerse en la consagración que el principio en comento ha tenido a nivel internacional. La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha mostrado una preocupación activa en asegurar la vigencia y respeto de la libertad sindical en

² Gamonal (2002) afirma que hoy existe un consenso en reconocer la libertad sindical como derecho humano esencial, siendo considerado por la mayoría de los autores como uno de los derechos sociales y económicos de aquellos derechos humanos denominados *de segunda generación*.

³ El artículo 19 de la Constitución Política asegura a todas las personas en el inciso 4° del numeral 16 el derecho a la negociación colectiva, estipulando 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 (...)”. Asimismo, en el numeral 19 asegura el derecho de sindicación, incorporando en él no sólo la constitución de sindicatos, sino también la llamada libertad sindical negativa y la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales estipulando: “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria (...) La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones (...)”

todos sus países integrantes, lo cual se ha cristalizado en una serie de instrumentos internacionales, siendo los más relevantes el Convenio N°87 de 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación y el Convenio N°98 DE 1949 sobre el derecho a sindicación y de negociación colectiva. Ambos fueron ratificados por Chile -aunque 50 años después de su dictación- en el año 1999. A su vez, existen otros instrumentos que la OIT elaboró posteriormente a fin de complementar los ya señalados, entre los cuales destaca el Convenio N°135 de 1971 sobre protección y facilidades que deben otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores, el Convenio N°141 de 1975 sobre organizaciones rurales, el Convenio N°151 de 1978 sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública y el Convenio N°154 de 1981 sobre promoción de la negociación colectiva. En relación a estos últimos instrumentos, Chile únicamente ha ratificado el N°135 y el N°151 el año 2000.

1.1. Concepto del derecho de huelga

Tradicionalmente, la doctrina ha calificado la huelga como una abstención colectiva del trabajo. Así, Macchiavello (1989) lo conceptualiza jurídicamente como un “(...) fenómeno colectivo conformado por un comportamiento concertado de defensa de intereses colectivos, que se manifiesta en una abstención colectiva y lícita del trabajo, tras fines de reivindicación de los trabajadores” (p. 214-215).

Esta noción tradicional y restrictiva de huelga se ha ido ampliando en las últimas décadas a la par de las transformaciones que han experimentado las formas de trabajo en relación la flexibilización de la producción y organización del mismo. En este sentido, un concepto más moderno de huelga sería aquel que la entiende como “(...) todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción” (Sala, 2000, p. 416), abriéndose así espacio a otras modalidades de huelga que no necesariamente implican una abstención del trabajo, consistentes por ejemplo en el enlentecimiento exagerado del ritmo de del mismo, como la *huelga de celo o de brazos caídos*.

1.2. Alcance y finalidad del derecho de huelga

En relación a la multiplicidad y determinación de las finalidades del derecho de huelga, Caamaño y Ugarte (2010) sostienen que podemos encontrar principalmente tres modelos en el derecho comparado. El primero de ellos, es el modelo *autónomo*, en razón del cual las finalidades de la huelga no se encuentran reguladas a priori por el legislador, entendiéndose que son los propios trabajadores y sus organizaciones a quienes les corresponde determinar cuál será el propósito de la huelga respectiva. En nuestro continente, adhieren a este modelo Uruguay⁴, Argentina⁵ y Brasil⁶. En Europa, otros ejemplos de legislaciones que adhieren a este modelo son Italia⁷ y Portugal⁸.

Un segundo modelo es el llamado *polivalente*, en el cual existen normas –de rango constitucional o legal- que reconocen una pluralidad de finalidades para la huelga. A su vez, dentro de este modelo podemos distinguir dos sub modelos, el modelo polivalente amplio, en donde las normas fijan una finalidad genérica de la huelga, y el modelo polivalente restringido, en razón del cual la pluralidad de finalidades es determinada una a una por el

⁴ En Uruguay, el artículo 57 inciso 3° de su Constitución de la República estipula “Declárese que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”. Castelo (2013) explica que, pese a la incorporación de nuevas regulaciones del derecho de huelga –Ley N° 18.566 sobre negociación colectiva y Decreto N° 165/006 sobre medios de prevención y solución de conflictos colectivos del trabajo y regulación de las medidas de ocupación de centros de trabajo-, “(...) todavía existe un amplísimo espacio de no intervención estatal en materia de huelga, que es ocupado por la auto-regulación sindical y la negociación colectiva” (p. 42).

⁵ El artículo 14 bis de la Constitución de Argentina señala “(...) Queda garantizado a los gremios: (...) el derecho de huelga (...)”. Rodrigo (2013) explica que en este país “La huelga no tiene una regulación específica, salvo una limitación tratándose de la huelga en los servicios esenciales, correspondiéndose con el modelo más respetuoso de la autonomía colectiva, el modelo *autónomo* de huelga” (p. 65).

⁶ Caamaño y Ugarte (2010) explican

En el caso brasileño, a pesar de que existe una regulación legal expresa de huelga (Ley N° 7.783/89), se reconoce por el propio texto constitucional que: “compete a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de ejercicio y sobre los intereses que por medio de la huelga deban defenderse” (artículo 9° Constitución de 1988) (p. 82).

⁷ En Italia, el artículo 40 de la Constitución establece “El derecho de huelga se ejercita en el ámbito de las leyes que lo regulan”. Gómez (1994) explica que

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 (p. 11).

⁸ La Constitución de Portugal regula la huelga en el artículo 59 en sus numerales 1 y 2 señalando “1. Se garantiza el derecho de huelga; 2. Compete a los trabajadores definir el ámbito de intereses que se propongan defender mediante la huelga, ámbito que no podrá ser limitado por ley”.

legislador. Ejemplo de la variante amplia es España⁹, y ejemplo de la variante restringida son la mayoría de los países latinoamericanos¹⁰ y Estados Unidos¹¹.

Finalmente, encontramos el modelo *contractualista* de huelga, según el cual el legislador determina una única finalidad: la negociación o renegociación de un convenio o contrato colectivo. En Latinoamérica son excepcionales los países que adhieren a este modelo, siendo los más destacables Perú¹² y Chile. Así, y como abordaremos en la cuarta parte de este capítulo, nuestro legislador regula el ejercicio de la huelga sólo en relación al procedimiento de negociación colectiva reglada en el Código del Trabajo, motivo por el cual tradicionalmente se ha considerado que Chile adhiere a este modelo.

1.3. Modalidades de huelga

A lo largo del siglo XX, se ha entendido como modalidad clásica de huelga aquella consistente en la cesación del trabajo por tiempo indefinido, concertada colectivamente, ligada a un concepto tradicional y restringido de la misma. Ahora bien, teniendo en consideración una noción extensiva del derecho de huelga, son diversas las manifestaciones que de él podemos encontrar.

Sin intención de hacer una enumeración exhaustiva, es posible nombrar: la *huelga de celo* o la *huelga de brazos caídos*, ambas consistentes en un enlentecimiento exagerado del ritmo de trabajo; la *huelga activa* o *hipertrabajo*, en razón del cual se acelera hiperbólicamente el ritmo de trabajo; la *ocupación de los lugares de trabajo*; la *huelga*

⁹ El artículo 28 de la Constitución Española establece en su numeral 2 que “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”.

¹⁰ A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 497 del Código del Trabajo de Ecuador, que enumera siete casos en que puede declararse la huelga, o el artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo de México, en donde enumera siete objetos que deberá tener la huelga.

¹¹ Caamaño y Ugarte (2010) explican:

(...) en Estados Unidos se considera legal la huelga cuando se funda en dos objetivos distintos: son legales, por una parte, las huelgas de reivindicaciones económicas dentro de la negociación colectiva, y son legales también, por otra, las huelgas de respuestas a prácticas desleales o antisindicales del empleador (p. 83).

¹² La huelga es regulada en el Decreto Ley N° 25.593 de 1992 del Perú, a propósito de lo cual Villavicencio (1993) señala que, “(...) en su afán de controlar y reprimir las medidas de presión de los trabajadores, las limita a la modalidad clásica de huelga, bajo grandes requisitos y proscribiendo todas las demás formas en que se expresa en realidad este derecho” (Caamaño y Ugarte, 2010, p. 84).

relámpago, consistente en un paro pequeño que puede durar tan sólo minutos; la *huelga turnante o rotativa*, con la cual hay paralizaciones sucesivas de los trabajadores de diversos sectores de la empresa; la *huelga parcial*, con la cual se afecta sólo una actividad o área de la prestación laboral completa; la *huelga neurálgica*, que funciona como una huelga parcial de un sector estratégico de producción que paraliza los demás sectores.

Tal como ha sucedido con el concepto de huelga, las transformaciones que han experimentado las formas de trabajo en relación a la flexibilización de la producción y organización del mismo, han determinado el surgimiento de nuevas modalidades de huelga a fin de que ésta, frente a un nuevo escenario, siga produciendo efectos en términos de equiparar el poder del empleador.

En este sentido, Ermida (1999), basándose en el trabajo realizado por Baylos (1998), fundamenta la relación de las nuevas formas de trabajo con las modalidades atípicas de huelga, centrandó su argumentación principalmente en la automatización y fragmentación de las unidades productivas, dos “novedades” de las últimas décadas en el escenario laboral. La descentralización de la empresa en varias unidades menores, la tercerización del trabajo y la subcontratación, son fenómenos que han generado importantes repercusiones en las formas de organización colectiva de los trabajadores. Así, esta fragmentación no sólo genera un entorpecimiento en la toma de decisiones de los trabajadores dada la dificultad del agrupamiento de los mismos para este fin, sino que también torna ineficaz la paralización masiva del trabajo. En efecto, pocos trabajadores pueden mantener la producción de una empresa aún cuando exista una huelga mayoritaria, cobrando sentido huelgas de pocos trabajadores ubicados de forma estratégica de tal forma que puedan afectar verdaderamente la producción de la empresa. Asimismo, la automatización de los procesos productivos, en razón del cual éstos pueden operar casi sin la intervención de trabajadores, acarrea que formas de huelgas tradicionales como la interrupción total del trabajo sean ineficaces.

1.4. La huelga en el marco jurídico internacional

En cuanto a las normas internacionales del trabajo, son diversos los instrumentos -hoy suscritos por nuestro país- que reconocen el derecho de huelga. En efecto, es posible hablar de un reconocimiento explícito en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales¹³ al estipular en su artículo 8.1.d. que los Estados Partes se comprometen a garantizar “El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. Por su parte, existe un reconocimiento implícito del mismo en los Convenios N° 87 y 98 de la OIT¹⁴, puesto que si bien de cuyo tenor literal no se desprende en forma expresa el reconocimiento del derecho a huelga, de las interpretaciones que de ellos formulan los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, tales como el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR), se explicita un reconocimiento del derecho de huelga como elemento esencial de la libertad sindical.

En relación al trabajo interpretativo de los órganos recién mencionados, la Oficina Internacional del Trabajo (2006) en un documento de compilación de las decisiones y principios del CLS afirma: “El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones (...)” (p. 115), reconociéndolo como un “(...) derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales” (p. 115), constituyendo así “(...) uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales” (p. 115). Asimismo, aclara de forma explícita que el derecho de huelga “(...) es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87” (p. 115).

En el mismo sentido, la CEACR (1994) ha señalado que

Si bien el derecho de huelga no figura expresamente en la Constitución de la OIT, ni en la Declaración de Filadelfia, y tampoco está específicamente reconocido en los Convenios núms. 87 y 98, parece darse por sentado que el informe elaborado en la primera discusión del Convenio núm. 87, varias resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, de conferencias regionales o de comisiones

¹³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, el cual fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969.

¹⁴ El Convenio N° 87, fue adoptado el 9 de julio de 1948 por la XXXI Conferencia Internacional del Trabajo, el cual fue suscrito por Chile el 1 de febrero de 1999; El Convenio N° 98, fue adoptado el 1 de julio de 1949 en la XXXII Conferencia Internacional del Trabajo, el cual fue suscrito por Chile el 1 de febrero de 1999.

sectoriales, ponen de manifiesto el derecho de huelga o las medidas adoptadas para garantizar su ejercicio (p. 66-67).

De la caracterización que la OIT, a través de sus órganos de control, confiere a la huelga, es posible concluir que adhiere a una concepción amplia de la misma. Al respecto, Varas (2014) sistematiza de manera acabada dichas características, las cuales ahondaremos con más detención en lo sucesivo de este trabajo, no obstante nos referiremos a las dos más relevantes para efectos de determinar el concepto y alcance de la huelga para la OIT:

a) Reconocimiento de finalidades múltiples de huelga, al establecer que ésta puede ejercerse en reivindicación de intereses de índole laboral, sindical e incluso político, declarando que

Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho a huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloba también la búsqueda de soluciones a las cuestiones política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores (OIT, 2006, p. 116).

Asimismo, la OIT reconoce la legitimidad de las llamadas huelgas de solidaridad al señalar que una “(...) prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen” (OIT, 2006, p. 118).

b) Aceptación de diversas modalidades del ejercicio de derecho de huelga tales como la paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelga de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa, estableciendo únicamente que las limitaciones a estas modalidades “(...) sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” (OIT, 2006, p. 119).

2. La huelga en el modelo laboral antiguo chileno

La autotutela colectiva, entendida como aquella “(...) acción de los propios trabajadores tendiente a la protección de sus derechos e intereses, sea para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes, sea para obtener un progreso a nivel de protección actual” (Ermida, 1996, p. 9), tanto en Chile y el mundo, surge como una respuesta pre-legislativa frente a la necesidad de contrapesar las consecuencias sociales derivadas de la posición de dependencia y subordinación que sitúan al trabajador frente al empleador, forzando de esta manera la creación del Derecho del Trabajo propiamente tal. Al respecto, Macchiavello (1989) explica

No fueron los ‘patrones’ los que ‘voluntariamente’ aumentaron las remuneraciones para que la demanda se ampliara. En el mundo, cada centavo de aumento ha costado mucho conseguirlo. (...) La actividad reivindicativa, en una primera fase, construyó con mucha dificultad y muy lentamente un camino a través de la ‘protesta’ por las condiciones inaceptables de vida (especialmente en el 1700 y en el 1800), que se materializaban en lo único que podían hacer los trabajadores: la paralización concertada del trabajo. (...) la respuesta a esta protesta fue entonces su rechazo y su condena, como delito, por el Estado. Luego aceptada, aunque limitadamente, y lo importante es que la huelga ‘creó’ el ‘contrato colectivo’, que fue el instrumento ideado para establecer tregua o paz para acceder al mejoramiento de las condiciones de vida (p. 204-205).

A modo de una breve contextualización histórica, Narbona (2015) y Rojas (2009) explican que el surgimiento del movimiento sindical chileno tuvo lugar a mediados del siglo XIX, cuando las primeras agrupaciones de trabajadores¹⁵ nacen en los sectores más dinámicos de la economía tales como las mineras del carbón y salitre, y en las actividades portuarias de la

¹⁵ Estas organizaciones de trabajadores surgen en un momento histórico en donde, a la par de una gran prosperidad económica, las clases más postergadas comienzan a organizarse en respuesta a sus miserables condiciones de vida (fenómeno conocido como ‘cuestión social’). Entre las principales formas de organización de trabajadores, encontramos las *mutuales* –con fines cooperativos y de bienestar social, vinculados al pensamiento liberal-, las *sociedades de resistencia* –de orientación anarquista, proclaman una oposición al capital, generalmente efímeras puesto que no duraban más allá que el conflicto particular- y las *mancomunales* –comparte con las mutuales sus fines cooperativos, pero tiene claros fines de organización y oposición a los intereses patronales-.

zona norte del país, e industriales de Santiago. El periodo de 1917-1920, estuvo marcado por un auge del sindicalismo, siendo la huelga, previa a cualquier regulación normativa, la que jugó un papel central en la lucha por mejores condiciones salariales y laborales en general.

El “ruido de sables”; intervención en el Congreso de la República de jóvenes oficiales militares en el año 1924 a modo de amenaza y protesta por la postergación en la aprobación de dieciséis leyes sociales en el parlamento –entre ellas siete laborales-, fue un hito en el avance hacia la construcción de un marco jurídico que regulase las relaciones laborales. Así, a este hecho histórico se le atribuye en gran parte la consecución

(...) de una institucionalización de la demanda obrera y la aparición de un sindicalismo legal, regido por estas primeras leyes inspiradas en leyes de países europeos y luego por el primer sistema integrado de relaciones laborales que se ve encarnado en el Código del Trabajo de 1931 (Narbona, 2015, p. 3).

2.1. Código del Trabajo de 1931: caracterización

El primer modelo normativo que reguló las relaciones laborales en nuestro país, fue aquel instaurado por el Código del Trabajo de 1931 (en adelante, CT de 1931), el cual tuvo vigencia hasta el año 1973 con ocasión del golpe cívico militar, momento en el cual se produjo un quiebre del Estado de derecho, suspendiéndose, entre otros, la vigencia de los derechos sindicales y laborales en general. Desde un visión global, es importante tener presente a la hora de analizar este modelo normativo que, si bien ya existía la OIT, creada el año 1919 por el Tratado de Versalles, aún no se celebraban los Convenios más relevantes en relación a la libertad sindical.

En un marco general, podemos señalar como características más importantes de este modelo inicial instaurado por el CT de 1931, las siguientes:

a) Carácter protector del trabajador en las relaciones individuales de trabajo, consagrando derechos a favor de éste. No obstante ello, el CT de 1931 discriminaba entre tipos de trabajadores distinguiendo a quienes ejercían labores manuales, denominados *obreros*,

de aquellos que ejercían labores intelectuales, llamados *empleados*, discriminación que se cristalizaba en un régimen jurídico distinto atendiendo la categoría del trabajador¹⁶.

b) Regulación rígida de las relaciones colectivas de trabajo, definiendo la titularidad de los derechos de sindicación, así como también el marco de organización y acción de las agrupaciones de trabajadores en general. En los párrafos sucesivos nos abocaremos, específicamente, a la caracterización de las relaciones colectivas de trabajo reguladas por este modelo.

Respecto a las organizaciones sindicales, se establecía un control político en su constitución exigiendo como requisito la autorización del Presidente de la República para obtener personalidad jurídica de sindicato.¹⁷ A su vez, se establecía una distinción entre los sindicatos industriales y los profesionales¹⁸: los primeros eran integrados sólo por obreros aún cuando fuesen de diversos oficios, y respecto de los cuales se establecía una especie de sindicación obligatoria en empresas de más de 25 obreros cuando la conformación del sindicato era acordada por a lo menos 55% de los trabajadores de la empresa; a los segundos podían afiliarse obreros, empleados, trabajadores independientes y patrones, pudiendo componerse de forma mixta entre éstos¹⁹, y siendo la sindicación en todo caso de carácter voluntaria.

En cuanto a la titularidad del derecho de sindicación, el CT de 1931 excluía a los trabajadores del sector público y del sector agrícola, representando este último el porcentaje más alto de población asalariada del sector privado, exclusión que en opinión de Rojas (2007) respondió a una decisión política, no siendo posible desprenderla del modelo normativo original. Posteriormente, en el año 1948 se dicta la Ley N° 8.111, conocida popularmente

¹⁶ Narbona (2015) señala ejemplos de este régimen jurídico diferenciado: a. En relación al aviso previo del desahucio empresarial, se exigen seis días para el obrero y treinta días para el empleado; b. En cuanto a la edad de jubilación, los obreros jubilaban a los sesenta y cinco años y los empleados podrían hacerlos cumplidos los treinta y cinco años de servicio.

¹⁷ Artículo 370 inciso 1° del CT 1931: “Los Sindicatos Industriales y Profesionales se considerarán legalmente constituidos una vez concedida la personalidad jurídica por el Presidente de la República”.

¹⁸ Artículo 363 del CT 1931: “Los Sindicatos pueden ser de patrones, de empleados, de obreros, mixtos o/y de personas que ejerzan profesión u oficio independiente. Los Sindicatos son Industriales y Profesionales.”

¹⁹ Esta forma de integración de los sindicatos responde según Narbona (2015) a una visión unitarista de la empresa, idea propia de una concepción de sindicato fascista europeo conocido como *sindicato vertical o corporativo*, contemporánea a las fechas de creación de los modelos laborales latinoamericanos.

como la “ley de no sindicación campesina”, toda vez que permitía, con diversas dificultades, la constitución de organizaciones campesinas, pero excluyéndolas de actividades esenciales de los sindicatos.

Del derecho a negociación colectiva también fueron excluidas determinadas organizaciones sindicales. Así, si bien los sindicatos industriales estaban facultados para el ejercicio de este derecho, las confederaciones de sindicatos estaban privadas de negociar colectivamente, reconociéndoseles solamente fines de educación, asistencia, previsión y establecimientos de economatos y cooperativas.²⁰ En cuanto a los trabajadores profesionales, a estos se les permitió negociar en ambos niveles organizativos. No obstante cabe señalar que si bien se les reconocía titularidad para negociar a nivel de rama, ésta se encontraba muy restringida dado que se exigía a sus confederaciones ser constituidas únicamente por trabajadores de una misma profesión y oficio.²¹ Así, es posible concluir que el CT de 1931 privilegiaba una negociación colectiva a nivel de empresa, permitiendo la negociación supra empresa en hipótesis sumamente restringidas. A raíz de las restricciones descritas, la tasa de trabajadores que negociaban colectivamente fue muy baja. En este sentido, Rojas (2009) sostiene

Al año 1964 la aplicación de este modelo normativo en el sistema de relaciones laborales entonces existente había significado que sólo un 17,5% de los trabajadores dependientes del sector privado estuvieran sindicalizados. De estos trabajadores, un 53,2% estaba afiliado a sindicatos industriales (es decir, 148.364 trabajadores en 644 sindicatos industriales; por tanto, cada sindicato tenía un promedio de 230 trabajadores), un 46,2% estaba afiliado a sindicatos profesionales (128.960 trabajadores en 1.236 sindicatos profesionales, por lo que en promedio

²⁰ Artículo 383 CT 1931: “Sólo se permitirán las reuniones o confederaciones de Sindicatos Industriales para fines de educación, asistencia, previsión y para el establecimiento de economatos y cooperativas”.

²¹ Artículo 411 inciso 1 CT 1931: “Los Sindicatos Profesionales, que tengan por base un mismo oficio o profesión, podrán constituir uniones o confederaciones para el estudio, desarrollo y legítima defensa de los intereses comunes.”

eran 104 trabajadores por sindicato) y un 0,6% en sindicato agrícola, lo que equivale a un 0,6% y el tamaño promedio era de 68 trabajadores (p. 81).²²

En lo relativo el derecho a huelga, este fue regulado entre los artículo 540 y 546 del texto legal en análisis, como un mecanismo de *ultima ratio* una vez agotados los procedimientos de conciliación integrantes de la negociación colectiva.²³ Una de sus características importantes era que no se establecía plazo de duración del ejercicio de este derecho, considerándose indefinido, así como también entendiéndose prohibido el reemplazo de los trabajadores huelguistas. En consideración de lo anterior, se ha afirmado que

(...) si bien se trataba de un derecho de huelga más efectivo que el actual (especialmente por la prohibición de reemplazo), se veía afectado por la tónica de todo el sistema de relaciones laborales, que era la marcada intervención estatal en el conflicto laboral (Narbona, 2015, p. 9).

2.2. Reformas al modelo laboral antiguo

El modelo normativo descrito reguló las relaciones laborales por más de 40 años en nuestro país, no obstante experimentó modificaciones en los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende Gossens a través de reformas que, si bien no generaron un cambio global del modelo, sí fueron avances relevantes en áreas determinadas, siendo las principales la Ley N° 16.625 de Sindicación Campesina del año 1964 y la Ley N° 17.074 de Reajuste de las Remuneraciones de los Empleados y Obreros del año 1968.

La Ley de Sindicación Campesina, que permite y hace efectiva la sindicación a aquellos que históricamente se les había negado aquel derecho, tiene lugar en un macro proceso de modificación de la estructura agraria tradicional, en conjunto con la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria. Esta importante reforma implicó

²² Las cifras utilizadas por la autora citada fueron extraídas de estudio llamado “Estadísticas Sindicales 1956-1972”, DERTO, Departamento de Relaciones de Trabajo y Desarrollo Organizacional, Universidad de Chile, Santiago.

²³ El enunciado del artículo 540 del CT 1931 dice: “Fracasadas todas las gestiones de arreglo, el Sindicato podrá declarar la huelga siempre que concurren las circunstancias siguientes:”

(...) que el número de trabajadores agrícolas sindicalizados aumentara de 1.652 en el año 1964 a 226.909 en 1972, última cifra registrada antes del quiebre democrático del año 1973 (Derto, 1977), por lo que el tamaño promedio del sindicato era de 272 trabajadores (Rojas, 2009, p. 88).

Respecto a la Ley de Regulación Constitucional de Reajuste de las Remuneraciones de los Empleados y Obreros, esta responde a la necesidad de modificar el sistema de Tarifado Nacional existente a partir del CT de 1931, en donde el salario mínimo de los trabajadores se determinaba mediante acuerdos por comisiones tripartitas en cada industria, integradas por trabajadores, patrones y autoridad administrativa, apuntando con esta reforma a un “(...) objetivo de justicia, dado que quienes ejecutaren una igual función en una misma actividad obtendrían igual remuneración y condiciones de trabajo.” (Rojas, 2009, p.89). Este nuevo sistema facultó al Presidente de la República a constituir comisiones tripartitas mediante decretos, con cuyo acuerdo unánime permitía fijar remuneraciones y condiciones laborales comunes a ramas de actividades.

3. Fundamentos del actual modelo: el Plan Laboral

El modelo laboral establecido por la dictadura cívico militar conocido como Plan Laboral, es integrante de las llamadas “Siete Modernizaciones” ideadas por José Piñera, las cuales abarcaron no sólo el área de las relaciones laborales y la seguridad social, sino también el área de la salud, agricultura, justicia y división administrativa. Estas modernizaciones, se orientaron

(...) principalmente a la apertura de mercados en las más diversas áreas de la vida económica y social nacional. De esta forma, Chile se adelanta varios años a un movimiento internacional del capital que irrumpe en la década de los 80 y que se caracteriza por un capitalismo más flexible en sus formas de acumulación (...) conocido más comúnmente como Neoliberalismo y, en círculos menos masivos, como régimen de acumulación flexible (Narbona, 2015, p. 16-17).

Así, la primera de estas modernizaciones estuvo dirigida al mundo del trabajo, y en específico, al derecho colectivo del trabajo.²⁴ En efecto, este modelo está compuesto por dos Decretos Ley del año 1979; el D.L. N° 2.756 publicado el 3 de julio sobre organizaciones sindicales y el D.L. N° 2.758 publicado el 6 de julio sobre negociación colectiva que, junto a otros cuerpos normativos²⁵, dan lugar a la Ley N° 16.620 del año 1987 que crea el Nuevo Código del Trabajo.

3.1. El camino hacia el Plan Laboral (1973-1979)

Antes de adentrarnos en el contenido y fundamento del Plan Laboral, resulta relevante detenemos brevemente en el periodo que medió entre el golpe de Estado y la consagración del nuevo modelo. Este interregno resulta de especial interés en tanto fueron diversas las estrategias ensayadas por parte del gobierno, incluso ideológicamente opuestas, a fin de neutralizar y despolitiza a este sector de la población, siendo la centralidad represiva del movimiento sindical un factor común.²⁶ En este sentido, Álvarez (2010) sostiene,

²⁴ En este sentido, Piñera (1990) indica:

El Plan Laboral no tiene nada que ver con el derecho individual del trabajo. El Plan Laboral es en realidad única y exclusivamente un plan sindical y si no lo bautizamos así fue porque nos pareció que las dos palabras no sonaban bien. Era mucho más hermoso el título de Plan Laboral. Desgraciadamente, como se vio después, era también más equívoco y la gente todavía tiende a mezclar el Plan Laboral con normas y disposiciones que son ajenas a él como, por ejemplo, las normas sobre despido de trabajadores (...) (p. 49).

²⁵ Si bien el Plan Laboral compuesto por estos dos Decretos Ley fue el eje central de este nuevo modelo normativo, existieron otros cuerpos legales que los complementaron. Así, el D.L. 2.200 de 1978 derogó la Ley N° 16.455 sobre estabilidad relativa del empleo, estableciendo el libre despido sin expresión de causa con el simple requisito de aviso previo de 30 días y la facultad del empleador de modificar unilateralmente el contrato individual de trabajo; el D.L. 2.759 de 1979 deroga la Ley N° 16.757 que establecía restricciones a la subcontratación; la Ley N° 18.018 de 1981 complementaba el D.L. 2.200 llegando a establecer un sistema de libre despido prácticamente absoluto.

²⁶ Valenzuela (1986) explica diversas manifestaciones de esta centralidad represiva: dirigentes sindicales de izquierda fueron despedidos, apresados, exiliados e incluso fusilados; disolución de asociaciones del sector estatal así como también federaciones y confederaciones asociadas a sectores pertenecientes a la Unidad Popular. Así, la sede de la Central Única de Trabajadores y de las federaciones afiliadas a ella fueron ocupadas por militares, tanto en Santiago como en provincias, el mismo día del golpe, revocando su personalidad jurídica y confiscando sus propiedades. Mismas medidas fueron tomadas en contra del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación y contra dos de las tres confederaciones del sector agrario; promulgación de decretos que eliminaban la capacidad de los sindicatos de representar y defender sus intereses. Entre los que destacan, el Bando 36 (septiembre 1973) suspendió la presentación de pliegos de negociación y suspendió el derecho de los dirigentes sindicales de ausentarse de su trabajo para atender a asuntos sindicales. El D.L. 32 (octubre 1973) permite el despido de obreros que hubiesen participado en la dirección de huelgas ilegales en el pasado o en el futuro. El D.L. 198 (diciembre 1973) limita las reuniones de los sindicatos a asuntos administrativos, con previo aviso a la policía, suspende a su vez las elecciones sindicales.

Existe consenso en señalar que la Fuerzas Armadas no poseían un proyecto político coherente en la primera época de régimen militar. Junto con la heterogénea derecha que se había unido para derrocar a Allende, dentro de las propias instituciones castrenses convivía la tradición estatista del ibañismo, junto a posturas pragmáticas, que posteriormente permitirían la hegemonía de las posiciones neoliberales. Pero lo que sí tuvo claro el régimen desde un comienzo, fue la necesidad de desactivar al movimiento popular (p. 331).

Campero y Valenzuela (1984) denominan este periodo como uno “de emergencia”, en el cual, si bien aún no se generaba un entramado normativo completo que pudiese reemplazar el CT de 1931, sí se dictaron normas que se opusieron al mismo, haciéndolo inaplicable. Dentro de este periodo los autores distinguen tres momentos. El primero, situado entre 1973 y 1974, se caracterizó por la “dictación de normas de ‘emergencia inicial’ (...) en el cual el cuadro normativo global apunta hacia la desarticulación de las organizaciones sindicales y hacia el bloqueo de sus mecanismos de acción” (Campero y Valenzuela, 1984, p. 114).

El segundo momento, corresponde a la estrategia liderada por el Ministro del Trabajo General de la Fuerza Aérea Nicanor Díaz Estrada, quien entre los años 1974 y 1975 impulsó la institucionalización de un sindicalismo corporativista-despolitizado, apoyándose en el respaldo de grupos gremiales con tradición corporativa. Tucapel Jiménez, presidente de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), Federico Mujica, presidente de la Confederación de Empleados Particulares de Chile (CEPCH), y otros representantes de los trabajadores de la salud, textiles, bancarios y metalúrgicos, fueron algunos de los dirigentes sindicales que formaron este grupo de apoyo. Álvarez (2010) explica que el perfil común entre ellos era de laxitud ideológica, provenientes de matrices demócratacristianas, laicas o izquierdistas, siendo su principal preocupación la defensa corporativa de sus afiliados. Pero este grupo de trabajadores no sólo cumplió con un rol colaborador en el vuelco a un nuevo sindicalismo corporativista y despolitizado, sino que también contribuyó en la defensa del gobierno militar de cara a las organizaciones internacionales que miraban con repudio a Chile a propósito de las violaciones a los derechos humanos que estaban ocurriendo en nuestro país.²⁷ Así, este grupo asistió en Ginebra a la reunión anual de la OIT en el año 1974 en

²⁷ Zapata (2010), en cuanto a las violaciones a los derechos sindicales de aquel entonces señala:

representación del gobierno militar, hito por el cual fueron popularmente conocidos como “los ginebrinos”.

Las comisiones tripartitas también fueron una institución que se enmarca dentro de esta estrategia. Éstas se organizaban a nivel de rama industrial y eran integradas por representantes de los trabajadores, empleadores y el Estado. La finalidad de las mismas era que fuesen un espacio de discusión de sueldos, beneficios y condiciones de trabajo, no obstante sus decisiones no eran vinculantes. Sólo podían –existiendo unanimidad entre sus miembros– enviar recomendaciones al Ministerio del Trabajo para que éste las acogiese por Decreto. Estas comisiones en su implementación fracasaron pues su cobertura fue insignificante,²⁸ a lo cual se sumó la nula voluntad, del gobierno y del empresariado, de abrir verdaderamente un espacio de discusión acerca de las problemáticas obreras.

El primero de mayo de 1975 se presentó a las organizaciones de trabajadores afines a la dictadura un pre proyecto de Nuevo Código del Trabajo, el cual tuvo como características posicionar el “(...) nivel de rama como prácticamente el único nivel del sistema de relaciones laborales chileno, ejerciéndose allí una negociación por rama con un minúsculo derecho a huelga (casi inexistente) y una intervención determinante del Estado en el proceso obligatorio de mediación” (Narbona, 2015, p. 14).

No tuvo que pasar mucho tiempo para que se hiciese evidente el fracaso de esta estrategia. La represión al movimiento sindical y las restricciones vulneratorias de los derechos sindicales hicieron evidente un propósito únicamente instrumental en la unión de las fuerzas golpistas con este grupo de trabajadores. A fines del año 1975, parte de los dirigentes sindicales en principio cercanos al gobierno militar conformaron el denominado “Grupo de los Diez”. Este fue el primer paso para la ruptura definitiva del grupo con el régimen, conformándose en lo sucesivo nuevas organizaciones dentro de movimiento sindical

Según el estudio hecho por los integrantes de la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical titulado *La situación sindical en Chile* (OIT, 1975), y publicado a mediados de 1975, existen numerosas quejas sobre violaciones de los derechos sindicales en Chile después del 11 de septiembre de 1973. Se presentaron quejas sobre la vida y la libertad de los dirigentes sindicales, sobre la disolución de la Central Única de Trabajadores, y de muchos sindicatos, y sobre medidas que tendrían por objeto suprimir o restringir ciertos derechos sindicales (p. 193).

²⁸Según los datos entregados por Valenzuela (1986), sólo se crearon 20 comisiones, que cubrían un porcentaje ínfimo del sector industrial y de servicios, y a fines de 1977 sólo 13 de ellos celebraron su primera reunión.

opositoras al gobierno militar, siendo la Coordinadora Nacional Sindical (CNS) una de las más relevantes. Al respecto, Valenzuela (1986) relata que, habiendo el gobierno

(...) creado las condiciones para que los líderes no marxistas se convirtieran en los voceros del movimiento obrero, esos líderes continuaron ocupando este espacio, pero ahora de una forma completamente distinta: dichos líderes, en especial los que formaban parte del Grupo de los Diez, se convirtieron, como la punta de un témpano, en el sector más visible de un amplio consenso de oposición formado por líderes laborales de todas las tendencias y en todos los niveles de la organización sindical (s.p.).

El tercer momento de este periodo, tiene lugar entre los años 1976 y 1977, estando a la cabecera del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social Sergio Fernández y Vasco Costa. En contraste con la etapa liderada por Díaz Estrada, Campero y Valenzuela (1984), señalan

El proyecto del ministro Díaz Estrada representa una opción que, si bien es autoritaria, trata de centrar esta autoridad en el gobierno (el Ministro del Trabajo) más que en los mandos militares (el Ministro del Interior) como había venido ocurriendo antes de su ejercicio ministerial. Por otra parte, intenta incorporar a los sectores sindicales no marxistas (...) en el marco de una política sindical que reconoce cierta autonomía a las entidades laborales como agentes político-sociales sin renunciar al encuadre autoritario.

(...) El tercer momento de este primer periodo constituye una fase de recrudescimiento de la represión sindical, de desarticulación de la política de Nicanor Díaz Estrada y de un mayor énfasis en el autoritarismo militar (p. 115-116).

Por lo anterior, a fines del año 1977 el gobierno no tenía vínculo con prácticamente ningún grupo sindical del país, a lo cual se sumaron dos importantes hitos coyunturales: movilizaciones de trabajadores en sectores productivos de gran importancia²⁹, y la amenaza de boicot al comercio exterior de Chile por parte de la Organización Regional Interamericana del

²⁹ Diversas manifestaciones de gran relevancia, incluso con huelgas no formalizadas de gran magnitud, tuvieron lugar en la minería. Así, el Teniente en 1977, El Salvador y Chuquicamata en 1978.

Trabajo (ORIT). En este contexto es que Augusto Pinochet designa a José Piñera Echeñique como ministro del Trabajo y Previsión Social, quien asume esta cartera con la misión de “(...) detener el boicot contra las exportaciones dando señales de apertura y a la vez de sentar las bases permanentes de un modelo sindical que libere las trabas a la iniciativa privada y que evite un reflote de la ‘insurgencia’” (Narbona, 2015, p. 17). Con Piñera a la cabeza de la cartera laboral, se pone fin al periodo “de emergencia”, dándose inicio a una nueva etapa que establecería una nueva institucionalidad laboral que reemplazaría sustantiva y definitivamente el antiguo CT de 1931.

3.2. Los fundamentos del Plan Laboral

El modelo implementado por Piñera produjo un fuerte quiebre con el antiguo sistema de relaciones laborales chileno, así como también, con los estándares establecidos por los organismos internacionales. En términos generales, Caamaño (2016) explica que éste respondió a un interés de generar una regulación que fuese concordante y servil al modelo económico neoliberal, dándole un rol preponderante al derecho de propiedad y la eliminación de eventuales trabas a la libre iniciativa privada en materia económica.

En esta lógica, los ideólogos del Plan Laboral le niegan a la negociación colectiva su función distributiva, considerándola únicamente aseguradora de la equivalencia entre remuneraciones y productividad.³⁰ Así, en palabras de Piñera (1990)

Es necesario romper con los mitos que se adueñaron por años de esta área de la legislación laboral y advertir que la negociación colectiva en ningún caso ha de ser un mecanismo para redistribuir los ingresos o la riqueza en el país.

(...) El objetivo del proceso de negociación colectiva es asegurar, por consiguiente, el logro de una equivalencia entre remuneraciones y productividad.

Para este efecto, el sistema diseñado por el Plan Laboral hace jugar libremente los

³⁰ Al respecto, López (2009) explica:

(...) las tradicionales instituciones del derecho laboral que apuntan a la redistribución salarial están vigorosamente atenuadas en la legislación chilena, hasta el punto de perder casi del todo el sentido. En efecto, la negociación colectiva y la huelga están instituidas bajo la orientación de que no sirvan para aumentar los salarios por sobre el *salario de mercado*: cada negociación colectiva debe enfrentar el desafío de renegociar los beneficios pactados, porque no existe la obligación empresarial de reconocer el monto de los derechos previamente negociados (p. 64).

intereses, aspiraciones y conveniencias que puedan tener empleadores y trabajadores. Los hace jugar libremente, pero sin perder de vista la disciplina del mercado (p. 106-107).

En el mismo sentido, en relación a la función de la huelga el autor señala

El Plan Laboral desdramatiza el conflicto social. La huelga ya no es un arma para imponer nuevas reglas del juego, deja de ser ese terrible instrumento de presión a través del cual los trabajadores fuerzan un mejoramiento artificial de remuneraciones –generando de paso daños a la comunidad y conmoción política y social- y pasa a ser lo que toda huelga debe ser: un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad (p. 51).

Las actas de sesiones secretas legislativas de la Junta de Gobierno, nos otorgan relevante información a la hora de dilucidar los fundamentos que hay detrás de la regulación de la huelga en el Plan Laboral, la cual evidentemente no era “del gusto” de los legisladores de aquel entonces. A modo ilustrativo citaremos algunas de las opiniones vertidas por los participantes en el acta N°372-A de Sesión Secreta Legislativa de la H. Junta de Gobierno con fecha 25 de junio de 1979.

Palabras del Director General de Carabineros César Mendoza Durán:

Personalmente, soy enemigo de las huelgas por estimar que ellas no deberían existir a esta altura de la evolución de la sociedad. Sería lo mismo si ahora hubiera, por ejemplo, malones, o que por dificultades que hubiera entre la Municipalidad de La Reina y la de Las Condes éstas pudieran declarar la guerra. Sería inconcebible. Sin embargo, aquello era perfectamente lícito y normal en tiempos de los araucanos. A fines del siglo pasado y comienzos del presente la huelga era muy lícita por razones que todos conocemos, pero ahora mi opinión personal es que es innecesaria.

(...) Sin embargo, como esto no lo aceptan los organismos internacionales, entonces establezcamos el derecho de huelga como es tradicional, pero

modifiquemos el procedimiento, la reglamentación y, a lo mejor, podemos llegar a algo mejor (p. 95).

Palabras de Ministro del Trabajo y Previsión Social José Piñera Echeñique:

A mi juicio, la huelga es un problema extraordinariamente difícil. (...) Creo que las soluciones de esta materia son tres: una, prohibir la huelga, que era un poco lo que había pensado inicialmente, pero yo diría que no sólo tiene un problema internacional, sino también uno interno muy grande, por cuanto no se puede prohibir ciertos comportamientos humanos (p.96).

Desde los elementos ideológicos enunciados, se construye un modelo con características que Narbona (2015), a modo general, sistematiza en cuatro pilares fundamentales: (i) Negociación colectiva limitada a la empresa, con procedimiento híper reglado y con gran reduccionismo de las materias sujetas a negociación; (ii) Huelga no paralizadora, al existir posibilidad de reemplazo de trabajadores huelguistas y plantear de manera muy reduccionista el alcance de la huelga, excluyendo muchas modalidades de la misma; (iii) Liberalismo organizativo con paralelismo organizacional entre grupos negociadores y sindicatos, y entre estos últimos, dentro de la misma empresa y; (iv) Despolitización sindical, anclando las reivindicaciones sindicales únicamente a aquellas de índole económico dentro de la empresa, desvinculándolo de asunto generales de la sociedad.

4. Regulación normativa de la huelga a partir del Plan Laboral

4.1. La huelga en la Constitución Política de la República

La Constitución Política hace referencia al derecho a huelga de forma sui generis. Si bien en el catálogo de derechos fundamentales ubicado en su artículo 19 no lo consagra expresamente, sí dispone quiénes están desprovistos de ejercer este derecho. En efecto, el artículo 19 N° 16 establece

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. 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.

Esta ambigua forma de regulación constitucional es excepcional en el panorama internacional. En efecto, el grueso de las Constituciones consagran explícitamente el derecho a huelga de manera más o menos extensa.³¹ Esto se debe a que la Comisión Ortúzar, Constituyente de nuestra actual Carta Fundamental, estaba integrada por un grupo de juristas que miraban con recelo la huelga, pese a lo cual no optaron por suprimirlo del todo en tanto para la comunidad internacional es un elemento básico de cualquier régimen democrático.³²

No obstante lo anterior, hoy día en Chile existe consenso, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial,³³ de que la huelga es un derecho constitucionalmente garantizado. Para fundamentar ello, Gamonal (2013) sostiene que son diversas las tesis esgrimidas: la *tesis dogmática*, según la cual el derecho a huelga se deriva de otros derechos reconocidos

³¹ Al respecto Ugarte (2015) explica que el derecho a huelga está recogido en la mayoría de las democracias occidentales, y que en aquellos casos en que las Constituciones no se refieren al mismo, jurisprudencialmente se ha construido a partir de otros derechos fundamentales como los casos de Japón, Alemania y Suecia.

³² Ilustrativo de esta reflexión son las palabras del abogado Enrique Evans, integrante de la Comisión Ortúzar, que constan en el acta de la Sesión 195ª de la Comisión Constituyente (1976):

Cree que no es posible suprimir del texto constitucional el derecho de huelga, que está consagrado en forma absolutamente tímida. En efecto, dice “todo ello en conformidad a la ley”. Es decir, la ley podría, evidentemente, en casos de industrias tales o cuales —las que señaló el Presidente—, restringir el derecho de huelga, e incluso, en casos de conflictos que afecten gravemente a la seguridad nacional, de bienes de importancia estratégica, de bienes de fundamental importancia para el desarrollo normal de la vida colectiva, limitarlo o restringirlo de tal manera que, en el, hecho, implique una suspensión del mismo, a través del arbitraje obligatorio. De modo que la forma tímida en que está consagrado en la Constitución le parece que basta para que pueda cumplirse muchos objetivos de bien público, como los que señaló el señor Ministro y después el señor Presidente, sin necesidad de aparecer en una posición, que consideraría absolutamente regresiva, de suprimir el derecho de huelga del texto constitucional. Debe recordarse que los demócratas han señalado con el dedo a los totalitarios de todos los colores, diciéndoles que en esos regímenes se ha suprimido el derecho de huelga (p. 403-404).

³³ El fallo de la Corte Suprema en causa ROL 3514-2014, de fecha 4 de diciembre de 2014, en su considerando 23º expresa que

(...) debe dejarse en claro que la circunstancia de no existir en la carta fundamental una disposición explícitamente consagratória del derecho a la huelga no quiere decir, como también se adelantó, que ella no garantice ese derecho, por cuanto al vedarlo de la manera que lo hace en el acápite 16º de su artículo 19 únicamente respecto de sectores o entes determinados, obviamente consagra una excepción que conlleva la regla general permisiva.

constitucionalmente como la libertad sindical y la negociación colectiva; la *tesis del bloque de constitucionalidad*, que fundamenta la consagración constitucional de la huelga a partir del inciso 2° del artículo 5 de la Carta Fundamental y de que Chile ha ratificado tratados internacionales que la contemplan como un derecho fundamental; y por último la *tesis implícita*, que como su nombre lo indica, sostiene una consagración implícita de la huelga en la redacción del texto constitucional. En efecto, la técnica de estatuir quiénes tienen prohibido declararse en huelga acarrearía la consecuencia de consagrarla como derecho para todos aquellos sujetos no contemplados en dicha restricción.

No obstante el consenso respecto al estatus constitucional del derecho a huelga, creemos sería positiva su consagración expresa. Esto evita cualquier duda u objeción que pudiese eventualmente aparecer y reafirma el valor que como comunidad política le concedemos a un derecho esencial de los trabajadores como lo es la huelga.

4.2. La huelga en el Código del Trabajo de 1987

4.2.1. Un derecho procedimentalizado

A nivel legal el derecho a huelga se encuentra regulado casi íntegramente en el Código del Trabajo (en adelante, CT), en su Título VI del Libro IV “De la Huelga y del Cierre Temporal de las Empresas”.³⁴ Éste fue dictado en el año 1987 y le proporcionó la sistematicidad normativa propia de un código legal al Plan Laboral de la Dictadura, cuya expresión jurídica previa consistía en una serie inorgánica de normas, como ya hemos reseñado previamente.

³⁴ Excepción a esto es el artículo 11 de la Ley N° 12.927 de Seguridad Interior del Estado que tipifica como delito la huelga bajo ciertas circunstancias. En efecto, el mencionado artículo señala:

Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública; o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.

En la misma pena incurrirán los que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior.

Varas (s.f.) formula una crítica a esta norma, argumentando que se conculca la libertad sindical atendiendo el criterio del CLS, el cual ha sostenido se produce tal vulneración cuando se sanciona a quienes han organizado o participado en una huelga pacífica.

El CT consagra el modelo de relaciones laborales que rigen en Chile hasta el día de hoy, cuyos fundamentos hemos descrito con anterioridad. Sus características se han mantenido inalterables en el tiempo, toda vez que las leyes N° 19.069 y N° 29.759, dictadas bajo sendos gobiernos de la coalición Concertación de Partidos por la Democracia en los años 1990 y 2001 respectivamente, si bien reformaron ciertos aspectos de nuestro derecho laboral, tanto en lo referido a su dimensión individual como colectiva, no alteraron sustancialmente la lógica presente en el CT. Así, la arista colectiva de nuestro derecho del trabajo ha mantenido su rigidez e hiper reglamentación, como veremos en lo sucesivo.

El CT no entrega definición alguna del concepto de huelga. No obstante, a través de una minuciosa regulación establece los supuestos bajo los que es lícito recurrir a ella, qué sujetos están autorizados a declararse en huelga y cómo deben llevarla a cabo, qué efectos produce en las relaciones jurídicas de los actores involucrados, de qué modos y cuándo culmina y las sanciones que acarrea el incumplimiento de alguno de los aspectos de dichas reglas. La frondosidad de esta normativa resulta a lo menos cuestionable. En efecto, se ha sostenido por parte de diversos autores que esta procedimentalización tiene como principal consecuencia obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga. En este sentido, Ermida (1996) explica que si

(...) una ley, decreto o reglamento somete el ejercicio del derecho de huelga a un número de formalidades tal y a la aplicación de medios de solución de conflictos de tal envergadura, de tal detalle, de tal prolongación en su trámite que, en la práctica, tiene el efecto de volver muy difícil o imposible el ejercicio del derecho de huelga. De hecho, esto equivale a negar el ejercicio del derecho (Gamonal, 2002, p. 421-422).

Por su parte Varas (2003) ha sostenido que “(...) aunque parezca paradójico - ya que nos encontramos ante un derecho fundamental reconocido internacionalmente-, su regulación legal es fuertemente restrictiva, al punto de llegar a anular su eficacia” (p. 5). Ugarte y Caamaño (2010) se suman a esta postura argumentando que

(...) es común en nuestro continente que la ‘procedimentalización de la huelga’ se establezca más que como un modo de ordenar y racionalizar el ejercicio de un

derecho de conflicto, como una forma de evitar o dificultar su ejercicio, en ocasiones, a toda cosa (p. 86).

Los organismos internacionales también han emitido pronunciamientos en relación a esta temática. En efecto, el CLS ha señalado que “los procedimientos legales para declarar la huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal” (OIT, 2006, p. 120).

4.2.2. ¿Un modelo contractualista?

Anteriormente hemos señalado que existen tres grandes modelos de huelga a nivel de derecho comparado: polivalentes, autónomos y contractualistas. El CT regula la huelga en los términos de este último modelo, pues el articulado que la reglamenta la concibe única y exclusivamente como una etapa de la negociación colectiva reglada. Por ello, estaría destinada únicamente a operar como un mecanismo de presión en contra del empleador en el contexto de la negociación de un instrumento colectivo, quedando excluidas modalidades de huelga tales como la de solidaridad, políticas, entre otras.

La doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han entendido que dada esta regulación restrictiva del CT, no habría huelga legal fuera de la negociación colectiva. En este sentido, Macchiavello (1989) señala

Si la huelga no está enmarcada dentro de las reglas indicadas, será un acto ilícito, civil o penal, según las circunstancias y los elementos que en su caso concurran.

El art. 338 plantea la huelga como una opción de los trabajadores entre la aceptación de la última oferta de la empresa y la declaración de la huelga, que significa el rechazo no irreversible de aquella proposición (p. 445).³⁵

Para otra parte de la doctrina, esto resulta contradictorio con la idea misma de que la huelga constituye un derecho fundamental. En este sentido, Ugarte (2015) señala que, si la huelga

³⁵ El contenido del artículo 338 del CT de la época, se encuentra en términos muy similares recogido en el actual artículo 370.

(...) es un derecho fundamental no solo no es indeseable, sino que es expresión de una porción de la realidad - bienes e intereses- que se considera especialmente valiosa desde el punto de vista social, y cuyo ámbito de protección debe ser entendido (...) del modo más amplio posible. De ahí que la afirmación de que la huelga es un derecho fundamental es incompatible con la idea de un modelo contractual de huelga (...) y más aun, con la idea de que cualquier huelga, fuera de la negociación colectiva, es ilícita o contraria al derecho (p. 197).

Siguiendo esta línea argumentativa, no resulta aceptable el modelo contractualista desde una interpretación pro persona de los derechos fundamentales.³⁶ Asimismo, tampoco existen razones normativas para sostener que la huelga se encuentra circunscrita exclusivamente a su faz contractual. No existe artículo del CT ni norma legal alguna que declare que es ilícita fuera de la negociación colectiva. En este sentido, Ugarte (2015), explica

En rigor, lo que ocurre con la huelga fuera de la negociación colectiva, puede describirse como una hipótesis de laguna normativa, esto es, de falta de una norma jurídica que tenga como propiedad relevante la acción de huelga y que la conecte con alguna calificación deóntica - prohibida, maniatada o permitida-. Y en esos casos, como es predecible, la forma de colmar la laguna o el vacío normativo es recurriendo a las normas y valores superiores reconocidos por el sistema jurídico que, en este caso, establecen que la libertad sindical es un principio con jerarquía constitucional (p. 194).

En cuanto a la jurisprudencia, si bien ha tendido tradicionalmente a considerar la huelga como algo indeseable -una suerte de *ultima ratio*- que debe ser aplicado de manera sumamente restrictiva³⁷, los tribunales han dado luces de apuntar en esta última dirección. En

³⁶ Medellín (2013) señala que el principio pro persona (...) implica, en su formulación más sencilla, un mandato constitucional a través del cual se busca favorecer en todo momento la protección más amplia para las personas. Como ha quedado establecido, este principio tiene una relevancia indiscutible en el proceso de interpretación de las normas que determinan el contenido y alcance de los derechos, sea cual fuere su fuente o rango dentro de un sistema jurídico determinado (p. 68).

³⁷ A modo de ejemplo, en sentencia dictada por la Corte Suprema en Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente con Cerámicas Industriales Fanaloza S.A (2008), en su considerando décimo expresa: Que, en efecto, la propia normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva a la que se hace alusión en el motivo anterior, en la medida en que, además, de tratarse de un

concreto, la Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo de Actionline Chile S.A. con Yutronic (2016) reconoció el derecho a huelga fuera de la negociación colectiva. Así, en su considerando quinto señaló

(...) La sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la 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.

Por su parte, la CS al conocer de este asunto por la vía de recurso de unificación de jurisprudencia, omitió pronunciarse sobre el fondo del asunto, no obstante ello, según Herrera (2016) -que analiza ambos fallos- pareciera que para la mayoría de los operadores jurídicos este asunto habría quedado zanjado.

4.2.3. Titularidad y sujetos activos

La titularidad del derecho a huelga tiene un carácter peculiar. Gamonal (2002) señala que ésta es individual de cada trabajador, en tanto debe decidir si adhiere o no a una movilización concreta, pero necesariamente debe ser ejercida colectivamente pues la huelga no se entiende iniciada si no participan al menos la mitad de los trabajadores que se manifestaron en la votación respectiva. Asimismo, las decisiones de deponer la movilización o de aceptar una oferta o solicitud de arbitraje del empleador se toman por el conjunto de los trabajadores movilizados. Además, la mesa negociadora se debe a sus representados que son este mismo conjunto y que bajo ciertos presupuestos pueden revocar el mandato que le han entregado.

En tanto el CT regula la huelga exclusivamente como una fase de la negociación colectiva reglada, los sujetos activos para ejercer al derecho a huelga se limitan a las colectividades de trabajadores que se encuentran negociando con su empleador bajo dicho procedimiento. En efecto el artículo 372 CT en su inciso segundo prescribe que “Tendrán derecho a participar en la votación -de huelga- todos los trabajadores de la empresa respectiva

desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, siempre está presente en su reglamentación la idea de buscar una alternativa que importe el acuerdo entre trabajadores y empleadores.

involucrados en la negociación”. Ahora bien, las colectividades de trabajadores que participan en una negociación y huelga pueden ser diversas: (i) un sindicato de empresa; (ii) un grupo de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar;³⁸ o bien (iii) sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa o una federación o confederación.³⁹

4.2.4. Procedimiento para el ejercicio de la huelga

El procedimiento para el ejercicio de la huelga en el CT es extremadamente detallado en su reglamentación, considerando los siguientes pasos:

- a) Oportunidad. En el artículo 370 letra b) del CT se estatuye un plazo determinado para que los trabajadores se declaren en huelga. Debe ser dentro de los últimos cinco días de vigencia de un contrato colectivo o bien en los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco desde que el empleador ha presentado su proyecto de contrato colectivo.

- b) Votación y Quórum. Debe convocarse a la votación con al menos cinco días de anticipación, la cual debe efectuarse de manera personal, secreta y ante un ministro de fe según prescribe el artículo 372 del CT. La misma norma dispone también cómo deben redactarse los votos: son obligatorias las expresiones “huelga” y “última oferta del empleador”. En cuanto al quórum, el artículo 373 CT exige que sea acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva correspondiente. La misma norma dispone el efecto de que no se alcance esta mayoría: “Si no se obtuviere dicho quórum se entenderá que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador.”⁴⁰

³⁸ Ugarte y Camaño (2010) problematizan la equiparación entre sindicatos y grupos de negociación presente en el CT, señalando que fue incorporada con la finalidad de restar poder a los sindicatos, acorde a los pilares del Plan Laboral que ya hemos revisado. Si bien la existencia de estos grupo ha sido defendida por parte de la doctrina en nombre de la libertad de cada trabajador para decidir si afiliarse o no a un sindicato, los autores han criticado fuertemente este aspecto del CT por el peligro que encierra para los trabajadores la celebración de un instrumento colectivo que carezca ulteriormente de una entidad encargada de su administración.

³⁹ Si bien durante las reformas de los gobiernos democráticos se eliminó la prohibición de negociar colectivamente a nivel superior de empresa, Ugarte y Camaño (2010) sostienen que el CT regula de manera tal dicho nivel negociador que hace casi imposible su aplicación por exigir el acuerdo de los empleadores para negociar. Por ello mismo, en estricto rigor es una negociación pluriempresarial y no supreaempresarial.

⁴⁰ La misma norma contempla alternativamente la opción del inciso segundo del artículo 369 CT, esto es, suscribir un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las que contienen los respectivos contratos vigentes al momento de la presentación del proyecto, lo que no incluye las estipulaciones concernientes a la reajustabilidad tanto de las remuneraciones como los demás beneficios pactados en dinero.

c) Plazo de implementación. Una vez acordada la huelga, los trabajadores tienen restricciones también para determinar el momento de su ejecución. El CT dispone en su artículo 374 que debe hacerse efectiva dentro de los tres días siguientes a que fue votada, plazo prorrogable por otros diez en acuerdo de las partes. El momento de implementación de la huelga también puede verse afectada por la aplicación institución de los buenos oficios, la cual fue incorporada por la Ley N° 19.759 y se encuentra normada en el artículo 374 bis del CT facultando a cualquiera de las partes -sin necesidad de acuerdo entre ellas- a recurrir al Inspector del Trabajo competente para que cumpla una labor conciliadora, a fin de llegar a un acuerdo que zanje el conflicto. La solicitud de buenos oficios debe ejecutarse en el plazo de cuarenta y ocho horas a contar de la declaración de huelga, la cual se entenderá suspendida mientras éstos se tramiten. Los buenos oficios durarán cinco días hábiles a contar de la solicitud de intervención del Inspector del Trabajo, prorrogables por otros cinco días de común acuerdo de las partes. Una vez finalizados, la huelga debe concretarse a partir del día hábil siguiente.

d) Término de la huelga. La huelga puede llegar a su fin por dos grandes razones.⁴¹ (i) Una nueva votación, en tanto durante la huelga la comisión negociadora podrá convocar a otra votación ya sea para que los trabajadores se pronuncien sobre la posibilidad de someter el conflicto a mediación o arbitraje, o bien sobre un nuevo ofrecimiento del empleador, o incluso para pronunciarse nuevamente sobre su última oferta. El quórum necesario para tomar estas decisiones es la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados; (ii) Reintegro de trabajadores, en tanto el CT al regular el reemplazo de trabajadores estatuye la facultad de ellos de reintegrarse individualmente al trabajo. En el caso de producirse el reintegro de más de la mitad de los trabajadores adheridos a la huelga, esta “llegará a su término al final del mismo día en que tal situación se produzca. En dicho caso, los restantes trabajadores deberán reintegrarse dentro de los dos días siguientes al del término de la huelga, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador”.

⁴¹ Previo a la aprobación de la Ley N° 19.069, también había un límite temporal: la huelga no podía extenderse más allá de 60 días. Sin embargo era una regla de escasa aplicación toda vez que las huelgas no solían extenderse por lapsos de esa extensión.

4.2.5. Efectos jurídicos de la huelga

La declaración de huelga produce ciertos efectos jurídicos que alteran el estatus del contrato individual de cada trabajador huelguista y entrega diversas prerrogativas a ambas partes del conflicto. Así, los empleados movilizados son facultados para celebrar otros contratos de trabajo temporales y los empleadores -bajo el cumplimiento de ciertos requisitos legales- a recurrir al cierre patronal o lock-out y a contratar reemplazantes.

Acorde al artículo 377 del CT, mientras dure la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo entre los trabajadores involucrados en ella y el empleador afectado. Éste prescribe que “(...) los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías de dicho contrato.” Sin embargo, la suspensión del contrato es relativa, en tanto no afecta a la totalidad de consecuencias jurídicas emanadas de estas convenciones. Al respecto, la Dirección del Trabajo (en adelante, DT) ha sostenido que se circunscribe

(...) exclusivamente a aquellos beneficios o estipendios que, por la no prestación de trabajo efectivo en el marco legal de suspensión del contrato, no hacen y por lo mismo, no se devengan ni son exigibles en relación a los días de huelga, precisamente porque respecto de ellos no se genera el título necesario, cual es la ejecución del servicio durante el período laboral respectivo (Gamonal, 2002, p. 443).

En efecto, Gamonal (2002) explica que no se verían afectadas por la suspensión temporal del contrato las remuneraciones y/o beneficios que no digan directa relación con la prestación de los servicios, lo que incluye a aquellos que se encuentran pactados de antemano en el contrato y que están ligados a un evento, tiempo o fecha. Tampoco afecta al trabajador en cuanto a su antigüedad y los efectos laborales de la misma: gratificaciones, feriados, indemnización por años de servicios, etc.

Como consecuencia de la suspensión de los contratos de trabajo, también se contempla en el artículo 377 del CT la facultad de los trabajadores para realizar trabajos temporales sin que esto implique la terminación del contrato respecto al empleador contra el cual se dirige la huelga.

5. Limitaciones del derecho a huelga

5.1. Prohibición de los trabajadores del Estado y municipalidades

Como hemos señalado previamente, la Constitución prohíbe el derecho a huelga de los trabajadores del Estado y municipalidades. Gamonal (2002) destaca que no obstante ello, se han producido una gran cantidad de huelgas de este sector, consideradas ilegales, madurando un poder sindical importante y generando todo un derecho colectivo al margen de la ley.

5.2. Trabajadores que prestan servicios esenciales

La OIT ha definido los servicios esenciales como “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población” Azocar y Cruz (2015). La regulación respecto a ellos y a la obligación de prestar servicios mínimos ha sido criticada tanto por la doctrina nacional como por los organismos internacionales por su excesiva amplitud y vaguedad. En los apartados siguientes nos referiremos sucintamente a estas limitaciones al derecho a huelga, no obstante en el capítulo 3 de este trabajo las abordaremos en profundidad.

5.2.1. Prohibición de huelga en servicios esenciales

El CT replica la prohibición establecida en la Constitución respecto a los trabajadores que operan los denominados servicios esenciales. En efecto, en su artículo 384 el citado cuerpo legal dictamina que no pueden declararse en huelga y deberán someterse a arbitraje obligatorio a falta de acuerdo con su empleador, los trabajadores que atiendan servicios de utilidad pública y aquellos cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. Para encontrarnos en el segundo caso será necesario que la empresa de que se trate comprenda

parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

La calificación de encontrarse en alguno de los supuestos descritos la deben hacer por resolución conjunta los Ministros del Trabajo y Previsión Social y de Economía, Fomento y Reconstrucción, en el mes de julio de cada año. Esta disposición ha sido criticada por su vaguedad y amplitud tanto por la doctrina nacional así como por organismos internacionales. Al respecto, Azocar y Cruz (2015) expresan:

(...) a la luz de la doctrina de los órganos de control de la OIT (...) se advierte que a través de esta prohibición amplia de ejercer la huelga, el concepto que utiliza nuestra legislación respecto a los servicios esenciales abarca otros servicios que van más allá de aquel cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o en parte de la población nacional (p. 149).

5.2.2. Obligación de prestar servicios mínimos

El artículo 380 del CT dispone la obligación del sindicato o grupo negociador movilizadado de prestar el personal indispensable para la ejecución de servicios mínimos cuando la huelga ocurre en una empresa, predio o establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales. En ese sentido, Pinto (2016) señala que son aquellos que buscan

(...) asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones. Lo que busca es evitar peligros para la salud o la seguridad pública cuando la extensión de la huelga en virtud de su magnitud o duración pudiera provocar una situación de crisis nacional aguda (p. 65).

5.3. Reanudación de faenas

El CT dispone en su artículo 385 la institución de la reanudación de faenas. En virtud de ella, cuando una huelga o lock-out tenga un carácter que cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el Presidente de la República podrá poner fin a ella decretando la reanudación de faenas. Ésta se hará en las mismas condiciones vigentes al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo.

5.4. Reemplazo de trabajadores en huelga

El CT originalmente permitía plenamente el reemplazo de trabajadores en huelga, sin embargo la Ley N° 19.759 reformó este aspecto estableciendo en su artículo 381 una cláusula general de carácter prohibitivo con excepciones. Al respecto, Palavecino (2015) plantea que “A pesar de su redacción, no es técnicamente una norma prohibitiva, puesto que no veda absolutamente el reemplazo, sino que impone la observancia de ciertos requisitos para realizarlo” (p. 158). Así, la misma norma prescribe una serie de requisitos que, de ser cumplidos, autorizarían a realizar este reemplazo por parte del empleador: (i) La última oferta del empleador debe contener idénticas estipulaciones que el convenio, contrato o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del IPC del periodo entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento; (ii) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el periodo del contrato excluidos los doce últimos meses; y (iii) Un bono de reemplazo equivalente a cuatro UF por cada trabajador reemplazante, que se pagará por partes iguales a los trabajadores huelguistas dentro de los cinco días siguientes a que ésta haya finalizado. En definitiva esto constituye en estricto rigor una norma imperativa de requisitos.

Satisfechas estas tres exigencias, el empleador podrá contratar reemplazantes desde el primer día en que la huelga se ha hecho efectiva. En caso de no cumplirse con los requisitos de la oferta señaladas en (i) y (ii), o bien cumpliéndose fuera del plazo contemplado para ello⁴² pero habiendo cumplido con el bono de reemplazo, podrá igualmente contratar trabajadores de

⁴² El artículo 381 hace una remisión al plazo del artículo 372 para la última oferta que debe cumplir con los requisitos.

reemplazo a partir del décimo quinto día desde que se ha hecho efectiva la huelga. Esto tiene repercusiones también en el momento desde el cual el trabajador puede reincorporarse a sus labores de manera individual. En efecto, cuando la oferta cumple con la totalidad de las exigencias, podrá hacerlo a contar del décimo quinto día desde que la huelga es efectiva, de lo contrario, el reintegro individual podrá materializarse a partir del trigésimo día contado desde esa misma oportunidad. Por último, en caso de que la oferta satisfaga los requisitos y se efectúe fuera del plazo estipulado por el Código, podrá hacerlo a contar del décimo quinto día desde que ésta fue presentada o bien desde el trigésimo día de comenzada la huelga, según qué día acaezca primero.

El grueso de la doctrina se ha manifestado crítico de esta regulación, señalando que es una prohibición meramente formal pues las excepciones son de tal amplitud que habilitarían al empleador a recurrir usualmente al reemplazo. En este orden de ideas, Ugarte y Caamaño (2010) sostienen que “(...) lesiona gravemente el contenido esencial del derecho a huelga, vaciándolo en la práctica de la más mínima eficacia, haciéndolo simplemente irreconocible” (p. 93). Desde esta perspectiva, el artículo 381 del CT proporciona al empleador una herramienta desproporcionadamente poderosa que vuelve vanos los esfuerzos de los trabajadores en cuanto a alterar la normalidad productiva de la empresa, objetivo central de toda huelga, en tanto constituye el único medio que permite equilibrar las fuerzas antagónicas presentes en la negociación colectiva. Esta mirada crítica de la normativa del CT sobre reemplazo es compartida por el CLS, que ha efectuado recomendaciones al gobierno chileno en miras a cambiar esta situación

El reemplazo de los trabajadores menoscaba gravemente el derecho de huelga y repercute en el libre ejercicio de los derechos sindicales. La Comisión pide al Gobierno que modifique su legislación para garantizar que las empresas no puedan contratar nuevos estribaderos en sustitución de sus empleados mientras éstos realizan una huelga legal (Caamaño y Ugarte, 2010, p.95).

No obstante lo anterior, existen autores que defienden la posibilidad del reemplazo de trabajadores. En este sentido, Palavecino (2015) argumenta que, la prohibición de ésta es una medida coactiva que se ejerce ante todo contra otros trabajadores -impidiéndoles ofrecer sus servicios-, con la que secundariamente se afecta al empleador. Señala además, que la eventual

ventaja obtenida por los trabajadores en huelga no se consigue del empleador sino que en definitiva recae en la explotación de los consumidores.

Por su parte, en el Derecho Comparado el reemplazo de trabajadores también es considerado como una institución excepcionalísima. Al respecto, Caamaño y Ugarte (2010) explican que, a nivel regional, el reemplazo se encuentra prohibido en la mayoría de los países,

(...) el reemplazo se encuentra prohibido en prácticamente todos los países de América latina, incluso aquellos que comparten con Chile el modelo reglamentario restrictivo de la huelga al que ya nos referimos anteriormente. Así, sólo a modo de ejemplo, se encuentra prohibido en Colombia (artículo 449 del Código del Trabajo), Ecuador (artículo 494 del Código del Trabajo), México (artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo) y en Brasil (artículo 7 de la Ley N° 7.783).

Por su parte, en Europa, y también a modo de ejemplo, está prohibida la sustitución de trabajadores en la huelga en España (artículo 6.5 DLRT 17/77), Francia (artículo 124-2-3 del Código del Trabajo) y en Portugal (artículo 6 de la Ley de Huelga) (p. 93).

La Ley N° 19.079 a su vez, planteó una discusión en la jurisprudencia y doctrina nacional en relación a la permisibilidad de la sustitución interna -con esto nos referimos al reemplazo de trabajadores en huelga por otros empleados que laboran en la misma empresa-. Parte de la doctrina, como Sierra (2010), ha sostenido que esto seguiría siendo lícito pues de lo contrario se vulneraría el poder de mando del empleador, así como su derecho de propiedad sobre la empresa y la libertad de la actividad económica. Asimismo, Palavecino (2015) sostiene que la sustitución interna no afecta en su esencia al derecho a huelga, puesto que -asumiendo que el empleador no dispone normalmente de personal de sobra para destinar a otros puestos- necesariamente la reasignación de funciones incidirá negativamente en la producción, subiendo su coste. Así, para este autor, no existe el peligro de que la sustitución interna torne inocua a la huelga.

Por su parte, la jurisprudencia a este respecto varió en diferentes momentos de criterio, asentándose, a partir del año 2014, la prohibición de reemplazar trabajadores huelguista mediante el traslado de personal de la misma. En efecto, la Corte Suprema en Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A. (2014) señaló en el considerando 36° de la sentencia

Al culminar el recorrido presentado en el razonamiento 9° de este documento, se constata que de las dos maneras de aprehender el sentido más profundo y holístico del discurso legal del tantas veces mencionado artículo 381 del Código del Trabajo, la balanza se inclina en favor del que cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo de los trabajadores en huelga, aún, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados, conclusión ésta que sin pretenderse invalidadora de la postura plasmada en las sentencias de cotejo, es fruto del empleo consciente y responsable de las fuentes que alimentan el juicio jurisdiccional, para discernir con el mejor de los grados de acierto posible, cuál sea la línea que en asuntos tan importantes para la convivencia social convenga asuman los tribunales.

En el mismo sentido, la Corte Suprema en Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal Empaques S.A. (2015) en el considerando 25° de la sentencia sostuvo

Que al producirse la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, en la medida que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor grado, contraría el derecho a la asociación, garantizado constitucionalmente, desde que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve mermado ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical.

Capítulo 2. La Ley N° 20.940

1. Historia de la Ley N° 20.940

1.1. Antecedentes

Uno de los ejes relevantes que integraban el Programa de gobierno de Michelle Bachelet (2013), consistía en la realización de transformaciones a la institucionalidad laboral existente, argumentando que, pese a los aspectos modificados del Plan Laboral original, aún persistían disposiciones que negaban a los trabajadores sus derechos. Así, los principales acentos a este respecto fueron puestos en el fortalecimiento de la actividad sindical y la negociación colectiva. En efecto, el Programa expresa

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.

(...) Fortalecer la actividad sindical y la negociación colectiva son materias que apuntan a enfrentar la desigualdad en el mundo laboral. Sólo de esta forma podremos tener relaciones laborales equilibradas, acuerdos entre trabajadores y empleadores que favorezcan el real desarrollo de nuestro país (p. 92).

Con fecha 29 de diciembre del 2014, el Mensaje Presidencial N°1055-362 da inicio a la tramitación de la Ley N° 20.940, precisando como objetivo principal el de “modernizar el sistema de relaciones laborales chileno, en pos de garantizar el adecuado equilibrio entre las partes y con pleno respeto a la libertad sindical conforme a los Convenios Internacionales que Chile mantiene vigentes”. En este sentido, el Mensaje fundamenta el proyecto de ley en dos relevantes antecedentes: (i) Baja cobertura de la negociación colectiva en nuestro país, y; (ii) Observaciones de la CEACR en torno a las condiciones restrictivas que nuestra legislación otorga al debido reconocimiento y regulación de los derechos asociados a la libertad sindical.

En cuanto al primer antecedente, el Mensaje lo fundamenta señalando que “La cobertura de la negociación colectiva en el año 2013 alcanzó apenas el 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada.”. Al

respecto, Lizama (2016) señala que el Ejecutivo, a fin de justificar el antecedente en comento, genera la citada estadística calculando la tasa de negociación colectiva respecto de un universo que integra a los trabajadores independientes y funcionarios públicos, quienes no pueden negociar colectivamente. Ahora bien, nos parece relevante señalar que, aún cuando reduzcamos el universo muestral de la estadística, es innegable que el ejercicio de este derecho es en extremo bajo. Así, de acuerdo a los datos aportados por ENCLA 2014, el 16,9% del total de empresas ha efectuado negociación colectiva en los últimos cinco años, considerando el diseño muestral a aquellas empresas formales con cinco o más trabajadores y cuyo marco normativo de las relaciones laborales es el Código del Trabajo. Respecto al segundo antecedente, el Ejecutivo se refiere en específico a las más recientes observaciones formuladas por la CEACR relativas a los convenios N°87 y 98, las cuales señalan a Chile como una legislación que limita el derecho a la negociación colectiva, huelga y libertad sindical en general.

En consecuencia, el proyecto de ley fue presentado como una gran reforma al sistema de relaciones laborales vigente, el cual vendría a “nivelar la cancha” entre empleadores y trabajadores. Pero, ¿el contenido del proyecto efectivamente plasmó dichos propósitos? A nuestro parecer, ni el proyecto ni la versión final del mismo, luego de su controvertida tramitación, logran una verdadera superación del Plan Laboral, muy por el contrario, en algunos casos lo profundiza. En el presente capítulo, abordaremos sucintamente la controvertida tramitación de la Ley 20.940, así como también el contenido de la misma, a objeto de develar críticamente los diversos aspectos de nuestra nueva regulación laboral.

1.2. La tramitación

Con fecha 29 de diciembre del año 2014 el proyecto de la Ley N° 20.940 ingresa a la Cámara de Diputados, dando inicio a una tramitación legislativa bastante polémica, cuyas etapas analizaremos de forma sucinta en el presente apartado. Con todo, la Cámara despacha el proyecto de ley al Ejecutivo el 16 de agosto del año 2016, promulgándose el 29 de agosto y publicándose el 8 de septiembre del mismo año en el Diario Oficial.

1.2.1. El proyecto de ley

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo constaba de cuatro artículos y seis disposiciones transitorias que modificaban, sustituían o derogaban un total de ciento cuarenta y cinco artículos del vigente CT, siendo alterado en su totalidad el Libro IV y sólo ciertas disposiciones de sus Libros I, II y III. Así, los siguientes aspectos fueron resaltados como los más relevantes:

- a) Amplía la cobertura de la negociación colectiva a trabajadores que se encontraban excluidos de ejercerla, prohibiciones que habían sido objetadas por órganos de control de la OIT, tales como trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje de grandes empresas, entre otros;
- b) Reconoce al sindicato como sujeto principal de la negociación colectiva en representación de sus afiliados, pudiendo negociar en procedimiento reglado y no reglado, permitiéndose la figura de grupos negociadores sólo en aquellas empresas en que no exista sindicato con derecho a negociar colectivamente, bajo modalidad semireglada. Asimismo, reconoce al sindicato interempresa el derecho a negociar regladamente en el ámbito de la empresa, siempre y cuando cumplan con el quórum para negociar que se exige al sindicato de empresa;
- c) Amplía el derecho a información de los sindicatos, con la finalidad de contar con una negociación colectiva más técnica e informada, estableciendo la obligación del empleador de proporcionar a sus sindicatos información de la empresa de forma periódica;
- d) Afirma simplificar el procedimiento de negociación colectiva reglada, reconociendo el principio de buena fe y fortaleciendo los instrumentos y opciones de mediación;
- e) En relación al derecho de huelga, elimina la facultad del empleador de reemplazar los puestos de los trabajadores en huelga, regula el procedimiento para la calificación de las empresas en que no puede ejercerse este derecho, establece un procedimiento de arbitraje obligatorio y gratuito para los trabajadores que no pueden ejercer el derecho a huelga, y consagra el deber del sindicato de proveer el personal necesario para cumplir los servicios mínimos a través de equipos de emergencia;

- f) Establece el llamado “piso de la negociación” en materia de remuneraciones y beneficios permanentes, en virtud de la cual la respuesta del empleador no puede contener estipulaciones menores a las vigentes al momento de la negociación, y en caso de no existir instrumento colectivo vigente, el piso lo constituye la respuesta del empleador;
- g) Elimina las restricciones que, bajo la anterior regulación, existían respecto a los temas que pueden ser objeto de la negociación colectiva, facultando a las partes para negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo en las empresas en que exista una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de los trabajadores de la empresa, y;
- h) Fortalece la regulación en materia de prácticas antisindicales y modifica las reglas sobre fuero sindical.

A partir del proyecto, fueron diversas las opiniones que se esgrimieron por parte de los sectores sindicales, académicos, políticos y empresariales. Parte de estas visiones, fueron expresadas ante la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados, con ocasión del primer trámite constitucional, algunas de las cuales expondremos brevemente en los párrafos sucesivos, a fin de poder contrastar las diferentes visiones.⁴³

Por un lado de la vereda, la Cámara Nacional de Comercio, en intervención de fecha 2 de marzo del 2015 pone de manifiesto su visión de la huelga como una etapa dentro de la negociación colectiva que evidencia su fracaso, señalando que el proyecto no está velando por la continuidad futura de la empresa, principalmente de las pequeñas y medianas. Por su parte, la SOFOFA, en presentación de misma fecha, expresa que el proyecto aumenta la conflictividad de la negociación colectiva y restringe de forma desproporcionada las facultades de administración de la empresa. En el mismo sentido, la ex ministra del trabajo Evelyn Matthei, en presentación de fecha 3 de marzo del mismo año, afirma que el proyecto incentiva la huelga y el conflicto, señalando que la cancha no se equilibra, si no que masacra a la micro, pequeña y mediana empresa.

⁴³ Todas las exposiciones a las que hacemos referencia en los dos párrafos siguientes, fueron consultadas en la página web de la Cámara de Diputados (www.camara.cl), específicamente, en su historial de sesiones de la comisión de Trabajo y Seguridad Social, cuyas fuentes exactas se registran en la lista de referencias de esta tesis.

Desde un lado diametralmente opuesto, la Central Única de Trabajadores en exposición de fecha 2 de marzo, si bien afirma valorar ciertos elementos como la titularidad sindical o la ampliación de la negociación colectiva para ciertos grupos de trabajadores, manifiesta una serie de aspectos a resolver tales como, consagrar la negociación colectiva propiamente tal para trabajadores transitorios y por obra o faena, modificar la definición de huelga, acotar la procedencia de los servicios mínimos y su calificación, entre otros. Desde una perspectiva académica, el profesor Ugarte también interviene ante la Comisión con fecha 3 de marzo, quien afirmó expresamente que, si bien el proyecto presenta moderados avances tales como la eliminación del reemplazo en huelga, mantiene una continuidad ideológica del Plan Laboral, puliendo únicamente sus aspectos más vergonzosos desde el punto de vista de los estándares internacionales.

1.2.2. Discusión parlamentaria y requerimientos ante el Tribunal Constitucional

Respecto a la tramitación parlamentaria, ella se subdividió en cuatro trámites constitucionales, en los cuales ambas Cámaras modificaron diferentes aspectos del proyecto original presentado por el Ejecutivo, quien también incorporó indicaciones al mismo.⁴⁴ En el primer trámite constitucional, la Cámara de Diputados aprueba el proyecto de ley manteniendo sus ideas centrales,⁴⁵ generándose la controversia principal entre el segundo y tercer trámite constitucional.

En efecto, el Senado aprueba el proyecto en segundo trámite constitucional, incorporando modificaciones que, posteriormente, la Cámara de Diputados rechaza parcialmente en tercer trámite constitucional.⁴⁶ Así, surge la necesidad de un cuarto trámite constitucional, mediante la conformación de una Comisión Mixta integrada por senadores y

⁴⁴ En específico, durante el primer trámite constitucional, entre los meses de abril y junio del año 2015, las cuales constan en los Oficios N° 126-363, N° 445-363 y N° 431-363.

⁴⁵ La Cámara de Diputados aprueba el proyecto el 17 de junio del 2015 dando a fin al primer trámite constitucional. Las modificaciones, por mencionar algunas, fueron relativas al: derecho de sindicación –incorpora regla de cuota de 30% de directoras en los sindicatos, prescinde del elemento subjetivo en las prácticas antisindicales-; procedimiento de negociación colectiva reglada –reformula el derecho a información, extensión de definición de instrumento colectivo, incluye procedimiento especial de negociación colectiva para federaciones y confederaciones-; derecho a huelga –elimina referencia al ejercicio pacífico de la huelga, reformula la figura de servicios mínimos- y,; rebaja el periodo de vacancia legal.

⁴⁶ El Senado aprueba el proyecto en segundo trámite constitucional con fecha 10 de marzo del 2016, y la Cámara de Diputados, con fecha 23 de marzo del mismo año, en tercer trámite constitucional, rechaza parcialmente las modificaciones introducidas por Senado.

diputados miembros de las comisiones de Trabajo y Previsión Social de ambas cámaras, a fin de salvar aquellos desacuerdos entre las mismas. Dicha comisión emite un informe con fecha 6 de abril del año 2016, aprobado por ambas cámaras⁴⁷, y el día 7 de abril del mismo año mediante Oficio N°12.454, la Cámara de Diputados comunica al Ejecutivo la aprobación del proyecto de ley.

No obstante lo anterior, al mismo tiempo en que se cerraba la discusión legislativa, con fecha 6 de abril del mismo año un grupo de senadores de la bancada opositora deduce un requerimiento constitucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, paralizando así el curso del trámite legislativo a la espera del fallo del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Mismo requerimiento fue presentado el 12 de abril por un grupo de diputados de la misma coalición. En específico, las impugnaciones formuladas por los requerimientos versaron sobre las siguientes materias:

- a) Titularidad Sindical. Objetan que el proyecto suprima el derecho de los trabajadores no sindicalizados a negociar colectivamente, vulnerando el artículo 19 en sus numerales 16 inciso quinto, 15 y 2 de la Constitución;
- b) Extensión de beneficios. Objetan que al empleador se le prohíba extender a aquellos trabajadores sin afiliación sindical los beneficios pactados colectivamente, mientras que, respecto a los nuevos socios de una organización sindical, se les extienden estos beneficios de pleno derecho a partir de la comunicación a la empresa de tal afiliación. Así, argumentan estar siendo vulnerado el artículo 19 de la Constitución en sus numerales 2, 15, 16 inciso segundo y tercero, 19 inciso primero, 21 inciso primero y 24 inciso primero.
- c) Derecho a información de las organizaciones sindicales. Objetan que el proyecto permita a los sindicatos acceder a las planillas de remuneraciones nominativas de sus afiliados e innominadas de aquellos trabajadores no sindicalizados, vulnerando el artículo 19 de la Constitución en sus numerales 4 y 5.

⁴⁷ En términos generales, el informe generado por la Comisión Mixta propuso una nueva regulación en la negociación colectiva de los sindicatos interempresa y aquellas relativa a la negociación semireglada para los grupos negociadores y limita el derecho a información por cargos y en la negociación colectiva.

d) Negociación colectiva del sindicato interempresa. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad y supresión del artículo 365 que regulaba este tipo de negociación en tanto extiende la negociación colectiva más allá de la empresa, vulnerando el artículo 19 de la Constitución en su numeral 2 inciso segundo y tercero, 16 inciso quinto y 21 inciso primero.

Previo al pronunciamiento del fallo por parte del TC, el mismo anuncia que acogería el requerimiento en lo relativo a la titularidad sindical, lo cual motivó que la Presidenta de la República generase un veto presidencial supresivo de una serie de disposiciones con fecha 7 de mayo del 2016, el cual fue aprobado por el parlamento con fecha 22 de junio. El fundamento esgrimido en Oficio N° 053/364 remitido a la Cámara de Diputados fue el siguiente

El Tribunal Constitucional ha acogido los requerimientos de constitucionalidad en contra de los artículos del proyecto que recogen el denominado principio de titularidad sindical, que constituye, a juicio nuestro, base fundamental para el necesario fortalecimiento de la organización de los trabajadores. Sin el reconocimiento de la titularidad sindical en el proyecto de ley, las restantes disposiciones relacionadas con dicho principio deben ser revisadas en aras de garantizar la eficacia de las normas y de restablecer los equilibrios perdidos en el sistema de relaciones laborales (p.2).

Con fecha 9 de mayo del año 2016 el TC falla, acogiendo en su totalidad lo referido a las objeciones sobre titularidad sindical, parcialmente aquellas objeciones relativas a la extensión de beneficios y rechazando lo vinculado al derecho de información de las organizaciones sindicales y negociación colectiva de sindicato interempresa. Al respecto, nos parece relevante detenernos en el hecho de que, aún cuando el TC determinase el derecho de participación en la negociación colectiva de los grupos negociadores, la versión final de la Ley N° 20.940 no comprende una regulación legal respecto de los mismos. A propósito de este vacío legal, es que el profesor Humeres realiza una consulta a la DT solicitando un pronunciamiento que interpretase la ley en estudio a fin de determinar la situación de los grupos negociadores respecto del procedimiento de negociación colectiva al cual ellos podían

acceder. Respuesta a esta solicitud es el Dictamen 1163/0029⁴⁸, en el cual la DT afirma ser incompetente para pronunciarse al respecto, indicando que el vacío normativo en comento no puede suplirse mediante Dictamen. Así las cosas, Humeres y Halpern (2017) han sostenido

Es posible entonces entender que, dado que los grupos son titulares del derecho a la NC, al igual que los sindicatos, podrán hacerlo por cualquiera de las vías que contempla la ley. En opinión de los autores, los grupos negociadores podrían optar por negociar colectivamente bajo la vía reglada o aquella no reglada, todo ello en concordancia con la doctrina contenida en la sentencia del TC (...).

En todo caso, como es natural, si se da la situación que por aplicación de la conclusión anterior las partes de una NC entran en disputa acerca del procedimiento a utilizar, ello deberá ser zanjado por la Judicatura del Trabajo (p. 157).

Posteriormente, el día 3 de julio del 2016 un grupo de senadores y otro de diputados presentaron nuevos requerimientos ante el Tribunal Constitucional en contra de diversas partes del proyecto. El 27 del mismo mes el tribunal declara ambos requerimientos inadmisibles aduciendo la extemporaneidad de su presentación, no obstante indica sólo someterá a evaluación aquellas disposiciones que considere propias de ley orgánica constitucional.⁴⁹

Con todo lo anterior, la Cámara despacha el 16 de agosto del 2016 el proyecto a la Presidenta de la República, quien promulga la ley el 29 de agosto del 2016, la cual es publicada el 8 de septiembre del 2016 en el Diario Oficial.

Finamente, nos parece relevante hacer presente que, tanto el origen como la tramitación de esta ley, fueron objeto de críticas provenientes de sectores sindicales, académicos y políticos, quienes afirmaron que los trabajadores fueron dejados fuera de la discusión de la reforma laboral. Expresión de ello es una declaración pública de marzo del año

⁴⁸ Dictamen 1163/0029, de fecha 13 de marzo de 2017, que atiende consulta que indica sobre grupos negociadores.

⁴⁹ Al respecto, lo único alterado del proyecto el fallo del 11 de agosto del 2016 es la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones “el o” y “sindicatos” del artículo 402 inciso primero, en tanto el derecho a reclamar judicialmente la determinación de las empresas que no tendrán derecho a huelga no puede ser redujo exclusivamente al sindicato.

2015, difundida en diversos medios escritos, firmada por más de 40 sindicatos, académicos como Ugarte, Caamaño y Gamonal, y por los diputados Boric y Jackson, en donde afirman que

El proyecto de reforma laboral, tal como está formulado hoy, no refunda ni supera el Plan Laboral sino que lo mantiene y en otros casos profundiza su injusticia. Ello se explica porque los trabajadores no participaron de su confección, no se consideraron sus propuestas, y muchos ni si quiera serán escuchados en la Cámara de Diputados antes que este proyecto se empiece a votar. Si este proyecto no se lleva adelante con los trabajadores, ¿qué intereses serán entonces los que el gobierno considerará? (Toledo, C. y otros, 2015).

2. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940 fuera de la negociación colectiva

Como ya hemos señalado, la Ley N° 20.940 modifica principalmente el Libro IV del Código del Trabajo, el cual regula la negociación colectiva, pero a su vez, introduce modificaciones a los Libros I, II y III del mismo, vinculadas al derecho individual del trabajo así como también a las organizaciones sindicales. En esta segunda parte, y dada la extensión de las modificaciones realizadas a la negociación colectiva, sólo nos referiremos a los aspectos relevantes de la reforma en las materias fuera de ésta.

2.1. Derecho individual del trabajo

a) Amplía el concepto de actos de discriminación del inciso 4° del artículo 2 del CT, en tanto introduce nueve motivos fundantes de las distinciones, exclusiones o preferencias que los componen tales como motivos socioeconómicos, idioma, orientación sexual, identidad de género, entre otros. La DT, en su reciente Dictamen 1.300/030⁵⁰, ha señalado que la presente modificación responde al objetivo de promover el derecho fundamental de la no discriminación, siendo éste un límite infranqueable para el empleador al momento de ejercer sus facultades, así como también busca la incorporación a la definición de actos de discriminación de aquellas categorías contempladas en la Ley N° 20.609, que establece

⁵⁰ El Dictamen 1.300/030 de 21 de marzo del 2017, actualiza la doctrina vigente de la DT respecto al derecho de no discriminación en el ámbito laboral a la luz de las modificaciones introducidas por la reforma.

medidas de no discriminación, hasta entonces no recogidas en nuestra legislación laboral. Asimismo, el Dictamen reafirma lo establecido en criterios doctrinarios previos en virtud de los cuales los motivos discriminatorios señalados en el artículo en comento, no corresponden a una enumeración taxativa;

b) Especifica en el inciso final del artículo 3 que, aquellos casos que han sido objeto de declaración de unidad económica, se encontrarán sujetas a las normas relativas a la negociación colectiva reglada;

c) Establece la obligación de que, a lo menos una vez al año, la remuneración del trabajador debe aparecer actualizada en el contrato individual de trabajo, incluidas aquellas que provengan de acuerdos de grupos negociadores, conforme al inciso final del artículo 11;

d) Respecto a los sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos que puede autorizar el Director del Trabajo, reduce en el inciso final del artículo 38 la vigencia de tal resolución de cuatro a tres años;⁵¹

e) El artículo 82 incorpora la prohibición de regulación de las remuneraciones de los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje mediante convenios o contratos colectivos, acuerdos de grupo negociador o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva;

f) Elimina la figura del Delegado Personal, modificando a este respecto los artículos 29, 153, 156, 177 y 302 del CT;⁵²

Finalmente, al respecto cabe señalar que la ley en comento incorpora los “acuerdos de grupos negociadores” en diversas disposiciones⁵³, a fin de hacerlas concordantes y coherentes con las definiciones que el proyecto de ley incorporaba en el artículo 321 del CT, el cual distinguía tres tipos de instrumentos colectivos: contratos colectivos, convenios colectivos y

⁵¹ Al respecto, el artículo 4 transitorio de la ley en comento especifica que este nuevo plazo será aplicable sólo a las resoluciones que dicten a partir de la entrada en vigencia de la misma.

⁵² Al respecto, el artículo 5 transitorio de la ley en comento señala que el delegado personal que hubiese sido elegido antes de la publicación de la misma, podrá ejercer sus funciones hasta expirar el periodo por el cual fue elegido, gozando de fuero laboral.

⁵³ En efecto, artículo 11 inciso segundo a propósito de la modificación de los contratos individuales, el artículo 43 inciso primero sobre reajustes legales en las remuneraciones, el artículo 82 inciso primero acerca de la regulación de remuneraciones de los aprendices, el artículo 178 inciso primero sobre la tributación de las indemnizaciones, y el artículo 324 inciso primero relativo a la duración y vigencia de los instrumentos colectivos.

acuerdos de grupo negociador, consistiendo este último en aquel “instrumento colectivo celebrado conforme al procedimiento de negociación colectiva semireglada del artículo 315 de este Código”. Ahora bien, a propósito del primer requerimiento de inconstitucionalidad formulado con fecha 6 de abril del 2016, en que el Tribunal Constitucional resuelve en sentencia ROL N°3016 (3026) – 16 la inconstitucionalidad del artículo 315, pareciese existir un error en la incorporación de esta figura, toda vez que en la versión final de la ley, los “acuerdos de grupo negociadores” no constituyen un instrumento colectivo.

2.2. Organizaciones sindicales⁵⁴

- a) Incorpora en el listado del artículo 218 a los Secretarios Municipales como ministros de fe en aquellas localidades en que no exista ministro de fe disponible;
- b) A fin de evitar la formación de los llamados “sindicatos del día después”⁵⁵, establece en el inciso primero del artículo 221 que, para la constitución de un sindicato interempresa sólo podrán actuar como ministros de fe los inspectores del trabajo. Esto va aparejado a la modificación de las reglas de fuero de los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato interempresa, en los incisos tercero y cuarto del mismo artículo, en tanto éstos, gozarán de fuero laboral desde que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva y hasta treinta días después de realizada ésta.

Al respecto, la DT señala en su Dictamen 1413/32,

Con ello, el legislador ha tenido en vista uno de los objetivos perseguidos por la reforma en comento en lo concerniente al fuero sindical, según se desprende del Mensaje Presidencial, en lo que se indica: *‘Por otra parte, se introducen una serie de modificaciones a los fueros sindicales, haciéndose cargo de la necesidad de*

⁵⁴ El Dictamen N° 1.413/32 del 31 de marzo de 2017 fija el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la ley en comento al Libro III del CT, *De las Organizaciones Sindicales*.

⁵⁵ Lizama (2016) explica:

Esta se producía porque los trabajadores que concurrían a la formación de un sindicato interempresa gozaban de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva, lo que permitía la utilización fraudulenta del mismo (...) porque un trabajador despedido podía constituir un sindicato interempresa con el sólo objeto de gozar del fuero retroactivo del constituyente y, por esta vía, invalidar su despido (p.34-35).

acotar la proliferación de malas prácticas que, finalmente, sólo contribuyen a la debilitación de los sindicatos´.

c) A través de la modificación del inciso tercero del artículo 227, incorpora nuevas reglas en relación a la constitución de sindicatos en empresas que cuenten con un máximo de cincuenta trabajadores. Así, en estas empresas se requerirán como mínimo 8 trabajadores para la constitución del sindicato, que representen a su vez, a lo menos, el 50% del total dentro de la misma, porcentaje que se calcula descontando aquellos impedidos de negociar colectivamente, a quienes se refiere el artículo 305. En caso de no existir un sindicato vigente, se aplica lo ya establecido con anterioridad en el inciso segundo del artículo en comento, que se mantuvo inalterable, en tanto se permite constituir el sindicato con ocho trabajadores, debiendo completarse el quórum exigido en el plazo máximo de un año;

Al respecto, cabe señalar que la anterior regulación exigía un mínimo de ocho trabajadores sin porcentaje de representación alguna, lo cual implica un aumento relevante en las exigencias para la constitución de sindicatos en las pequeñas y medianas empresas, lo que, dicho sea de paso, expresa una profunda contradicción con los propósitos declarados en el Mensaje del Proyecto.⁵⁶ Consideramos de sumo preocupante esta modificación, en tanto aumenta a los trabajadores de pequeñas y medianas empresas las dificultades para formar un sindicato, lo cual representa a un 34,2% de los trabajadores de nuestro país.⁵⁷ En el mismo sentido, Durán (2016), investigador de la Fundación Sol, explica cómo la inserción de este porcentaje exigido se relaciona directamente con un desmedro en la mayor cobertura de la negociación colectiva que la nueva ley dice pretender generar, indicando que,

En la práctica, la limitación de representar a la mitad de los trabajadores significa, prácticamente, cerrar la posibilidad de que en dichos centros de trabajo exista representación sindical. En la actualidad, prácticamente no existe representación

⁵⁶ En efecto, el Mensaje es enfático en señalar dentro de sus propósitos un fortalecimiento de las organizaciones sindicales, señalando dentro de sus fundamentos,

La organización de los trabajadores en sindicatos y órganos superiores de representación es fundamental para formular propuestas destinadas al mejoramiento de sus condiciones de empleo y de vida, así como el acceso a los frutos del crecimiento económico de las empresas.

⁵⁷ La fuente de dicho porcentaje radica en datos arrojados por la Nueva Encuesta Nacional de Empleo (NENE) liberada en febrero del año 2016.

sindical en dicho sector y la lógica indica que si hoy es complejo tener presencia de sindicatos, con esta nueva restricción lo será mucho más.

d) En relación al delegado sindical, aquel “(...) representante de los trabajadores en aquellas organizaciones que tienen una base de origen multiempleadora: sindicato interempresa y sindicato de trabajadores transitorios y eventuales” (Lizama, 2016, p.35), los artículos 229 y 290 letra f modificaron diversos aspectos de la institución. Así, la ley reduce el número de representantes posibles a elegir en relación al tamaño de la empresa, incluye la obligación de realizar la votación del delegado sindical frente a un ministro de fe y de informar de tal elección al empleador por medio de carta certificada, e incorpora como práctica antisindical del trabajador el ejercicio de los derechos o fueros sindicales de mala fe o con abuso de derecho;

e) Incluye reglas de representación femenina en el directorio de sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales sindicales, garantizando la participación de la mujer en el directorio de sindicato en una proporción no inferior a un tercio del total de los integrantes con derecho a fuero y demás prerrogativas que establece el CT, o de acuerdo a la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadores en el total de afiliados en caso de ser menor, según se plasma en el inciso tercero del artículo 231, segundo del 272 y cuarto del 278.⁵⁸ Similar lógica se incorpora a propósito de la integración de la comisión negociadora, como veremos en la tercera parte de este capítulo.

Al respecto, mientras parte de la doctrina ha estimado este tipo de modificaciones como una “(...) participación artificiosa de la mujer en el directorio sindical, que más puede llegar a complicar la gestión gremial que a facilitarla, y no cuenta con fundamentos evidentes de mejorar la representación femenina” (Humeres y Halpern, 2017, p.71), la DT en Dictamen 1306/31 ha señalado,

(...) las medidas que se adopten para evitar la discriminación por género en el trabajo deben, en principio, tender a modificar la estructura tradicional de los

⁵⁸ El Dictamen N° 1.714/44 del 21 de abril del 2017, rectifica y complementa el Dictamen N° 1.306/31 del 22 de marzo del 2017 que informa respecto del sentido y alcance la reforma en lo relativo a las disposiciones con perspectiva de género y su implicancia en los procedimientos para la integración en el directorio sindical y de la comisión negociadora.

sindicatos, mediante mecanismos que faciliten la construcción de una nueva cultura organizacional, donde la mujer pueda situarse en un plano de igualdad frente al hombre.

Tales mecanismos, pueden consistir en cuotas de participación, las que constituyen una forma de 'acción positiva' (...);

f) En relación al fuero de los directores sindicales, el inciso primero artículo 243 incorpora dos causales de término del mismo: cuando renuncie al sindicato y ante la caducidad de la personalidad jurídica del mismo. Misma normativa se hace extensiva a los delegados sindicales de acuerdo al inciso tercero del artículo en comento.

La causal incorporada relativa a la caducidad de la personalidad es de gran importancia dado que, previo a esta regulación "(...) no ostentando ya el sindicato personalidad jurídica, los directores gozaban de fuero, y sólo la Inspección del Trabajo era titular de la acción para solicitar el desafuero, por la vía judicial" (Humeres y Halpern, 2017, p.71);

g) Respecto al patrimonio sindical, se incorpora en el artículo 256 aquellos aportes o cuota sindical ordinaria del ex afiliado que se mantenga afecto al instrumento colectivo negociado por la organización, o por la de aquellos no afiliados que hayan aceptado que se les aplique la extensión de beneficios;

h) La ley en estudio incorpora una serie de modificaciones en el ámbito de prácticas antisindicales y prácticas desleales en la negociación colectiva.⁵⁹ Al respecto, sustituye la denominación prácticas "desleales" por "antisindicales" en el Capítulo IX del Libro III, diferenciando así aquellas conductas atentatorias a la libertad sindical –prácticas antisindicales-, de aquellas que, siendo lesivas a la libertad sindical, se producen en un contexto de negociación colectiva –prácticas desleales-. A efectos del buen orden de este trabajo, sólo abordaremos en este apartado aquellos criterios normativos introducidos por la reforma, comunes a ambas prácticas y a las prácticas antisindicales en particular, dejando el análisis de las prácticas desleales para la tercera parte de este capítulo.

⁵⁹ El Dictamen 999/27 del 2 de marzo 2017, se pronuncia acerca del alcance de las normas incorporadas por la Ley 20.940 que sancionan las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva.

(i) *Criterios normativos comunes a prácticas antisindicales y desleales.* La DT en su Dictamen 999/27 ha destacado dos comunes criterios introducidos por la nueva ley:

- Énfasis en el carácter objetivo de la lesión a la libertad sindical. Voluntad normativa que se expresa, por ejemplo, en cambiar ciertos aspectos literales que denotaban referencia al sujeto, a un modo infinitivo (por ejemplo: “el que obstaculice” se reemplaza por “obstaculizar”), como en el caso de los artículos 289 y 290. En este sentido, la DT (2017) ha expresado que el legislador ha entendido que,

(...) lo relevante para la norma tutelar es la acción y su resultado lesivo al derecho fundamental, por sobre la exigencia de intencionalidad o ánimo deliberado de dañarlo, lo que no obsta a que en algunas hipótesis se requiera el elemento subjetivo.

- Descripción y enumeración no taxativa de las conductas ilícitas. El legislador hace un énfasis en establecer una fórmula normativa amplia y genérica, para luego listar una serie de ejemplos específicos. Así por ejemplo, el enunciado del artículo 289 dispone “Serán consideradas prácticas antisindicales del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical, entendiéndose por tales, *entre otras*, las siguientes (...)”

(ii) *Las nuevas prácticas antisindicales.* Al respecto, la nueva ley introduce nuevas prácticas en su catálogo no taxativo, para cuya mención debemos distinguir los sujetos activos del ilícito, de acuerdo a la clasificación que se desprende en los artículos 289 a 294.

- Nuevas prácticas antisindicales del empleador: Despedir a trabajadores por haber manifestado su intención de sindicalizarse; Negarse a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado frente al requerimiento de un fiscalizador de la Inspección del Trabajo, salvo que el tribunal respectivo haya decretado la separación provisional del trabajador de conformidad a lo establecido en el artículo 174 inciso segundo; Otorgar o convenir con trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que hubieren negociado, los beneficios pactados en un instrumento colectivo, salvo los acuerdos sobre remuneraciones pactados en base a la capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o

productividad del trabajador; No descontar o no integrar a la organización sindical respectiva las cuota o aportes sindicales.

- Nuevas prácticas antisindicales del trabajador, sindicato y el empleador: Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece el Código de mala fe o con abuso de derecho; Impedir el ingreso a los trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio.

(iii) *Sanciones de las prácticas antisindicales.* La nueva ley modifica la estructura de sanciones aplicables a las prácticas antisindicales, las cuales dependen del tamaño de la empresa: microempresa –entre 5 a 25 UM-, pequeña empresa –entre 10 a 50 UTM-, mediana empresa –entre 15 a 150 UTM-, gran empresa –entre 20 a 300 UTM-. Al respecto, el artículo 292 inciso segundo, indica que la cuantía de la multa será determinada dentro del rango teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical. En cuanto a las medianas y grandes empresas, el juez podrá duplicar o triplicar las multas en caso de reincidencia. Asimismo, el inciso tercero del mismo artículo ha ordenado que las multas serán a beneficio del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

(iv) *Despido antisindical de trabajador no aforado.* Se modifica el artículo 294, el cual establece que, despidiéndose o poniéndose término a la relación laboral de un trabajador no aforado en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva, aquel acto es nulo y debe reincorporarse al trabajador.

i) Respecto a la disolución de las organizaciones sindicales, la ley en comento incorpora un nuevo inciso segundo al artículo 297, dando al empleador la posibilidad de solicitar fundadamente a la Dirección del Trabajo que ejerza la acción de disolución por incumplimiento de las obligaciones legales del sindicato o por haber dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su constitución, contemplada en el inciso primero del señalado artículo en estudio.

j) En cuanto a las horas de trabajo sindical, la Ley N° 20.940 incorpora dos modificaciones al respecto. Primeramente, reemplaza la expresión “permisos sindicales” por

“horas de trabajo sindical” en diversos artículos que integran nuestro CT⁶⁰, en tanto “(...) no se trata de una concesión sino de un derecho que debe ser reconocido para su finalidad intrínseca, esto es, para el trabajo sindical (...)” (Mensaje N° 1055-362, 2014, p. 21). Y, en segundo lugar, amplía las horas de trabajo sindical de los dirigentes y delegados sindicales destinadas a formación y capacitación sindical.

k) Derecho a información de las organizaciones sindicales.⁶¹ La ley en estudio dispone un Título específico dentro del Libro IV titulado de esta manera. Al respecto, la DT en Dictamen 5935/96 ha precisado que el derecho a información tiene su fundamento en el principio de buen fe reconocido en el artículo 303 del CT, entendiéndolo en específico como

(...) un derecho de naturaleza instrumental al desempeño rápido y eficaz de las funciones de representación del sindicato, el cual exige poner a disposición de los representantes de los trabajadores facilidades materiales e información necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, siendo uno de los más importantes su rol en las negociaciones colectivas.

El Título en comento clasifica en tres este derecho: Derecho a Información periódica; Derecho a Información por cargos o funciones de los trabajadores, y; Derecho a Información específica para la negociación colectiva. Nos referiremos únicamente a los dos primeros tipos de manifestaciones de este derecho, dejando el estudio del último en el apartado de negociación colectiva.

(i) *Derecho a Información periódica.* Regulado en el artículo 315 y 318, debemos distinguir este derecho en la gran empresa y en la micro, pequeña y mediana. Así, respecto a la gran empresa, ésta se encuentra obligada a entregar a los sindicatos el balance general, el estado de resultados, los estados financieros auditados si los tuviere, y toda información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligados a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros. Dicha información debe entregarse anualmente a los sindicatos dentro del plazo de treinta días contados desde que los documentos se encuentren disponibles y, en el caso particular de constitución de nuevos sindicatos, mismo

⁶⁰ En este sentido, se modifican los incisos pertinentes de los artículos 249, 250, 252, 274 y 283 del CT.

⁶¹ El Dictamen 5935/96 del 13 de diciembre del 2016, se informa respecto al sentido y alcance de la Ley N° 20.940, en particular, en lo referido al Derecho de Información.

plazo comienza a correr desde la comunicación a la administración de celebración de asamblea de constitución. En cuanto a las micro, pequeñas y medianas empresas, están obligadas a proporcionar anualmente a los sindicatos información sobre sus ingresos y egresos según el régimen tributarios al cual estén acogidas.

(ii) *Derecho a información por cargos o funciones de los trabajadores en las medianas y grandes empresas.* Los sindicatos de las grandes empresas, pueden solicitar una vez al año información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos y funciones de la empresa, la cual debe ser entregada dentro de los treinta días siguientes. Los sindicatos de medianas empresas tienen mismo derecho, pero deber ser ejercido sólo como información previa a la negociación colectiva.

l) Finalmente, cabe mencionar que la nueva ley crea el Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, el cual tiene por objeto financiar proyectos, programas y acciones de formación sindical, promoción del diálogo social y desarrollo de relaciones laborales colaborativas entre empleadores y trabajadores.

3. Modificaciones introducidas a la negociación colectiva en general y huelga en particular

3.1 Modificaciones generales a la negociación colectiva

a) Concepto de negociación colectiva. La nueva ley elimina la definición de negociación colectiva contenida en el antiguo artículo 303, sin otorgar alguna otra definición en su reemplazo. Así, bajo la nueva regulación, únicamente es posible desprender de forma indirecta el concepto de negociación colectiva a partir del actual artículo 320, el cual define instrumento colectivo como aquella “convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en este Libro.”

(b) Principio de buena fe. El inciso primero del nuevo artículo 303 establece que “las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas.”, insertando de esta manera a la buena fe como un principio general del proceso negociador.

A este propósito la DT en Dictamen 5781/93 ha señalado,

El principio de buena fe le otorga sentido común y buen espíritu a la forma como se debe desarrollar el proceso de negociación colectiva, y envuelve una serie de deberes aplicables a la misma que exige a las partes actuar rectamente, de manera honrada y leal, tal como resulta con el deber de participar de las instancias de la negociación colectiva. Así, la buena fe se traducirá, en este caso, en el hecho que las partes concurren a las distintas instancias de negociación con una perspectiva abierta, seria y razonablemente dispuestas a alcanzar una solución justa y consensuada.

c) **Ámbito de aplicación.** El artículo 304 regula esta materia, y establece que la negociación colectiva será procedente en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación y representación. Asimismo, establece la improcedencia de negociación en: a) 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 lo prohíban; b) 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 impuestos (exclusión no aplicable en establecimientos educacionales determinados en el inciso cuarto del artículo en comento).

El artículo 308, por su parte, establece otro caso de improcedencia de negociación en micro-pequeñas, medianas y grandes empresas, en relación a una exigencia de meses de antigüedad desde el inicio de sus actividades -dieciocho, doce y seis respectivamente-. Llama la atención que, respecto a la micro y pequeña empresa, la exigencia de meses de antigüedad para iniciar la negociación colectiva aumenta de doce a dieciocho meses, agudizando las dificultades de negociación para este sector de trabajadores,

d) **Trabajadores impedidos de negociar colectivamente.** En esta materia, la nueva ley elimina anteriores hipótesis de exclusión, ampliando así la negociación a trabajadores aprendices, habilitados ahora para negociar en grandes empresas o en micro, pequeñas y medianas empresas que no se hayan excusado de negociar con ellos, y a los trabajadores

eventuales, de temporada o contratados por obra o faena transitoria, quienes disponen de un procedimiento especial de negociación.

En cuanto a la “ampliación de la negociación colectiva” de aquellos trabajadores contratados temporalmente y por obra o faena, ésta posee una serie de características que denotan más bien una extensión ilusoria de este derecho para este sector de trabajadores. En efecto, esta modalidad de negociación colectiva no incorpora el derecho a huelga ni los fueros, y además, la empresa sólo se encuentra obligada a negociar colectivamente en caso de que la obra o faena tenga una duración superior a doce meses, aspecto de enorme importancia según lo argumentado por Durán (2016), en tanto,

Hoy, más del 80% de los contratos definidos, tienen una antigüedad inferior a doce meses. Además, atendiendo a la enorme capacidad que tiene este sector para crear nuevas empresas contratistas, cabe la duda legítima en relación a la facultad que existe por parte del empleador de saltarse la obligación: bastaría generar obras o faenas cuya duración sea inferior a 12 meses (y si se requiere más tiempo, cortar en etapas, con el consecuente nacimiento de nuevas obras o faenas).

Por su parte, el artículo 305 establece una restricción general que excluye a los trabajadores que tengan facultades de representación y facultades generales de administración de la empresa, tales como gerentes y subgerentes, siendo ambos requisitos copulativos. Respecto a la micro y pequeña empresa, la prohibición se aplica también al personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando. Sobre la mencionada disposición, la DT (2016) en su doctrina ha expresado,

(...) es pertinente mencionar que el artículo 305 constituye una norma de excepción que inhabilita a determinados trabajadores para ejercer el derecho consagrado en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República, a negociar colectivamente, razón por la cual dicho precepto debe ser interpretado en forma restringida, ya que, de la actual legislación en materia de derecho colectivo, se desprende claramente que la intención del legislador es reducir cada vez más el número de trabajadores inhabilitados para negociar colectivamente.

Lo anterior concuerda con la obligación que establece el legislador de incorporar en el contrato individual de trabajo de los trabajadores excluidos una cláusula expresa con la prohibición de negociar, entendiéndose habilitados para negociar en ausencia de ella. Asimismo, preceptúa que el trabajador o el sindicato al cual se encuentra afiliado, puede reclamar de la cláusula ante la Inspección del Trabajo.

e) Materias de la negociación colectiva. El artículo 306 extiende el catálogo de materias negociables, reconociendo amplia libertad y autonomía de las partes para negociar en aquellas materias de interés común que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, las que pueden ir más allá de la organización del trabajo, indicando el artículo a modo ejemplar ciertas materias tales como constitución y mantención de servicios de bienestar, planes de igualdad de oportunidades, mecanismos de solución de controversias, entre otros.

Asimismo, el artículo en estudio señala expresamente la posibilidad de negociar colectivamente los acuerdos de extensión del instrumento colectivo a trabajadores no afiliados al sindicato, así como también aquellos pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

f) Derecho de Información específico de la negociación colectiva. El artículo 316 del CT reconoce al sindicato que se encuentra en posición de negociar, el derecho a que la empresa le proporcione la información específica y necesaria para preparar su negociación colectiva, esto es, “antecedentes que permitan al sindicato proponer estipulaciones sobre las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, permitiéndole especialmente lograr acuerdos referidos a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo” (DT, 2016)

Respecto al contenido y oportunidad de la información, el artículo diferencia agrupando las micro y pequeñas empresas de las medianas y grandes empresas. Así, a requerimiento del sindicato dentro de los noventa días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente, estas últimas deben entregar el siguiente contenido mínimo: a) Planilla de remuneraciones pagadas a los trabajadores afiliados a la organización requirente, desagregada por haberes y con el detalle de fecha de ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada; b) Valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente; c) Costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años, y si el contrato

colectivo vigente hubiere sido celebrado con duración superior a dos años, los costos globales deben abordar los de duración del contrato; d) Toda la información periódica de los artículos 315 y 318 que no haya sido entregada oportunamente a los sindicatos de empresa; e) Información que incida en la política futura de inversiones de la empresa que no tenga a juicio del empleador, carácter de confidencial.

Respecto a sindicatos que negocian en micro y pequeñas empresas, dentro del mismo plazo podrán solicitar las planillas de remuneraciones pagadas a sus socios desagregadas por haberes y la información de la letra b) y c) del párrafo anterior. De no existir instrumento colectivo vigente, el requerimiento de información puede hacerse en cualquier época. Sea cual sea el caso, el empleador negociador dispone de un plazo de treinta días contados desde la solicitud, para hacer entrega de la información solicitada.

g) Instrumentos Colectivos.⁶² El Título III del nuevo Libro IV define instrumento colectivo como aquella convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero por un tiempo determinado, eliminando así la distinción entre contratos y convenios colectivos. A su vez, establece que debe constar por escrito y registrarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción, y lo asimila con fallo o laudo arbitral. Los aspectos más relevantes son los siguientes:

(i) *Vinculación del trabajador con el instrumento colectivo.* El artículo 323 establece el derecho a la libre afiliación y vinculación del trabajador con el instrumento colectivo. Ahora bien, en el supuesto de que el trabajador se desafilie del sindicato, el trabajador se mantendrá afecto al instrumento colectivo aún vigente negociado por aquél al que pertenecía, debiendo pagar la cuota mensual ordinaria hasta el término de la vigencia del mismo, lo cual se vincula al artículo 307, en tanto ningún trabajador puede estar afecto a más de un contrato colectivo celebrado por el mismo empleador. Establece también que, una vez iniciada la negociación colectiva, los trabajadores involucrados permanecerán afectos a esta y al instrumento colectivo a que dicha negociación de lugar. Asimismo, esto último debe asociarse a lo dispuesto por el artículo 331, en tanto los trabajadores que estuviesen afiliados a una organización sindical al

⁶² EL Dictamen 303/1 del 18 de enero del 2017, informa respecto al sentido y alcance de la Ley en estudio, en lo referido a la vinculación de los trabajadores con el instrumento colectivo y la extensión de beneficios.

momento de iniciarse la negociación y hasta el quinto día de presentado el proyecto, se encuentran vinculados al instrumento colectivo que derive.

(ii) *La extensión de beneficios.* Regulada en el artículo 322, consiste en un acuerdo entre las partes negociadoras de aplicar, general o parcialmente, sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores que no participaron en su celebración (ya sea porque no se encuentran afiliados al sindicato, o se afiliaron después de quinto día de presentado el proyecto de contrato colectivo). Los trabajadores beneficiados, deben aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria sindical, conforme lo establezca el acuerdo.

La DT en Dictamen 303/1 ha caracterizado este acuerdo como un acto jurídico bilateral que se encuadra en el contexto de negociación colectiva pero que también puede pactarse una vez concluida ésta, y cuyo objeto, en síntesis, consistirá en la determinación de: Aplicación en todo o en parte de las estipulaciones pactadas; Trabajadores beneficiado, en caso de aceptación por parte de estos; Proporción de cuota ordinaria sindical que los beneficiarios deberán pagar en caso de aceptar. Al momento de determinar tales objetos, el artículo en estudio precisa que los criterios a utilizar deben ser “objetivos”, “generales” y “no arbitrarios”, criterios a los cuales la DT les ha dado sentido y alcance concluyendo que,

(...) las partes podrán establecer libremente las valoraciones para determinar el objeto del acuerdo de extensión, con el sólo límite de que estos no distingan entre individuos que constituyen un todo, que no responda a motivaciones particulares de quienes representan a las partes al momento de negociar, y que no resulten contrarios a la justicia, a la razón, a las leyes o que hayan sido fijados por la sola voluntad o el mero capricho.

Excepcionalmente, respecto a las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC, o el que haga a sus veces, cuando éste se haya contemplado en la respuesta al proyecto de contrato colectivo, el empleador podrá extenderla de manera unilateral, siendo aplicable dicha extensión a la totalidad de los trabajadores.

h) Prácticas desleales. Tal como señalamos anteriormente, la ley en estudio distingue entre prácticas antisindicales y desleales, siendo ambas conductas atentatorias a la libertad sindical, pero situándose las últimas en el contexto de negociación colectiva. Respecto al catálogo de prácticas desleales y, al igual que en el estudio de las prácticas antisindicales, debemos distinguir entre los sujetos activos del ilícito. Así, a modo de ejemplo, podemos mencionar las siguientes prácticas:

- Prácticas desleales del empleador: Vulneración del principio de buena fe; Negativa a recibir a la comisión negociadora; Negativa a suministrar información; Reemplazo de los trabajadores en huelga; Cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella; Ejercicio de la fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas.

- Prácticas desleales del trabajador, del sindicato o del empleador: Ejecución de acciones que revelen manifiesta mala fe que impidan el normal desarrollo de la misma; Ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas; Incumplimiento del deber de proveer equipos de emergencia; Impedir durante la huelga por medio de la fuerza el ingreso a la empresa del personal directivo o de trabajadores no huelguistas.

- Práctica desleal de la empresa principal: El artículo 405 estipula esta nueva práctica desleal consistente en la contratación, directa o indirecta de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de la empresa principal.

Respecto al régimen sancionatorio, éste es idéntico a lo estudiado a propósito de las prácticas antisindicales, pero dispone un régimen sancionatorio especial respecto al reemplazo de trabajadores que hubieran hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada y, del incumplimiento del deber de proveer el o los equipos de emergencia que fueren concordados por las partes o dispuestos por la autoridad competente. En efecto, el rango de multas disminuye, fluctuando entre 1 a 100 UTM –versus el régimen general sancionatorio que varía entre 5 a 300 UTM- en consideración al tamaño de la empresa, lo cual es del todo criticable, en tanto pareciese que el legislador considera el reemplazo de los trabajadores huelguistas una conducta atentatoria a la libertad sindical menos lesiva que las demás.

3.2. Negociación colectiva reglada

El Título IV del nuevo Libro IV del CT se ocupa de la regulación del procedimiento de la negociación colectiva reglada, introduciendo modificaciones en pos de superar -de acuerdo al diagnóstico hecho por el mismo legislador- una regulación excesivamente formal y rígida que obstaculizaba el diálogo entre las partes. Así, en términos generales el procedimiento en comento se estructura en las etapas señaladas a continuación.

a) Inicio del procedimiento mediante la presentación del proyecto de contrato colectivo por parte de él o los sindicatos al empleador.

(i) *Oportunidad*. Si el sindicato no cuenta con instrumento colectivo vigente podrá hacerlo en cualquier tiempo (sujetos a los plazos mínimos para negociar colectivamente establecidos en el artículo 308), ahora bien, el empleador tendrá el derecho de fijar un periodo de hasta sesenta días al año, no fraccionable, en que no será posible iniciar el procedimiento en comento, decisión que deberá comunicar por medios idóneos⁶³ a la Inspección del Trabajo y a los trabajadores. En caso de que el sindicato cuente con instrumento colectivo vigente, la presentación deberá hacerse no antes de sesenta ni después de cuarenta y cinco días anteriores a la fecha de término de la vigencia de dicho instrumento.

Frente al supuesto de que el proyecto se presente antes de los sesenta días señalados, el legislador establece que deberá entenderse presentado para todos los efectos legales al día sexagésimo previo a la fecha de vencimiento del instrumento colectivo anterior. En caso de no presentación o de presentación tardía del proyecto, llegada la fecha de término del instrumento colectivo vigente se extinguirán sus efectos, subsistiendo sus cláusulas como parte de los contratos individuales de los trabajadores afectos a él, salva las que se refieran a la reajustabilidad pactada en relación a remuneraciones y demás beneficios convenidos en dinero, el incremento real pactado, y aquellos derechos y obligaciones que sólo puedan

⁶³ Respecto a la expresión *medios idóneos*, la DT en Dictamen 5781/93, atendiendo a que tal facultad del empleador es una directa limitación al derecho fundamental de los trabajadores a negociar colectivamente, determina el mecanismo mediante el cual deberá realizarse dicha comunicación, concluyendo que deberá constar “por escrito y por medios públicos y visibles” y ser realizada “en todos los establecimientos, sucursales e instalaciones de la empresa”, asimismo, en cuanto a la oportunidad, “se estima conveniente que en conformidad al principio de buena fe, ella sea efectuada con una anticipación razonable al periodo fijado, permitiendo así que los trabajadores conozca con la suficiente antelación el lapso durante el cual no podrán iniciar negociaciones colectivas”.

ejercerse o cumplirse colectivamente. Ahora bien, la DT precisa en este último caso que el empleador formule en su respuesta la reclamación respectiva a la presentación tardía del proyecto, para efectos de detener su curso.

(ii) *Presentación del proyecto y negativa del empleador a recibirlo.* Copia del proyecto, firmada por el empleador para acreditar que ha sido recepcionado por el mismo, y con fecha de recepción estampada en él, debe entregarse a la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la presentación. El legislador prevé la hipótesis en que el empleador se niegue a recibir o certificar la recepción del proyecto de instrumento colectivo mediante su firma. Ante esto, el sindicato deberá requerir a la Inspección del Trabajo notificar del proyecto en el más breve plazo posible.

(iii) *Contenido del proyecto de instrumento colectivo.* Se establece un contenido mínimo, que debe contemplar: cláusulas que se proponen, vigencia, comisión negociadora sindical y el domicilio físico y electrónico de él o los sindicatos respectivos, acompañando una nómina de los socios del sindicato. Existe una innovación en relación a las formas de notificación de las actuaciones, en tanto el sindicato debe indicar en el proyecto una dirección de correo electrónico, cuya administración debe estar a cargo de la comisión negociadora.

(iv) *Representación de las partes.* Los trabajadores se encuentran representados por una comisión negociadora integrada por el directorio de la organización sindical respectiva, y en caso de que la negociación haya sido iniciada por más de un sindicato, la comisión será integrada por los directores que sean designados en el proyecto de instrumento colectivo. Al desarrollo de las negociaciones, podrán asistir asesores que designen los sindicatos en negociación, los cuales no pueden exceder a tres personas.

Se incorporan al respecto reglas específicas para aquellos sindicatos que cuenten con trabajadoras afiliadas. Así, cuando la comisión negociadora no cuente con presencia femenina, deberá incorporarse una elegida por el o los sindicatos de conformidad a sus estatutos, y en caso de que éstos nada establezcan, deberá ser elegida en asamblea convocada al efecto en votación universal. En el caso particular de la micro y pequeña empresa, la incorporación de la trabajadora a la comisión se hará mediante la sustitución de uno de los miembros originales de la misma, por derecho propio. Respecto a este último caso, la trabajadora contará con fuero de

negociación colectiva durante noventa días contados desde la suscripción del instrumento colectivo o desde la notificación a las partes del fallo arbitral.

En cuanto al empleador, éste será representado hasta por tres apoderados que sean miembros del directorio de la empresa o socios de la misma que cuenten con facultades de administración. También se otorga la posibilidad de que, en el desarrollo de las negociaciones, puedan acompañar asesores que no superen el número de tres personas.

b) Respuesta del empleador al proyecto de instrumento colectivo. La respuesta del empleador al proyecto de instrumento colectivo deberá entregarse por escrito a cualquiera de los integrantes de la comisión negociadora sindical y remitida a la dirección de correo electrónico indicada por el sindicato, dentro de los diez días siguientes a la presentación del mismo, plazo que de común acuerdo puede ampliarse hasta por diez días más. Copia de tal respuesta debe ser remitida a la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que haya sido entregada a la comisión negociadora, acompañando comprobante de dicha entrega. De no responder oportunamente el empleador, será sancionado con multa del artículo 406 inciso primero relativa a prácticas desleales, ahora bien, si el empleador al vigésimo día de presentado el proyecto no ha dado respuesta, se entenderá que las partes lo aceptan, salvo que se haya acordado prórroga del plazo de respuesta, aplicándose ambas sanciones al día siguiente del vencimiento de la prórroga.

En cuanto al contenido del escrito, el empleador debe dar respuesta a todas las cláusulas propuestas en el proyecto presentado, pudiendo explicar los fundamentos, contenidos, impugnaciones y reclamaciones de su proposición, acompañando los antecedentes que los sustenten. Asimismo, deberá incorporar su propuesta sobre identidad y número de trabajadores del sindicato que deberán conformar los equipos de emergencia, así como también debe señalarse la designación de comisión negociadora de la empresa.

Finalmente, el legislador establece que la respuesta del legislador deberá contener, a lo menos, el piso de la negociación, precisando que, de existir instrumento colectivo vigente, las estipulaciones del mismo se entenderán como piso de la negociación con los valores que correspondan a la fecha del término del contrato, siendo excluidas la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los

beneficios que se otorgan sólo por motivo de firma del instrumento colectivo. De no existir instrumento colectivo vigente, piso de negociación se entenderá la respuesta misma del empleador, la cual no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato. De no contener la respuesta del empleador este piso de negociación, aquellas se entenderán incorporadas para todos los efectos legales.

c) Impugnaciones y reclamaciones. La tramitación de las reclamaciones e impugnaciones que se generen en el curso de la negociación será ante la Inspección del Trabajo, y ante la Dirección del Trabajo en caso de que éstas involucren a más de mil trabajadores. En cuanto a la oportunidad, el empleador deberá formularlas en la respuesta del proyecto de instrumento colectivo, y la comisión negociadora deberá formularlas en una misma presentación, ante la Inspección del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la respuesta del empleador, en ambos casos acompañando los antecedentes en que se funden.

En cuanto al procedimiento mismo, la Inspección del Trabajo citará mediante notificación por correo electrónico a una audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes, a la cual las partes deben asistir con sus antecedentes necesarios e información adicional que eventualmente pudo haber pedido la Inspección, en la cual se insta a llegar a acuerdo. Concluida la audiencia, la Inspección del Trabajo o Dirección del Trabajo, según corresponda, contará con un plazo de cinco días para dictar resolución. En contra de la misma, sólo será procedente recurso de reposición que deberá ser interpuesto dentro del tercero día, el cual debe resolverse en idéntico plazo, con posibilidad de reclamación judicial dentro del quinto día. Finalmente, por regla general la tramitación de impugnaciones y reclamaciones no suspende el curso de la negociación, no obstante el tribunal mediante resolución fundada puede decretarla.

d) Periodo de negociación. Luego de la respuesta del empleador, se inicia un periodo de negociación durante el cual las partes pueden reunirse las veces que lo estimen necesario, a fin de alcanzar acuerdo directo, tanto sobre las cláusulas comprendidas en el proyecto y en la respuesta, así como de cualquier aspecto que las partes determinen de común acuerdo, sin sujeción a algún tipo de formalidad. Asimismo, una vez vencido el plazo de respuesta del empleador, las partes en este periodo podrán solicitar de común acuerdo una mediación voluntaria a cargo de la Dirección del Trabajo

Finalmente, la ley en estudio otorga a la comisión negociadora sindical el derecho a suscribir un instrumento sujeto a las estipulaciones de piso de negociación durante todo el período de la misma, e incluso después de votada y hecha efectiva la huelga, mediante una comunicación escrita al empleador, instrumento que se entenderá suscrito desde dicha fecha. El empleador tendrá la facultad de manifestar su negativa a la suscripción del instrumento únicamente en el caso de que las partes previamente hayan pactado de común acuerdo rebajar el piso de la negociación atendidas las condiciones económicas de la empresa.

3.3. Negociación colectiva no reglada

El artículo 314 contempla esta modalidad de negociación colectiva para los sindicatos de empresa, interempresa, de trabajadores eventuales o transitorios, así como también de federaciones y confederaciones, los que podrán iniciar negociaciones voluntarias directas con uno o más empleadores, en cualquier momento, sin restricciones de ninguna naturaleza, y sin sujeción a normas de procedimiento, a fin de convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado.

Esta modalidad de negociación, en conformidad a los incisos finales de los artículos 320 y 314, da lugar a un instrumento colectivo, el cual no podrá tener una duración superior a tres años.

3.4. Huelga

La regulación del derecho de huelga en la nueva ley, continúa situada en el Libro IV relativo a negociación colectiva, en donde estipula el proceso reglado y forzoso del mismo. A este respecto, es relevante precisar que, aún cuando el legislador insista en situar la huelga como una etapa más dentro de la negociación colectiva reglada, no debe olvidarse el carácter de derecho fundamental que ésta tiene, motivo por el cual, puede ser ejercida por los trabajadores al margen del procedimiento a propósito del cual se le regula. Recordemos que en este mismo sentido ha pronunciado parte de la doctrina y reciente jurisprudencia, lo cual fue abordado con mayor detención en el apartado 4.2.2. del primer capítulo de este trabajo.

En efecto, en el capítulo primero abordamos en detalle la regulación normativa de la misma en nuestro país, tanto en su procedimiento, efectos y limitaciones. A continuación, nos

referiremos a aquellos aspectos que se vieron modificados con la nueva ley, que dicen relación con el procedimiento reglado y forzoso de la huelga, y las limitaciones a la misma.

3.4.1. El procedimiento reglado y forzoso de la huelga

a) Convocatoria y votación. De acuerdo al inciso primero del artículo 347, la comisión negociadora sindical deberá convocar a la votación de la huelga con a lo menos cinco días de anticipación a la oportunidad en que ésta deba realizarse, la cual atenderá a la existencia o no de instrumento colectivo vigente dentro de la empresa. Así, en conformidad al artículo 348, de existir instrumento colectivo vigente, la huelga deberá votarse dentro de los últimos días de vigencia, y de no existir, deberá votarse dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo.

A su vez, cabe mencionar que el artículo 349 incorpora la obligación del empleador de facilitar la realización normal de la votación de huelga, otorgando los permisos necesarios para que los trabajadores puedan concurrir al acto mismo de votación.⁶⁴ Como contrapartida, y en el entendido de que en esta etapa aún no hay ejercicio de la huelga propiamente tal, el mismo artículo señala el deber de la comisión negociadora sindical de organizar el proceso de votación evitando alteraciones en el normal funcionamiento de la empresa.

En cuanto al acto mismo de votación, el legislador mantuvo en el actual artículo 350 las características antes contenidas en el artículo 372. Tratándose del quórum, la nueva ley mantiene el criterio de mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato, sin considerar a aquellos trabajadores que se encuentren gozando de licencia médica, feriado legal, o que se encuentren fuera del lugar habitual en donde prestan servicios por requerimiento de la empresa. A su vez, el artículo 352 se refiere a la votación en que no se logre el quórum, consagrando la facultad de la comisión negociadora sindical de requerir la suscripción del contrato colectivo que contenga el piso de negociación, facultad que deberá ejercerse dentro del tercer día contado desde el acto de votación, mediante comunicación al

⁶⁴ Al respecto, la DT en dictamen 0441/007 del 27 de enero del año 2017, ha señalado que, atendiendo al principio de buena fe

(...) la empresa no puede reducir su rol a la sola entrega de los permisos que establece el legislador, son que, además, ha de colaborar con el mentado curso normal del proceso, absteniéndose de adoptar medidas o asumir conductas que signifiquen obstaculizar el desarrollo de la votación.

empleador de la cual debe quedar constancia fehaciente tanto del hecho de ejercerla como de la fecha.

b) Inicio de la huelga. Habiéndose aprobado, el artículo 350 establece que debe hacerse efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del quinto día siguiente a su aprobación, aumentando el tiempo existente entre la votación y el inicio de la huelga, que antes de la reforma era de tres días. Este periodo de cinco días está sujeto a prórroga en razón de la intervención que la Inspección del Trabajo pueda realizar en virtud de la mediación obligatoria contemplada en el artículo 351.

c) Mediación obligatoria. El artículo 351 establece que dentro de los cuatro días siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes puede solicitar mediación obligatoria de Inspector del Trabajo competente. Transcurridos cinco días hábiles desde que fuere solicitada la intervención sin que las partes hubieren llegado a acuerdo, el Inspector dará por finalizada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil, no obstante las partes pueden solicitar una prórroga para seguir desarrollando la mediación, la cual no puede extenderse más allá de cinco días.

d) Nuevas ofertas del empleador. La nueva ley introduce un nuevo procedimiento en virtud del cual, una vez iniciada la huelga, la comisión negociadora de la empresa presenta una nueva propuesta conforme a las reglas que el artículo 346 dispone para la última oferta. Ésta será sometida a votación de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, quienes deben aprobar por mayoría absoluta, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de presentación, y respecto a micro y pequeñas empresas, la oportunidad se reduce a dos días.

e) Derecho a reincorporación individual del trabajador. El artículo 357 viene a modificar la anterior regulación de este derecho, estableciendo que el empleador está impedido de ofrecer o aceptar la reincorporación de los trabajadores en huelga, salvo que se cumplan los siguientes requisitos copulativos en relación a la última oferta: (i) Observancia de formalidades y oportunidad establecidas en el artículo 346; (ii) Oferta contenga idénticas estipulaciones que las recogidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, debidamente reajustadas, y; (iii) Contemple una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para todo el periodo del contrato. El trabajador que se reintegre lo hace en condiciones

idénticas a las de la última oferta del empleador y deja de estar afecto a la negociación colectiva.

En caso de que se cumplan los mencionados requisitos, la aceptación del reintegro en la gran y mediana empresa, puede suceder a contar del día dieciséis de iniciada la huelga, mientras que en la micro y pequeña empresa, puede verificarse al sexto día de iniciada. En caso de no cumplirse los requisitos, la reincorporación puede verificarse a partir del día treinta en la gran y mediana empresa y del día dieciséis en la micro y pequeña.

Una de las modificaciones más relevantes al respecto, corresponde a la derogación de lo estatuido en el artículo 383 que permitía al empleador oponerse a la reincorporación cuando comprendía a todos los trabajadores, y estipulaba que el reintegro de más de la mitad de los trabajadores huelguistas ponía fin a la misma. En este sentido, la DT ha señalado:

(...) la eliminación del referido efecto colectivo del reintegro mayoritario obliga a sostener que la figura de reincorporación del trabajador durante la huelga, cuando lo hace conforme a la ley, solamente tiene una naturaleza y una consecuencia individual, subsistiendo la huelga, con todos sus alcances, respecto del grupo de trabajadores que aún participen del proceso negocial aún cuando su cantidad se haya reducido a la minoría.

Del mismo modo, el precepto en análisis, en su inciso final, establece que la facultad de reincorporarse no puede ejercerse de modo que afecte el ejercicio del derecho a huelga por parte de los demás trabajadores involucrados en la negociación”.

3.4.3. Límites al derecho de huelga

La ley en estudio introduce una serie de modificaciones en relación a esta materia. Dentro de ellas, se encuentra la relativa a los Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, tema que abordaremos en detalle en el capítulo final de este trabajo.

a) Empresas en las que se encuentra prohibida el ejercicio del derecho de huelga. El inciso artículo 19 número 16 en su inciso final de la Constitución, dispone “La ley establecerá

los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”. En razón de tal mandato constitucional, la nueva ley perfecciona el procedimiento sobre la calificación de las empresas en que no se podrá ejercer derecho a huelga. En efecto, si bien el nuevo artículo 362 mantiene la premisa de que no podrán declarar 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, así como también que la calificación de encontrarse una empresa en alguna de estas situaciones será efectuada por resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional, y Economía, Fomento y Reconstrucción, la nueva regulación incorpora diferencias sustantivas.

La confección del listado de empresas recientemente mencionado se realizará cada dos años previa solicitud fundada de parte antes del 31 de mayo respectivo, otorgándose la posibilidad de formular observaciones a la contraparte de aquel que promovió la solicitud dentro del plazo de quince días desde que haya tomado conocimiento de la misma. A su vez, se introduce un nuevo procedimiento de reclamación ante la Corte de Apelaciones de la resolución que se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de la calificación, la cual debe interponerse dentro de los quince días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la resolución respectiva, procedimiento que se regular con detalle en el artículo 402. La permanencia de las empresas en este listado, podrá ser revisada en caso de existir causa sobreviniente. Respecto las empresas del listado, en caso de que no se lograra acuerdo directo de las parte en sus procesos de negociación colectiva respectivo, éstas deberán someterse a arbitraje, en conformidad al artículo 386. No obstante lo anterior, la presente limitación será abordada con más detención en el siguiente capítulo.

b) Reanudación de faenas. Mediante el artículo 363 se modifica el proceder a través del cual se podrá decretar la reanudación de faenas cuando, al producirse una huelga o lock-out, causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país, o a la seguridad nacional. En efecto, procederá la reanudación de faenas una vez decretada por un Juzgado de Letras del Trabajo, previa solicitud de parte (empleador, sindicato, Dirección del Trabajo), mediante procedimiento monitorio. Ejecutoriada la

sentencia definitiva, deberá ser notificada a la DT a fin de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio. La reanudación de faenas se hará en mismas condiciones vigentes al momento de presentarse el proyecto de contrato colectivo.

En contraste con la regulación previa a la reforma, vemos que se le otorga la facultad al empleador de solicitar una reanudación de faenas, lo cual –no es difícil adelantar- generará un entorpecimiento del derecho a huelga para los trabajadores. Así, y en consideración a las amplias causales que establece el legislador, pareciese muy probable la judicialización del ejercicio de la huelga. Otro aspecto relevante modificado radica en que, mientras antes quien decidía reanudar faenas era el Presidente de la República, la nueva legislación establece que la decisión estará a cargo de los Juzgados de Letras del Trabajo. Al respecto, creemos cobraba sentido que una limitación tan absoluta de la huelga, fuese decidida por la máxima autoridad política del país, en miras a un diagnóstico global de las afectaciones de abastecimiento, salud, economía y seguridad nacional de la población. Así, la nueva regulación genera una verdadera exoneración de responsabilidad política frente a tal limitación de éste derecho. En este sentido, Ugarte (2015) explica

Se cierra un círculo perfecto contra la huelga: se la limita por la solicitud empresarial o de autoridades de gobierno vía Inspección del Trabajo, pero desapareciendo el Presidente de la norma, nadie deberá responder políticamente por tan intensa lesión al derecho de huelga (p.18).

c) Reemplazo de trabajadores en huelga. El inciso segundo del artículo 345 expresa: “Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga”, vedando de esta forma la posibilidad de reemplazo de todo o parte de los trabajadores en huelga, ya sea utilizando personal interno o externo. En este sentido, el mismo artículo señala que la infracción a tal prohibición constituye una práctica desleal grave que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes y, ante una eventual negativa del empleador, la Inspección respectiva deberá denunciar ante Juzgado de Letras del Trabajo, mediante procedimiento de Tutela Laboral regulado en los artículos 485 y siguientes, a fin de que el tribunal disponga de las medidas pertinentes que hagan cesar la vulneración. Se introduce también como práctica desleal del empleador el cambio de establecimiento en que deben

prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella.

Respecto de aquellas huelgas que se desarrollan en un contexto de negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista, el inciso final del artículo 306 permite a la empresa principal ejecutar, directamente o través de un tercero, la provisión de la obra o servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga del contratista o subcontratista. Por su parte, el artículo 405 limita esta norma preceptuando como práctica desleal de la empresa principal que, en proceso de negociación colectiva de una empresa contratista o subcontratista, contrate de manera directa o indirecta trabajadores parte de la huelga que se ejerce en aquellas.

Con lo anterior, aún cuando el legislador estipule la referida limitación, nos parece que la facultad otorgada a la empresa principal, constituye una limitación excesiva a la huelga de los trabajadores contratistas y subcontratistas que, en la práctica, les priva del ejercicio efectivo de este derecho. En el mismo sentido, cabe hacer presente que esta nueva regulación, va en contra del criterio establecido el año 2016 por la DT en Dictamen N°3403/59, el cual estipulaba,

(...) la empresa principal no podrá asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales.

El artículo 403 en el inciso segundo de su letra d), introduce la facultad del empleador para modificar los turnos y 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. Tal disposición ha generado gran controversia, y en este sentido, la DT en Dictamen 441/7 se ha hecho cargo de precisar su sentido y alcance. Así, en particular respecto a la modificación de los horarios de trabajo y del sistema de turnos, ha señalado que

(...) si bien el empleador puede ejercer las facultades de administración contempladas por la ley en materia de modificaciones de horarios y turnos, en ningún caso puede, en virtud de estas alteraciones, exceder los máximos diarios y semanales establecidos.

Y, en lo relativo a las adecuaciones necesarias,

Son, por ende, adecuaciones o ajustes organizativos que el empleador puede razonablemente realizar sobre los medios personales y materiales con que cuenta la empresa, con la finalidad exclusiva de asegurar el cumplimiento de las funciones que los trabajadores no huelguistas han pactado en sus contratos individuales, debiendo, en todo caso, ser medidas a tal punto necesarias que, sin ellas, tales dependientes no podrían desarrollar las tareas convenidas en sus contratos de trabajo.

En segundo lugar, es necesario apuntar que las prescripciones legales han de entenderse en orden a que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan desempeñar *las funciones convenidas en el contrato de trabajo*, evitando así que éstas y, en definitiva, la libertad de trabajo de tales dependientes, se vea afectada por la huelga que ejecutan los trabajadores que adscriben a la negociación colectiva en desarrollo.

Si bien con la introducción del artículo 345 inciso segundo parecía que el Código del Trabajo plasmaría lo que, -tal como abordamos en el punto 5.4 del primer capítulo-, parte importante de la doctrina y la reciente jurisprudencia venían sosteniendo, en cuanto a prohibir el reemplazo de los trabajadores en huelga, ya sea utilizando personal interno o externo, lo cierto es que el artículo 403 se formula de tal manera que deja dudas respecto a la fortaleza de tal prohibición. En efecto, abogados laboristas de diversas visiones⁶⁵ han coincidido en que la redacción del precepto es ambigua, por lo que la interpretación de sus alcances llevará a una judicialización del conflicto. En este sentido, en Carta Abierta publicada con fecha 26 de marzo de 2016 firmada por más de 20 académicos, se expresa:

⁶⁵ En noticia de diario La Tercera titulada “Expertos sobre reforma laboral: ‘Adecuaciones necesarias’ serían foco de conflicto en tribunales”, los diversos abogados laboristas entrevistados concuerdan en que el precepto es ambiguo, lo cual llevará la judicialización del mismo.

(...) Tras varias propuestas de redacción, con la norma recién aprobada el empleador en caso de huelga tendrá derecho a realizar “ajustes necesarios” en la empresa y modificaciones de turno. De esta forma, lo que debía ser simplemente una prohibición se transformó en un espacio de interpretación sobre lo que es o no reemplazo interno, cuestión que en definitiva deberá dilucidar un juez. Como se ha dicho, se prometió un derecho para los trabajadores y se otorga un juicio de resultado obviamente incierto (Arellano, P. y otros, 2016).

Capítulo 3. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos como limitaciones al derecho a huelga

1. Los principios doctrinarios del CLS sobre los servicios esenciales y los servicios mínimos

La OIT, a través del Comité de Libertad Sindical se ha manifestado extensamente respecto a las nociones de *servicios esenciales* y de *servicios mínimos*, formulado principios que deben regir estas instituciones y pronunciándose sobre quejas en esta misma materia dirigidas contra estados miembros, en relación a violaciones de la libertad sindical. A continuación, expondremos la doctrina que el CLS ha elaborado respecto a ambos conceptos, lo cual nos resultará de utilidad al momento de efectuar un análisis crítico de la regulación chilena de los mismos, tanto antes como después de la dictación de la Ley N° 20.940.

1.1. Los servicios esenciales en la doctrina del CLS

El CLS ha sostenido que el derecho a huelga puede estar sujeto a restricciones en el caso de que los trabajadores cumplan una función pública u operen servicios esenciales. No hay un listado taxativo que enumere la totalidad de aquellos servicios con este carácter, sin embargo, el mismo Comité ha elaborado un criterio para facilitar la determinación de si un servicio es o no esencial. Según aquél, tendrá esta cualidad cuando su entorpecimiento o paralización implique “(...) la existencia de una amenaza evidente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población” (OIT, 2006, p. 125). Para el CLS es fundamental que este criterio sea satisfecho toda vez que

(...) se atenta contra el concepto mismo de servicios esenciales si se trata de calificar como tales a aquellas situaciones que no cumplen con los criterios que le son propios. Tal es el caso de las huelgas que impliquen consecuencias graves a largo plazo para la economía nacional, si existe una definición amplia del concepto de servicios esenciales en la legislación, o si el gobierno tiene facultades discrecionales para ampliar la lista de empresas que se consideran como servicios esenciales (Azócar y Cruz, 2015, p. 148).

Ahora bien, la razón de que los organismos internacionales no hayan elaborado listados exhaustivos de servicios esenciales que sirvan como pautas para las distintas legislaciones nacionales es que

Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población (OIT, 2006, p. 125).

Asimismo, de esta cita se desprende también una clasificación de los servicios esenciales. Por un lado, están los *servicios esenciales en sentido estricto* y, por otro, los denominados *servicios esenciales por extensión*. Los primeros son aquellos que cumplen el criterio del CLS, mientras que los segundos, son aquellos que solamente llegan a satisfacerlo por el transcurso de cierto lapso de tiempo desde el momento en que el servicio se ve interrumpido, sin que en un principio se produzca una amenaza a la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población. Un ejemplo de esto es el servicio de recolección de basura.

No obstante el CLS ha recelado de elaborar un listado exhaustivo de servicios esenciales por las razones ya expuestas, sí ha dado directrices al respecto formulando una lista de aquellos servicios que normalmente tienen este carácter. En este sentido, ha señalado que ordinariamente serán esenciales los servicios del sector hospitalario, los servicios de electricidad, los de abastecimiento de agua, los telefónicos, la policía y fuerzas armadas, los servicios penitenciario públicos o privados, los bomberos, el control de tráfico aéreo, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares, entre otros (OIT, 2006, p. 126). Por otra parte, también el Comité ha confeccionado una lista de servicios que no deben ser considerados esenciales en sentido estricto, entre los que menciona la radio-televisión, los puertos (carga y descarga), los bancos, la metalurgia y sectores mineros, el sector de la educación⁶⁶, los servicios de correos, entre otros (OIT, 2006,

⁶⁶ El Comité hace un matiz al respecto: Sin bien el sector de la educación no constituye un servicio esencial el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones o incluso ser prohibido (OIT, 2006, p. 128).

p. 127-128). Recalamos que estos listados deben ser analizados a la luz de la realidad concreta de cada país puesto que, si bien hay algunos servicios que serán esenciales en todas las naciones, hay otros cuya importancia variará según la realidad del país.

En la medida en que la huelga se ve restringida -incluso prohibida- en los casos en que están involucrados servicios esenciales, el CLS ha dictaminado que “(...) 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” (OIT, 2006, p. 129). En este respecto, se consideran como garantías de esta naturaleza los procedimientos de conciliación y arbitraje, que deben ser de carácter imparcial y rápido, permitiendo a los actores intervenir en todas sus etapas.

1.2. Los servicios mínimos en la doctrina del CLS

Los servicios mínimos consisten en la “(...) parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediablemente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga” (Baylos, 1988, p. 95). Por ende, la imposición de estos servicios no busca proporcionar protección a los derechos del empleador, sino que tienen por objeto resguardar los derechos de terceros ajenos al conflicto laboral, que eventualmente se pudieran ver perjudicados en tanto usuarios del servicio prestado por la empresa en cuestión. En efecto, como señala Pinto (2016), los servicios mínimos garantizan la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios y/o el continuo y seguro funcionamiento de las instalaciones.

El CLS distingue entre los *servicios mínimos de seguridad* y los *servicios mínimos de funcionamiento*. Los primeros son aquellos que se imponen para garantizar la seguridad de las personas, evitar accidentes y asegurar las instalaciones de la empresa. Así, el Comité ha dictaminado que

Con respecto a una legislación que obligaba a las organizaciones profesionales de todas las actividades a procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes, previéndose que las divergencias que puedan surgir con respecto a este personal

deben ser zanjadas por el tribunal administrativo de arbitraje, el Comité consideró admisibles estas limitaciones del derecho de huelga. (OIT, 2006, p. 131).

Por otro lado, los *servicios mínimos de funcionamiento* “(...) tendientes a mantener hasta cierto punto la producción o los servicios de la empresa o institución donde se produce la huelga (...)” (Gernigón, Odero y Guido, 2000, p. 31), pueden ser lícitamente impuestos según el CLS en los siguientes tres casos: (i) en los servicios cuya interrupción pueda poner en riesgo la seguridad, salud o la vida de la persona en toda o parte de la población⁶⁷; (ii) en aquellos servicios que no son esenciales en sentido estricto cuando se trate de huelgas cuya extensión pueda provocar una situación de crisis nacional aguda tal que podrían estar en peligro las condiciones normales de existencia de la población, y (iii) en los servicios públicos de importancia trascendentales⁶⁸ (OIT, 2006, p. 131).

Al igual que en los servicios esenciales, más allá de los criterios orientadores señalados, el CLS no ha elaborado una lista exhaustiva de casos en que resulta lícito exigir la prestación de servicios mínimos. No obstante ello, se ha referido a casos concretos en que sí sería procedente dicha exigencia. Entre ellos: en el servicio de metro, en el transporte ferroviario, en los servicios de transbordadores en el caso de islas, en el servicio de recolección de basura, etcétera (OIT, 2006, p. 133-135).

En cuanto al mecanismo para determinar el alcance que deben tener los servicios mínimos en cada caso concreto, el CLS ha sostenido que es fundamental la participación no sólo de las autoridades públicas, sino también de las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello

(...) no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que estos no sean de una extensión tal que una huelga se torne inoperante en la práctica (...) (OIT, 2006, p. 132).

⁶⁷ En definitiva, en (i) el CLS se refiere a los servicios esenciales en el sentido estricto del término.

⁶⁸ Los servicios públicos de importancia trascendental son servicios no esenciales donde, a juicio de los órganos de control de la OIT, no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento en la empresa o institución de que se trate.

Además, en los casos en que haya divergencia entre los actores en conflicto, la decisión sobre la extensión de los servicios mínimos debe recaer en un organismo independiente y no en el Ministerio del Trabajo, ni en el ministerio u empresa pública concernida.

2. Los servicios esenciales y los servicios mínimos en el derecho comparado

2.1. España

2.1.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

En España, la noción de *servicio esencial* ha sido definida jurisprudencialmente. En concreto, como señala Sala Franco (2013), el Tribunal Constitucional español⁶⁹ ha sostenido que serán servicios esenciales para la comunidad aquellos que están dirigidos a satisfacer derechos o bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud, la educación, la libertad de circulación, entre otros. Asimismo, la delimitación de ellos se deberá efectuar en términos relativos y concretos dependiendo de las circunstancias que rodean a una huelga.

Estos servicios se encuentran regulados tanto a nivel constitucional como legal en la legislación hispánica. Así, el artículo 28.2 de la Constitución española establece sobre la huelga que “La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.” y el artículo 10.2 RDLRT señala que “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”. En virtud de dicha disposición, la autoridad administrativa se encuentra facultada para tomar medidas tendentes a asegurar un mínimo de funcionamiento del servicio, de tal modo que éste sea prestado, pero sin afectar sustancialmente el derecho a huelga. Como señala Sala Franco (2013), en concreto, estas medidas a adoptar consisten en servicios mínimos de funcionamiento, que deben ser establecidos por decretos dictados ya sea por la autoridad gubernativa estatal, aquella de una Comunidad Autónoma o la de un Ayuntamiento o Diputación provincial. En dicho

⁶⁹ Sentencia emitida por dicho tribunal con fecha 15 de marzo de 1990.

procedimiento se deberá cumplir con dos requisitos de validez, como ha señalado el mismo Tribunal Constitucional: (i) motivación en la decisión administrativa; y (ii) la comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores previa su aplicación. Con ellas, se busca proteger a los trabajadores y permitir el control jurisdiccional de las medidas tomadas por la Administración.

En caso de incumplimiento de la obligación de prestar servicios mínimos, la ley establece que el gobierno podrá tomar medidas como la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores o efectivos militares e incluso en caso de estado de alarma, movilizar al personal laboral.

2.1.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

El artículo 6.7 RDLRT señala que “El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”. Por ende, se entiende que existe una obligación de los trabajadores en huelga de prestar servicios mínimos de seguridad y mantenimiento. La designación de estos servicios y los empleados que deberán desempeñarlos debe hacerse de mutuo acuerdo entre empleador y comité de huelga. En caso de desacuerdo deberán intervenir los tribunales, sin embargo la ley española presenta problemas, pues

El carácter preferente y sumario del procedimiento judicial que las circunstancias requieren y la ausencia de su reconocimiento en la ley procesal laboral impiden en ocasiones su operatividad práctica, y en el ínterin la jurisprudencia mayoritariamente ha defendido la designación unilateral empresarial en estos casos” (Sala Franco, 2013, p. 333).

2.2. Portugal

2.2.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

La ley lusa hace referencia a “servicios de ineludible necesidad social” y prescribe la obligación de los trabajadores en huelga de prestar servicios mínimos indispensables para su satisfacción, según señala el artículo 537.1 del Código do Trabalho. A su vez, el artículo 537.2 del mismo cuerpo legal señala que serán servicios de ineludible necesidad social los siguientes: correos y telégrafos, servicios médicos hospitalarios y farmacéuticos, los de salud pública incluyendo los servicios funerarios, los de energía y minas incluyendo abastecimiento de combustibles, los servicios de transporte relativos a pasajeros, animales, géneros alimentarios deteriorables y a bienes esenciales para la economía nacional, incluyendo los puertos, aeropuertos, estaciones de ferrocarriles y de camiones, y los servicios de transporte y seguridad de valores monetarios.

Según el artículo 538 del mismo Código, la determinación de los servicios mínimos de funcionamiento deben estar preestablecidos en instrumentos colectivos o en acuerdos entre trabajadores y empleador que deben incluirse en el escrito de preaviso de huelga. En ausencia de pacto, el Ministerio del Trabajo debe convocar a las partes en conflicto a fin de llegar a un acuerdo. En caso de que esto no se logre, la determinación de los servicios la deberá efectuar el mismo Ministerio del Trabajo en conjunto con aquel Ministerio que sea responsable del sector de actividad afectado por la huelga. En caso de que la empresa involucrada sea estatal, quien decida a falta de pacto será un tribunal arbitral. Cabe destacar que, como señala el artículo en estudio, la designación de estos servicios mínimos deberá realizarse con respeto a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Por su parte, como señala Sala Franco (2013), en caso de incumplimiento de la obligación de prestar los servicios mínimos por parte de los empleados en huelga, el gobierno mediante resolución del Consejo de Ministros, puede decretar una requisa o movilización de los trabajadores, que estarán afectos a sanciones disciplinarias en caso de desobedecer.

2.2.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

El artículo 537 del Código do Trabalho prescribe la obligación de los huelguistas de prestar servicios mínimos necesarios para la seguridad y el mantenimiento del equipo e instalaciones. Estos serán los estrictamente necesarios para cubrir dichas prestaciones y se

ejecutarán bajo la dirección y autoridad del empleador, teniendo derecho a salario los trabajadores involucrados.

Al igual que los servicios mínimos de funcionamiento en los servicios de ineludible necesidad social, estarán pre establecidos en los convenios colectivos o por acuerdos de ambas partes que deberán ser incluidos en el escrito de previos de huelga. Si no hay pacto, el Ministerio del Trabajo convocará a los representantes de ambas partes para llegar a consenso. A falta de acuerdo, también decide el mismo Ministerio del Trabajo en conjunto con el Ministerio responsable del sector de actividad implicado.

2.3. Francia

2.3.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

Blanco y López (2013) señalan que El Code du Travail contempla un estatuto especial para la huelga en servicios públicos. Ésta es aplicable al personal estatal, regional, departamental y de ayuntamientos de más de 10.000 habitantes, así como de las empresas organismos y establecimientos públicos o privados encargados de gestión de servicios públicos. Ésta normativa especial contempla la imposición de servicios mínimos de funcionamiento, que deben ser establecidos por el gobierno y están sujetos al control jurisdiccional. No se establece expresamente, pero se considera que deben ser ponderados y proporcionales, de modo que no mermen excesivamente el derecho a huelga. Asimismo, dispone que los trabajadores regidos por este estatuto deben dar preaviso de huelga con cinco días de antelación, el que debe ser formalizado por un sindicato representativo. Además, expresamente prohíbe las huelgas rotatorias en los servicios esenciales.

2.3.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

La ley no se refiere de manera específica a este tipo de servicios. No obstante ello, el artículo L-13211 del Code du Travail autoriza que se fijen en los reglamentos interiores las condiciones para que los huelguistas puedan ser llamados a prestar servicios durante un conflicto a fin de garantizar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Son los

acuerdos de empresa los que determinan qué puestos de trabajo son imprescindibles para el cumplimiento de estos servicios. Si no hay instrumentos normativos el empresario podrá requerirlos directamente.

2.4. Italia

2.4.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

Los servicios esenciales se encuentran regulados extensamente en la Ley N° 146/1900. En ella se delimitan los servicios que tendrían este carácter, se establece un procedimiento especial para la huelga cuya finalidad es salvaguardar los derechos de terceros y las sanciones que acarrea su incumplimiento y se establece la denominada *Comisión de Garantía* que cumple diversas labores.

La ley en comento determina qué servicios son esenciales a través de la confección de dos listados. En el primero, de carácter taxativo, se enumeran aquellos derechos cuya satisfacción el legislador considera primordial proteger: el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libre circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación. Todo aquel servicio que tienda a garantizar uno o más de estos derechos será considerado esencial. El segundo listado enumera a modo de ejemplos, una serie de servicios considerados esenciales, agrupados según qué derecho garantizan.

Como se adelantó, la Ley N° 146/1900 crea la Comisión de Garantía que está compuesta por nueve miembros expertos en derecho constitucional, del trabajo y relaciones industriales, que son designados por el Presidente de la República y previamente seleccionados por los presidentes de las Cámaras del Parlamento. La Comisión es una autoridad administrativa independiente y las funciones que desempeñan son variadas: formula reglas para el procedimiento de enfriamiento del conflicto laboral, cumplen funciones mediadoras e interpretativas, controlan el cumplimiento de las previsiones normativas, imponen sanciones, entre otras.

En cuanto al procedimiento a seguir, la ley en estudio, como señalan López y Nores (2013), promueve la resolución de los conflictos “en frío”. En concreto, se establece un trámite obligatorio previo a la huelga de enfriamiento y conciliación, por medio del cual se deben identificar las prestaciones indispensables que deben ser garantizadas, así como la modalidad en que éstas se satisfarán, a fin de salvaguardar los derechos de terceros constitucionalmente protegidos. En definitiva, esto implica el establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento, que tienen ciertos límites en la ley: no se puede exigir más del 50% de la actividad habitual ni más de un tercio del personal. En principio, estos servicios mínimos deben ser acordados por ambas partes y ratificados como idóneos por la Comisión de Garantía, para lo cual ésta tendrá en consideración la opinión de las asociaciones de usuarios. A falta de acuerdo o idoneidad, la misma Comisión deberá presentar una propuesta que debe ser aceptada por las asociaciones de usuarios. En caso de que tampoco sea acogida, el mismo organismo deberá declarar reglas provisionales que tendrán aplicación hasta que no haya un acuerdo idóneo. Además, la ley establece que debe cumplirse con ciertos requisitos de advertencia y publicidad de la huelga: se exige aviso previo de huelga diez días⁷⁰ antes de que sea ejecutada, por escrito y señalando el lapso de tiempo que durará la movilización, de qué tipo será y las motivaciones de la misma. Además, se debe notificar de ella a los medios de comunicación y a la autoridad administrativa correspondiente y la misma empresa estará obligada a proporcionar la información a los usuarios. Cabe destacar que la declaración de huelga es en principio irrevocable, salvo que se llegue a acuerdo con el empleador o bien cuando la Comisión de Garantía recomiende su revocación.

En caso de incumplimiento del procedimiento, existen sanciones de carácter disciplinario que son impuestas por la Comisión de Garantía y las debe aplicar el empleador. Su limitación es que no pueden consistir en modificaciones de condiciones de trabajo ni en despido. También las sanciones pueden recaer en las organizaciones de trabajadores: exclusión de negociaciones, suspensión del crédito horario distribuido o pérdida de cuotas sindicales retenidas que se ingresarán al INPS. Las propias empresas también pueden ser objeto de sanción cuando no garanticen las prestaciones indispensables, incumplan obligaciones

⁷⁰ Plazo que puede ser ampliado en instrumentos colectivos.

derivadas de los acuerdos o de la reglamentación provisional de la Comisión, o bien cuando no entreguen información veraz a los usuarios.

Por último, la ley regula la Orden de *Precettazione*: que como señalan López y Nores (2013) consiste en la actuación de un órgano del poder ejecutivo frente a casos excepcionales de peligro inminente para los derechos de terceros. Esta intervención del órgano de la administración debe promover el desistimiento del conflicto y buscar una conciliación. En caso de no lograr dicho objetivo, debe tomar las medidas necesarias para prevenir perjuicios, como por ejemplo, reducir la duración del paro, diferirlo, fijar mínimos de funcionamiento, etcétera, no pudiendo imponer la prohibición de la huelga. Las órdenes de esta naturaleza deben emitirse en un plazo de 48 horas y son impugnables ante el tribunal administrativo regional.

2.4.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

López y Nores (2013) señalan que, si bien se entiende como lícita la afectación de la productividad mediante la huelga, existen ciertos servicios que deben cumplirse para el cuidado de las instalaciones y materiales. Estos se determinan mediante pactos formales o informales entre empresa y sindicato. No obstante, a falta de acuerdo, los trabajadores deberán tomar la cautela necesaria para no incurrir en responsabilidad aquilina por eventuales daños.

2.5. Reino Unido

2.5.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

Fita (2013) señala que

En la normativa británica no se hace una especial referencia a la huelga en empresas que presten servicios esenciales para la comunidad. Todos los supuestos son tratados de la misma manera. De este modo, el art. 235A; 235B y 235C

TULRCA⁷¹ regulan los supuestos de huelgas que afecten el suministro de bienes o servicios, con independencia de la naturaleza esencial o no de los mismos (p. 868).

La misma normativa además establece la responsabilidad -exigible judicialmente- de aquellos individuos que promuevan un conflicto ilegal y que tenga como consecuencia impedir o retrasar el suministro de bienes o servicios o bien reducir su calidad. El sujeto activo que puede demandar que ésta se haga efectiva no es sólo el empleador, pues se extiende además a cualquier ciudadano afectado por la merma en el bien o servicio en cuestión.

2.5.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

La legislación británica no contempla la obligación de prestar servicios de seguridad y mantenimiento. No obstante, en casos especiales, en que se encuentren involucrados trabajos urgentes y de relevancia nacional, se contempla en la *Emergency Power Act* de 1964 que puede intervenir el ejército. Además, en el artículo 240 TULRCA se encuentra tipificado como delito toda ruptura del contrato de trabajo efectuada de manera dolosa que tenga como consecuencia probable poner en peligro la vida de personas o se dañe o ponga en riesgo o destruyan bienes patrimoniales.

2.6. Uruguay

2.6.1 Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

La Ley N° 13.720 regula los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos para su funcionamiento.⁷² En efecto, el artículo 4° de dicha normativa dispone que

⁷¹ Trade union and labour relations Act

⁷² Cabe destacar que en el artículo 65 de la Constitución uruguaya, si bien no hay una referencia explícita a la idea de servicio esencial, sí hay un mandato a los órganos competentes para asegurar la continuidad de los servicios públicos. Dicho artículo reza lo siguiente:

(...) En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.

Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, (...) la Comisión⁷³ podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación, los servicios esenciales, que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el “lock out” en su caso. Esta decisión podrá ser objeto de los recursos previstos en el artículo 317 y concordantes de la Constitución, y en el artículo 347 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964.

A su vez, su artículo 5° dispone que “En los casos del artículo anterior, (...), la Comisión podrá disponer por sí (...) que las organizaciones gremiales efectúen una consulta a los trabajadores o empleadores afectados por las medidas, con objeto de verificar si ratifican o rechazan el empleo de las mismas o, eventualmente, las fórmulas de conciliación propuestas.”

Ahora bien, más allá de normar el procedimiento para la declaración de los servicios que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, la ley no da criterios para la determinación de qué se entiende por servicio esencial.

2.6.2. Los servicios de seguridad y mantenimiento

La normativa uruguaya no contempla una referencia a servicios mínimos de seguridad y mantenimiento.

2.7. Argentina

2.7.1. Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

La legislación del país transandino regula estas materias en el artículo 24 de la Ley N° 25.877. En dicho precepto se estatuye la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento cuando la huelga afecte un servicio esencial. A su vez, establece un listado no taxativo de cuáles tendrían este carácter: los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. La misma

⁷³ La norma hace referencia a la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos, no obstante actualmente la competencia para hacer esta declaración corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social uruguayo, según estatuye el artículo 9 del Decreto Ley N° 14.791, de 8 de junio de 1978.

norma señala que “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 (...)”. Ahora bien, los criterios que debe seguir dicha comisión para calificar un servicio como esencial son los siguientes dos: (i) cuando se trata de servicios de importancia trascendental según los criterios de los organismos de control de la OIT, o; (ii) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad productiva, se pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

La comisión independiente señalada en el artículo citado se denomina, al igual que su símil italiano, *Comisión de Garantía* y se encuentra reglamentada por el Decreto Ley N° 272/06. Compuesta por cinco miembros, está encargada de asesorar al Ministerio de Trabajo en la supervisión de la implementación de los servicios mínimos -que pueden estar previamente establecidos en convenios colectivos u otro tipo de acuerdos según el artículo 9 del mismo texto legal-. Asimismo, en el artículo 14 de aquel cuerpo normativo se establecen sanciones administrativas en caso de incumplimiento de la obligación de prestar los servicios mínimos.

2.7.2 Los servicios de seguridad y mantenimiento

La normativa argentina no contempla una referencia a servicios mínimos de seguridad y mantenimiento.

2.8. Brasil

2.8.1 Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento

Los servicios esenciales y la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento se encuentran regulados en la Ley N° 7.783 brasileña. Este cuerpo legal dispone en su artículo 11 que cuando se trata de servicios y actividades esenciales, ambas partes en conflicto se encuentran obligadas a garantizar las prestaciones indispensables para atender las necesidades básicas de la población, esto es, aquellas que de no ser atendidas

ponen en peligro inminente la supervivencia, salud y seguridad de población. En caso de que las partes no cumplan este mandato, el artículo 12 del mismo texto legal impone una obligación subsidiaria de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios indispensables.

El artículo 10 de la ley en estudio enumera una serie de actividades que serán consideradas servicios esenciales: tratamiento y abastecimiento de agua y producción de energía eléctrica, gas y combustibles; asistencia médica y hospitales; distribución y comercialización de medicamentos y alimentos; servicios funerarios; transporte colectivo; servicio de alcantarillado y recolección de basura; telecomunicaciones; servicios relacionados con energía nuclear y sustancias radioactivas; control de tráfico aéreo; procesamiento de datos relacionados con servicios esenciales y servicios bancarios.

En cuanto al procedimiento de declaración de huelga en servicios esenciales, la ley brasileña solamente considera como requisito adicional, la obligación de los trabajadores de hacer un preaviso de setenta y dos horas a empleadores y usuarios. El incumplimiento de esta disposición, o bien la de prestar los servicios mínimos de funcionamiento se considera un abuso del ejercicio del derecho de huelga.

2.8.2 Los servicios de seguridad y mantenimiento

La misma Ley N° 7.783 dispone la obligación de prestar servicios mínimos de seguridad y mantenimiento. En su artículo 9 prescribe que el sindicato o comisión negociadora deberá acordar con la entidad patronal o el empleador, la continuidad de las actividades de equipos destinados a asegurar aquellos servicios cuya paralización resulte en un perjuicio irreparable por el deterioro irreversible de los bienes y equipamientos de la empresa así como el mantenimiento de aquellos servicios esenciales para la reanudación de las actividades de la empresa al cesar la huelga. En caso de no llegar a acuerdo, el empleador tiene el derecho a contratar directamente estos servicios.

3. La regulación de los servicios esenciales y los servicios mínimos en el Código del Trabajo previo a la reforma laboral de la Ley N° 20.940.

3.1. Los servicios esenciales en el Código del Trabajo previo a la Ley N° 20.940.

3.1.1. La prohibición de huelga en servicios esenciales

En materia de servicios esenciales, la legislación nacional previa a la reforma introducida por la Ley N° 20.940 se inclinaba por una técnica extremadamente restrictiva del derecho a huelga. Esto se ve plasmado en primer lugar en la Constitución, cuyo artículo 19 N° 16 dispone que no podrán declararse en huelga

(...) 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.

Dicha prohibición se replica a nivel legal en el antiguo artículo 384 del CT que dictaminaba que

No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que: a) Atiendan servicios de utilidad pública, o b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

Cabe destacar que la conveniencia de una prohibición absoluta de la huelga es discutible. Si bien la OIT la reconoce como lícita en el caso de los servicios esenciales en sentido estricto, ésta sería una de las diversas técnicas posibles para garantizar los derechos de sus usuarios. Como hemos visto a la luz del derecho comparado, no es común la utilización de

un modelo similar al chileno. Al contrario, generalmente las legislaciones extranjeras recurren a mecanismos menos restrictivos de la huelga como la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento, técnica que la misma OIT (2006) promueve sosteniendo que

Un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones (p. 132).

3.1.2. Criterios de calificación para la prohibición de huelga en servicios esenciales

La principal problemática de la regulación de la huelga en los servicios esenciales es la excesiva amplitud y vaguedad con que son tratados en el antiguo artículo 384 del CT. El CLS ha manifestado que este es un riesgo importante a tener en cuenta al momento de legislar en esta materia. En efecto, ha señalado que “El principio sobre prohibición de huelgas en los ‘servicios esenciales’ podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un ‘servicio esencial’ en el sentido estricto del término” (OIT, 2006, p. 126). En concreto, la normativa antigua excede la noción de servicio esencial en sentido estricto de la OIT pues utiliza el concepto -mucho más amplio- de *servicio de utilidad pública* y considera cuestiones como un grave daño a la economía como razón suficiente para la prohibición de huelga cuando, el CLS ha señalado explícitamente que

El hecho de vincular las restricciones del derecho de huelga con las dificultades que provocan en el comercio y los intercambios se abren las puertas a la prohibición de una diversidad de acciones reivindicatorias y de huelgas legítimas. Aun cuando las huelgas y otras acciones conexas tienen repercusiones perjudiciales para el comercio y los intercambios, tales consecuencias no convierten de por sí al sector afectado en un servicio “esencial” (OIT, 2006, p. 128).

En atención a estos aspectos problemáticos de la regulación nacional, la CEARC ha efectuado reiterados comentarios al gobierno chileno, así en el año 2002 planteó que

(...) la Comisión observa que la legislación vigente es sumamente amplia que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicio esencial (...) las autoridades podrán establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debiera limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término (OIT, 2002) (Varas, 2010, p. 24).

Posteriormente, en el año 2008 la CEARC nuevamente le plantea observaciones al gobierno chileno en el sentido de que la norma “(...) es demasiado amplia y va más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Ugarte y Caamaño, 2010, p. 90), destacando que la lista de empresas bajo la calificación del artículo 384 de ese mismo año era excesiva pues incluía algunas terminales portuarias privadas que no corresponde incluir bajo el concepto de servicios esenciales en sentido estricto.

Asimismo, como señalan Ugarte y Cataño (2010), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le manifestó su inquietud al Estado Chileno de que los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384.

En este mismo sentido crítico se ha manifestado Gamonal (2002) y Pinto (2016), que han remarcado que el artículo en estudio era en exceso restrictivo con la huelga, y desatendía los principios que la OIT ha formulado al respecto, siendo urgente la necesidad de legislar para modificar esta situación.

3.1.3. Procedimiento de calificación de empresas sujetas a prohibición de huelga por prestar servicios esenciales

El antiguo artículo 384 establecía que los sujetos encargados de calificar si una empresa se encontraba o no en alguna de las hipótesis descritas, eran los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante resolución conjunta a efectuarse en el mes de julio de cada año. Además se contemplaba como mecanismo de garantía compensatoria para los trabajadores por la prohibición de declararse en huelga, el arbitraje obligatorio en caso de que no se llegase acuerdo directo con el empleador. No obstante, como señalan Azócar y Cruz (2015) dicho mecanismo resultó irrelevante por su nula aplicación.

A la luz de lo anterior, es notorio que la pretérita regulación del procedimiento de calificación era sumamente incompleta, pues solo determinaba al sujeto encargado de efectuarla, mas no reglamentaba ningún otro aspecto a pesar de que el artículo 19 N° 16 de la Constitución mandata al legislador a hacerlo. Este mecanismo era problemático en otro sentido: sin estándares ni procedimientos claros a seguir, entrega la decisión de la privación de un derecho constitucionalmente garantizado a una autoridad administrativa. Esto vulneraría el principio de reserva legal estatuido en nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 26. Sobre el mismo, Fermandois (2001) señala

La Constitución de 1980 reserva determinadas materias exclusivamente al legislador, siendo la más trascendente aquella constituida por la restricción o limitación de garantías o derechos fundamentales. Esta técnica de distribución de competencias responde a la necesidad, en un Estado de Derecho, de garantizar a la comunidad su intervención en un proceso transparente, pluripersonal y abierto de discusión (formación de la ley), lo que constituye una garantía sustantiva par a las personas y un "principio" de hermenéutica constitucional en ese sentido (p.298).

Este principio tendría diversos fundamentos. En ese sentido Cazor y Guiloff (2011) sostienen que cumple “(...) según el paradigma liberal, la función de garantía frente a intervenciones de los poderes públicos en los ámbitos de libertad de los ciudadanos; según el paradigma social, funcionaría como garantía del pluralismo democrático (...)” (p. 481).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, si bien ha tenido una jurisprudencia zigzagueante en esta materia como sostienen tanto Fermandois (2001) como Cazor y Guiloff

(2011), no por ello ha dejado de reconocerlo como un principio fundamental de la Carta Magna. Así, en su sentencia ROL N° 236 de 1996⁷⁴, en su considerando 9° señala que

Es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía, pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional, han omitido tratar esta temática en relación al asunto concreto de la vulneración de la reserva legal en la regulación de huelga en servicios esenciales. No obstante ello, parte de la doctrina laboralista nacional sí se ha manifestado críticamente al respecto. Así, Ugarte y Camaño (2010) han sostenido -y vale la pena citarlo en extenso-,

Como es fácil de advertir, llama la atención que la norma legal entregue a las autoridades administrativas la determinación de cuáles son las empresas de servicios esenciales, y en consecuencia, determinar quiénes quedan privados de su derecho fundamental a la huelga. La restricción de un derecho fundamental debería estar en la ley, y no en manos de una autoridad administrativa, y en caso de excepción, esas restricciones deberían ser aplicadas por los Tribunales de Justicia, respetando el respectivo debido proceso exigido por la Constitución. En consecuencia, el artículo 384 CdT vulnera el principio de especialidad del artículo 19 N° 26 de la CPR, ya que regula un derecho constitucional, sin que se respete su contenido esencial, al permitir sin limitación alguna su completa supresión por una resolución administrativa, y vulnera, al mismo tiempo, el derecho a un debido proceso (19 N° 3 CPR), porque la norma legal no entrega, con las garantías del caso, dicha determinación a los Tribunales de Justicia, sino que a la de una autoridad administrativa (...) (p. 91).

⁷⁴ Esta sentencia versaba sobre el Proyecto de Ley que establece normas y concede un aumento de remuneraciones para el personal no docente de establecimientos educacionales que indica.

Por su parte, Varas (2010) señala que

(...) se entrega la calificación de las empresas que estarían privadas del ejercicio de un derecho fundamental a una entidad gubernamental -resolución triministrial-, lo que no otorga las mínimas garantías del debido proceso y, atendido el órgano que está llamado a decidir, estará fuertemente influenciado por las concepciones ideológicas e intereses económicos del gobierno de turno. Como estamos ante la restricción de un derecho fundamental en su aspecto más crudo -prohibición-, ésta debe ser interpretada restrictivamente (...) (p. 24).

3.2. Los servicios mínimos en el Código del Trabajo previo a la Ley N° 20.940

Históricamente los servicios mínimos han sido una institución poco relevante en nuestro derecho del trabajo. Previo a la Ley N° 20.940 se encontraban regulados en el artículo 380 del CT y no eran objeto de análisis ni debate importantes en la doctrina laboralista chilena. En ese sentido, nunca existió mayor interés en aclarar ni criticar los puntos problemáticos de su regulación. Creemos, siguiendo a Ugarte (2015), que este desinterés deriva de la escasa importancia práctica de los servicios mínimos previa a la implementación de la nueva reforma laboral. En efecto, al permitirse en Chile el reemplazo en huelga, se volvía innecesaria la conformación de equipos de emergencia que prestaran dichos servicios.

3.2.1. Procedencia de la imposición de servicios mínimos

El antiguo artículo 380 del CT estipula que,

Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño.

Entonces, de dicha disposición se desprenden una serie de hipótesis en que procedería la imposición de un servicio mínimo: (i) cuando la huelga provoque un daño actual e irreparable en los bienes materiales de la empresa, predio o establecimiento; (ii) cuando provoque un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud, y; (iii) cuando se trate de un establecimiento que presta servicios esenciales.

El caso contemplado en (iii) es problemático, puesto que se contradice con el antiguo artículo 384 del CT. En efecto, que se establezca la exigencia de prestar servicios mínimos en el caso de que se trate de un establecimiento que proporciona servicios esenciales es incoherente dada la prohibición absoluta de la huelga que dispone la ley para este último caso. Una forma de interpretar armónicamente ambas normas sería entendiendo que la obligación de prestar servicios mínimos contemplada en el artículo 380 es relativa a los servicios esenciales por extensión. Sin embargo, como señala Pinto (2016) la DT se ha pronunciado al respecto planteando que el sentido y alcance que se debe dar al concepto de servicios esenciales contenido en dicho artículo es el de *servicios esenciales en sentido estricto* que ha formulado la OIT, es decir, aquellos cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

3.2.2. Tipos de servicios mínimos contemplados por el antiguo artículo 380 del Código del Trabajo

En cuanto a la naturaleza de los servicios mínimos que deben prestarse, el antiguo artículo 380 no es del todo claro. Sin embargo, entendemos que se refiere a ambos tipos de servicios mínimos descritos por la OIT, tanto aquellos de seguridad y mantenimiento - necesarios para asegurar los bienes de la empresa, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las personas- como aquellos de funcionamiento. No obstante, siguiendo los principios de la misma OIT consideramos que los servicios mínimos de funcionamiento serían requeridos únicamente en los servicios esenciales por extensión y en los servicios públicos de importancia trascendental.⁷⁵

⁷⁵ Dada la prohibición absoluta de la huelga en los establecimientos que prestan servicios esenciales contenida en el artículo 384 del CT, no serían necesarios en dicho caso.

3.2.3. Procedimiento de determinación de los servicios mínimos y conformación de equipos de emergencia

La antigua normativa no contaba con un procedimiento a seguir para concordar los servicios mínimos que deben ser prestados. Como señalan Azocar y Cruz (2015), la legislación no contemplaba el conocimiento anticipado de los servicios mínimos por parte de los trabajadores ni del empleador respectivo, -por ejemplo, en instrumentos colectivos previamente negociados-, sino que se regulan sólo una vez producida la huelga y a solicitud de la parte empleadora.

El mismo artículo 380 establecía que la comisión negociadora debía designar los trabajadores que conformarían un equipo de emergencia en un plazo de veinticuatro horas a contar del requerimiento del empleador. En caso de que la comisión no lo hiciera o hubiera discrepancias en cuanto a la composición del equipo, el empleador era habilitado para reclamar a la Inspección del Trabajo en el plazo de cinco días desde la negativa o falta de acuerdo a fin de que ésta se pronunciase al respecto, para lo cual tenía un plazo de cuarenta y ocho horas. De lo que resolviera la Inspección se podía reclamar ante el Juzgado de Letras del Trabajo correspondiente dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la dictación de la resolución o de la expiración del plazo para que esta fuera emitida. Asimismo, el tribunal se encontraba facultado para decretar como medida precautoria, la conformación provisoria de un equipo de emergencia, si la gravedad de las circunstancias lo ameritaba.⁷⁶

4. La regulación de los servicios esenciales y los servicios mínimos en la Ley N° 20.940

La reforma de la Ley N° 20.940 introduce una serie de modificaciones en la normativa de los servicios esenciales y los servicios mínimos. Ahora se encuentran regulados, en conjunto con la institución de la *reanudación de faenas*, en el Código del Trabajo, en el

Así, el antiguo artículo 393 del CT disponía que “Si la gravedad de las circunstancias lo requiere, el tribunal podrá, en el caso de la reclamación a que se refiere el artículo 380, disponer provisoriamente como medida precautoria el establecimiento de un equipo de emergencia.”

capítulo siete denominado “Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga”, de su Título Cuarto de “El procedimiento de negociación colectiva reglada”. A continuación, expondremos el conjunto de esta nueva legislación, la compararemos con la antigua normativa y analizaremos críticamente tanto sus aspectos positivos como sus defectos.

4.1. Los servicios esenciales en la Ley N° 20.940.

4.1.1. La prohibición de huelga en servicios esenciales en la nueva ley

La Ley N° 20.940 mantiene aspectos importantes de la legislación relativa a la huelga en servicios esenciales, pero también introduce ciertas modificaciones a destacar. El nuevo artículo 362 del CT tiene por acápite “la determinación de las empresas en las que los trabajadores no podrán ejercer el derecho a huelga” y regula el criterio para hacer efectiva dicha prohibición, así como el procedimiento a seguir para ello. En cuanto al primer aspecto señalado, la reforma no hace innovación alguna. En efecto, el artículo en estudio dispone que no podrán declararse en huelga los trabajadores de empresas y corporaciones, cualquiera sea su naturaleza, función o fin, que atienden servicios de utilidad pública o cuya paralización cause un grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. Dicha enumeración es idéntica a la del antiguo artículo 384 y por ello también es susceptible de las mismas críticas que ya señalamos previamente respecto a la legislación pretérita: En primer lugar, el legislador sigue recurriendo a la técnica más restrictiva del derecho a huelga habiendo otras herramientas disponibles que pueden conciliarse con éste de mejor manera; y en segundo lugar, se mantiene el carácter excesivamente amplio y vago de las causales por las que una empresa o corporación caería en la prohibición.

4.1.2. Procedimiento de calificación de empresas sujetas a prohibición de huelga por prestar servicios esenciales

En cuanto al mecanismo de calificación de las empresas en que la huelga estaría prohibida, la Ley N° 20.940 introduce innovaciones. No obstante la decisión de si una empresa estará sujeta a la prohibición sigue recayendo en los mismos sujetos que en la ley antigua -a través de una decisión triministerial tomada por resolución conjunta de los Ministros del

Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo-, el nuevo artículo 362 del CT dispone que la calificación debe realizarse bianualmente en el mes de julio, en vez de una vez al año como se exigía en el pasado.⁷⁷ Además, ahora no corresponderá a una mera decisión de oficio de los órganos públicos involucrados, puesto que la nueva ley requiere solicitud de parte. Dicha petición debe ser fundada y presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo, luego se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora, según sea el caso, para que formule las observaciones que estime pertinentes dentro del plazo de quince días desde su notificación.

Una vez se haya hecho la calificación mediante la resolución conjunta de los tres ministerios, ésta debe ser publicada en el Diario Oficial y solo podrá ser revisada por causa sobreviviente y a solicitud de parte. A diferencia de la antigua legislación, la actual permite que la resolución triministerial sea reclamada en sede judicial, ante la Corte de Apelaciones respectiva, siguiendo un procedimiento expresamente reglado en el nuevo artículo 402 del CT.⁷⁸

⁷⁷ Así, con fecha 5 de agosto del presente año se publicó en el Diario Oficial la resolución exenta N° 133 del 28 de julio de 2017, a través de la cual, de las 134 empresas que postularon, se declara que no se podrá ejercer el derecho a huelga en 100 de ellas. Al respecto sobresale como novedad la inclusión de las empresas de diálisis. Cabe destacar que el número de establecimientos es inferior al contemplado en la resolución N° 134 del 29 de julio de 2016 que llegó a la cifra récord de 126 empresas en esta categoría.

⁷⁸ Art. 402. Reclamación de la determinación de las empresas sin derecho a huelga. El reclamo se deducirá por la empresa o los afectados, ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último. El reclamo deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la resolución respectiva, según las siguientes reglas:

- a) El reclamante señalará en su escrito, con precisión, la resolución objeto del reclamo, la o las normas legales que se suponen infringidas, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto le perjudica.
- b) La empresa y el o los sindicatos, según corresponda, podrán hacerse parte en el respectivo reclamo de conformidad a las normas generales.
- c) La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente. Asimismo, podrá declarar inadmisibles las reclamaciones si el escrito no cumple con las condiciones señaladas en la letra a) anterior.
- d) Recibida la reclamación, la Corte requerirá de informe conjunto a los ministros que suscribieron el acto reclamado, concediéndole un plazo de diez días al efecto.
- e) Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil.
- f) Vencido el término de prueba, se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia para su inclusión en la tabla.

4.2. Los servicios mínimos en la Ley N° 20.940

La nueva ley introduce una serie de modificaciones en la regulación de los servicios mínimos, que ahora se encuentran normados en los nuevos artículos 359 a 361 del CT. Así, a diferencia de la antigua legislación que solamente se refería a la obligación de proporcionar el personal indispensable para la ejecución de determinadas funciones a fin de evitar ciertos daños, la Ley N° 20.940 explícitamente hace referencia a la noción de *servicios mínimos*. En ese sentido, el artículo 359 tiene por acápite “servicios mínimos y equipos de emergencia” y lo estatuye como una obligación para los trabajadores en huelga, incluyendo ciertos criterios para su determinación. Por su parte el nuevo artículo 360 regula el mecanismo de calificación de estos servicios y el artículo 361, la conformación de los equipos de emergencia.

4.2.1. Procedencia de la obligación de prestar servicios mínimos

El nuevo artículo 359 del CT dispone que

(...) la comisión negociadora 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, 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.

g) La Corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución, incluyendo o excluyendo a la empresa, según corresponda.

h) En todo aquello que no estuviere regulado por el presente artículo, regirán las normas establecidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, según corresponda.

Concordante con la misma disposición, la Dirección del Trabajo en el Dictamen 5346/92⁷⁹ entrega una semejante definición de *servicios mínimos*. Según esta institución consisten en:

Aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme al tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena, deben ser atendidas durante el desarrollo de una huelga, cuando resulten estrictamente necesarias para proteger los bienes corporales instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas aquellas relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y garantizar la prevención de daños ambientales y sanitarios.

Como lo dispone el nuevo artículo 359 y lo reitera la definición entregada por la DT, los servicios mínimos tienen como limitación que no podrán afectar el derecho a huelga en su esencia, sin embargo no se establece en la ley parámetros ni criterios específicos para determinar cuándo se produce una afectación de esta naturaleza, quedando enteramente a discreción de lo que decida la misma DT.⁸⁰

4.2.2. Tipos de servicios mínimos contemplados en la Ley N° 20.940

Siguiendo los principios doctrinarios esgrimidos por el CLS, previamente hemos hecho la distinción entre *servicios mínimos de mantenimiento y seguridad* y *servicios mínimos de*

⁷⁹ El Dictamen 5.346/92 de 28 de octubre del 2016, Informa respecto al sentido y alcance de la Ley N° 20.940, en particular, en lo referido a la calificación y conformación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia.

⁸⁰ Como se explica más adelante, en caso de conflicto entre trabajadores y empleador al momento de definir los servicios mínimos y la conformación de los equipos de emergencia, la DT es quien los determinará, decisión que solamente podrá ser reclamada ante el Director Nacional del Trabajo. Resulta alarmante la falta de control jurisdiccional de esta posible afectación de un derecho constitucionalmente garantizado como lo es la huelga. Está por verse, no obstante, si con la nueva regulación y frente a situaciones de este tipo, los tribunales aceptarán o no la interposición de eventuales recursos de protección por la afectación del derecho a huelga en su contenido esencial.

funcionamiento. No obstante, como señalan Humeres y Halpern (2017), a partir de la nueva normativa nacional es posible distinguir tres categorías de servicios mínimos:⁸¹

a) Servicios mínimos de seguridad: son aquellos cuya finalidad es proteger los bienes corporales de la empresa evitando posibles daños y accidentes.

b) Servicios mínimos de funcionamiento: destinados a garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o de atender necesidades básicas de las personas relacionadas con la vida, salud y seguridad de las mismas. Lizama (2016) señala que la DT ha sostenido que con ellos se buscan otorgar una mínima cobertura de los derechos, libertades o bienes que el servicio en cuestión presta, pero en ningún caso apuntan a que se alcance su funcionamiento ordinario.

c) Servicios mínimos de prevención de daños ambientales: siguiendo los criterios del ordenamiento jurídico en la materia, en especial en lo establecido en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la obligación de prestar estos servicios busca prevenir un eventual daño ambiental, el cual ha sido definido en el artículo 2 letra e) de aquella normativa como “(...) toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.”

4.2.3. Mecanismo de calificación de los servicios mínimos

El nuevo artículo 360 del CT dispone que la calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia debe realizarse mediante un acuerdo bilateral entre el empleador y los trabajadores, a falta del cual decidirá la DT. Dicho pacto debe ser previo al inicio de cualquier negociación colectiva.⁸² En ese sentido hay una diferencia importante con la antigua legislación, la cual no requería tal anticipación.

⁸¹ Por su parte Lizama (2016) distingue entre las siguientes cinco finalidades de servicios mínimos: (i) la protección de los bienes corporales e instalaciones de la empresa; (ii) la prevención de accidentes; (iii) la prevención de daños ambientales o sanitarios; (iv) la prestación de servicios de utilidad pública; y (v) la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas.

⁸² “La ley establece una regla perentoria: no se podrá iniciar el proceso de negociación colectiva, en tanto no esté resuelto el requerimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia formulado oportunamente por el empleador.” (Lizama, 2016, p. 156)

El mecanismo de calificación busca identificar los servicios mínimos de la empresa y el número de trabajadores que deberán componer el equipo de emergencia así como las competencias técnicas y/o profesionales que deberán satisfacer. Para facilitararlo, la ley mandata a la DT a publicar en el mes de abril de cada año, los estándares técnicos de carácter general que han de servir de base para este proceso. Aquellos serán

(...) pautas y modelos aplicables a un sector de la actividad económica en caso de huelga, según el tamaño y las características propias de las empresas en abstracto que lo conforman, que fijan el nivel de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia, y se concretarán en la resolución que el Director del Trabajo emite para una empresa en particular” (Lizama, 2016, p. 155).

4.2.3.1 Calificación mediante acuerdo de las partes

En cuanto al procedimiento de calificación propiamente tal, el empleador deberá, con una antelación de al menos ciento ochenta días al vencimiento del correspondiente instrumento colectivo⁸³, efectuar el requerimiento de servicios mínimos indicando los antecedentes que lo justifican. Dicha solicitud deberá hacerse por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa⁸⁴ y una vez efectuada, opera la prohibición de iniciar una negociación colectiva sin que se hayan calificado los servicios mínimos y los equipos de emergencia. Los sindicatos tendrán un plazo de quince días para contestar por escrito a la solicitud de manera conjunta o separada y, en total, las partes tendrán un plazo de treinta días desde que fue formulada la propuesta para alcanzar un acuerdo que, “(...) según la Dirección del Trabajo, tendrá el carácter de general y único para cada empresa” (Humeres y Halpern, 2017, p. 119). De éste se levantará acta que consigne tanto los servicios mínimos como los equipos de emergencia pactados y se deberá depositar una copia ante la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción.

⁸³El nuevo artículo 360 establece que, en el caso de haber más de un instrumento colectivo vigente en la empresa, los referidos ciento ochenta días se considerarán respecto del instrumento colectivo más próximo a vencer.

⁸⁴Según dispone el nuevo artículo 360, en caso de que no haya ningún sindicato, la solicitud se deberá hacer dentro de los quince días siguientes a la comunicación de su constitución.

4.2.3.2 Calificación por parte de la Dirección del Trabajo

En caso de que las partes no logren llegar a acuerdo o no concurran a éste todos los sindicatos de la empresa, cualquiera de ellas podrá solicitar la intervención de la Dirección Regional del Trabajo (en adelante, DRT) dentro de los cinco días siguientes al día en que haya expirado el plazo de treinta días que la ley concede para la negociación.⁸⁵ La DRT deberá oír a ambas partes y solicitar informes técnicos a los organismos reguladores o fiscalizadores que correspondan.⁸⁶ Para resolver de mejor manera, está habilitada para realizar visitas inspectoras ya sea de oficio o a solicitud de alguno de los intervinientes. Por su parte, aquellos también están facultados para acompañar informes técnicos tanto de organismos públicos como privados. Una vez superada esta etapa, la DRT debe emitir una resolución calificando los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa en el plazo de cuarenta y cinco días a contar del requerimiento de su intervención. Ésta debe ser notificada dentro de los cinco días que siguen a su pronunciamiento y debe ser fundada, considerando, como señala Lizama (2016), los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, los estándares técnicos que justifican la imposición de los servicios mínimos e indicar expresamente el supuesto normativo que concurre en el caso y fijar la composición y estructura de los equipos: el número de trabajadores, sus cargos y funciones, las competencias profesionales y técnicas que deben reunir y la jornada en que deben trabajar⁸⁷. Cabe destacar que solamente se podrá reclamar de esta resolución ante el Director Nacional del Trabajo. Asimismo, solamente puede ser revisada por solicitud fundada si, por circunstancias sobrevinientes, cambian las condiciones que la motivaron. Para ello se debe seguir el mismo procedimiento ya descrito.

4.2.4. Conformación de los equipos de emergencia

⁸⁵ El nuevo artículo 360 dispone que en caso de que la empresa tenga establecimientos o faenas en dos o más regiones del país, el requerimiento deberá formularse ante la Dirección Regional del Trabajo del domicilio del requirente. En caso que haya sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, la Dirección Nacional del Trabajo determinará cuál de ellas resolverá todos los requerimientos.

⁸⁶ Como señala Lizama (2016) a modo de ejemplo, si se trata de un banco, se debiera pedir un informe a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el caso de una empresa minera se solicitaría al Servicio Nacional de Geología y Minería, etcétera.

⁸⁷ Por cierto, como dispone el artículo 359 del CT, los empleados que cumplan estas labores tendrán derecho a remuneración por el tiempo trabajado.

El nuevo artículo 361 del CT regula la conformación de los equipos de emergencia durante el proceso de negociación colectiva. Para ello, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo, el empleador deberá hacer una propuesta del número e identidad de trabajadores afiliados al sindicato que conformaran el equipo (Lizama, 2016, p. 157). La comisión negociadora sindical deberá responder a dicha proposición en un plazo de cuarenta y ocho horas, pues si se mantiene en silencio, se presumirá que la acepta. En caso de que haya negativa expresa de la comisión, o bien cuando haya discrepancia en cuanto al número y/o identidad de los trabajadores destinados a conformar el equipo, el empleador deberá solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie al respecto dentro de los siguientes cinco días a la respuesta de su contraparte. A su vez, esta institución tendrá un plazo de diez días a contar desde el requerimiento, para emitir una resolución sobre el mismo que deberá notificarse al correo electrónico designado por las partes. Contra ella solamente procede el recurso de reposición.

En caso de incumplimiento en conformar los equipos de emergencia por parte del sindicato, se autoriza al empleador a adoptar las medidas necesarias para satisfacer los servicios mínimos, incluyendo la posibilidad de contratar a trabajadores para ello. De este modo, como señala Lizama (2016) “(...) el empleador podría otorgar la atención con trabajadores contratados directamente o a través de una empresa con la que se celebra un contrato civil o comercial, efectuando una suerte de reemplazo de los huelguistas (...)” (p. 157), con el límite de que no se puede recurrir a un número superior de trabajadores que los dispuestos para el equipo de emergencia, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente una cifra distinta. Cabe destacar que, como hemos señalado previamente, la Ley N° 20.940 tipifica como práctica desleal el incumplimiento del deber de proveer los equipos de emergencia que hubiesen sido acordados por las partes o dispuestos por la autoridad competente, según dispone el nuevo artículo 404 letra d) del CT.

4.3. Balance crítico de las modificaciones introducidas por la reforma laboral en materia de servicios esenciales y servicios mínimos

4.3.1. La nueva regulación de la huelga en servicios esenciales

Como hemos podido ver, en lo sustancial, la nueva regulación de los servicios esenciales replica los defectos de la antigua legislación al mantener causales amplias y vagas para la prohibición del ejercicio del derecho de huelga. En ese sentido excede con creces las situaciones en que los principios doctrinarios que ha enarbolado el CLS consideran admisible una prohibición total. Así, cuando el Comité señala que ésta es procedente exclusivamente en los casos de servicios esenciales en sentido estricto y en servicios esenciales por extensión, es decir aquellos cuya interrupción acarrea inmediatamente o por el paso de determinado lapso de tiempo, una amenaza evidente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, el antiguo artículo 384 y el actual 362 del CT adicionalmente habilitan a la administración a establecer la prohibición absoluta de huelga bajo otros tres supuestos: (i) cuando se dañe gravemente la economía, (ii) se dañe gravemente el abastecimiento de de la población (sin precisar claramente el abastecimiento de qué); (iii) y en aquellos servicios de utilidad pública. En particular los casos de (i) y (iii) exceden notoriamente lo sostenido por los órganos de control de la OIT. Hemos señalado previamente que el CLS ha sido explícito en que la interrupción de un servicio que puede acarrear graves consecuencias a la economía nacional en el largo plazo no es razón suficiente para proscribir la huelga. Por otro lado, la noción de servicio de utilidad pública es porosa y abre la posibilidad de que se establezca una prohibición en situaciones en que no resulta razonable. Como hemos sostenido con anterioridad, la CEARC le ha manifestado su preocupación al Estado chileno específicamente respecto a la ambigüedad de dicha noción. Cabe destacar además que según Gernigón, Otero y Guido (2000) los servicios de utilidad pública son servicios no esenciales donde, según el criterio de los órganos de control de la OIT no se puede prohibir la huelga.

Ahora bien, a la hora de analizar a nivel de derecho comparado, nos encontramos con que no es común el mecanismo de prohibición absoluta de la huelga. Así, en el diverso listado de países cuya legislación revisamos someramente en la segunda sección de este capítulo: Portugal, España, Francia, Italia, Argentina, Uruguay y Brasil, no se encuentran casos de proscripción absoluta del derecho en comento. Por el contrario, recurren a la técnica promovida por el CLS, que equilibra de modo mas proporcionado la colisión del derecho a huelga y la garantía de los derechos de los usuarios de servicios esenciales, a través de la

imposición de la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento. Al respecto, creemos que para un verdadero avance en el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores chilenos, la reforma laboral debiese haber abolido la prohibición absoluta y permitir que los trabajadores que operan servicios esenciales puedan recurrir a la huelga.

No obstante lo anterior, la Ley N° 20.940 presenta avances positivos en otros aspectos. Al respecto, cabe destacar que reglamenta en mayor medida el procedimiento de calificación y, si bien mantiene el carácter administrativo del mismo, la nueva ley establece explícitamente que de ello se puede reclamar en sede jurisdiccional. Por último, cabe recalcar que la conveniencia del nuevo requisito introducido en el artículo 362 de que haya solicitud de parte para cursar el procedimiento de calificación es discutible. Como hemos expuesto previamente, la regulación de la huelga en los servicios esenciales busca tutelar derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto laboral y en ese sentido, resulta poco comprensible que se entregue la decisión sobre ello a iniciativa de alguna de las partes en pugna.⁸⁸

4.3.2. La nueva regulación de la obligación de prestar servicios mínimos

En la doctrina nacional existen diversas opiniones sobre la conveniencia de la nueva regulación de los servicios mínimos. Por un lado, Humeres y Halpern (2017) consideran que la actual legislación permitirá precaver los conflictos operativos ocasionados por una eventual huelga y facilitará la depuración de la negociación, evitando desencuentros al margen del objeto de la misma. Por otro, Pinto (2016), que si bien escribe cuando la reforma aun se encontraba en tramitación, sostiene que la nueva regulación no es propia de ningún estándar conocido y aprobado por la OIT, especialmente por lo excesiva amplitud de las causales que habilitan al requerimiento de servicios mínimos, así como por lo engorroso del procedimiento de calificación de los mismos. Así, concluye que la nueva normativa pareciera operar solo en función de los intereses económicos de los empresarios. Azocar y Cruz (2015) hacen eco de las mismas críticas y apuntan el problema de que no haya ninguna etapa judicial en caso de desacuerdo.

⁸⁸ Es de esperar que esta iniciativa vendrá normalmente de la parte empleadora, pues con este mecanismo tiene una vía de privar a sus trabajadores del arma más potente que tienen a la hora de negociar colectivamente.

Por nuestra parte, concordamos con la perspectiva crítica que han adoptado los autores citados. En efecto, si bien la institución de los servicios mínimos es aceptada por la OIT y sus órganos de control y se encuentra recogida por el derecho comparado, la forma en que los aborda la Ley N° 20.940 no se adapta a los estándares internacionales y se alza como una grave amenaza para el derecho a huelga de los trabajadores chilenos. En concreto, el problema principal de la nueva legislación radica en la manera en que se configura la obligación de prestar servicios mínimos de funcionamiento. Como hemos visto anteriormente, el nuevo artículo 359 del CT establece que estos deben ejecutarse a fin de 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 y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. Si bien ocupa un lenguaje similar y las diferencias puedan parecer sutiles, estas causales de procedencia se encuentran formuladas en términos demasiado ambiguos y exceden las enumeradas por los órganos de control de la OIT, pues como hemos expuesto previamente, el CLS ha sostenido que únicamente será lícita la imposición de servicios mínimos de seguridad y mantenimiento para garantizar la seguridad de las personas, evitar accidentes y asegurar las instalaciones de la empresa y servicios mínimos de funcionamiento en los casos en que se operan servicios esenciales en sentido estricto, servicios esenciales por extensión y servicios públicos de importancia trascendental. En definitiva, la Ley N° 20.940 abre la posibilidad de que se obligue a trabajadores a prestar estos servicios en casos en que no resulta admisible. Por su parte, a nivel de derecho comparado también encontramos que la nueva legislación nacional es excepcional. En todas las normativas que hemos expuesto en la segunda sección de este capítulo, con la excepción del Reino Unido, los servicios mínimos de funcionamiento se encuentran circunscritos exclusivamente a los servicios esenciales. Mientras que las normativas de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento presentan variaciones: en algunos casos se contemplan en términos similares a los de la Ley N° 20.940 como los de España, Portugal y Brasil. Pero en otros como Uruguay, Argentina e Italia no existe regulación alguna, con lo que cualquier daño a los bienes o instalaciones de las empresas debiera resolverse, como señala Ugarte (2015), expost mediante las reglas ordinarias de responsabilidad civil y penal y no a priori por una norma laboral que, según este mismo autor, partiría privilegiando el interés del empleador.

Otro aspecto que consideramos criticable de la nueva regulación es el engorroso procedimiento de calificación de los servicios y la conformación de los equipos de emergencia. Si bien la ley en principio entrega la determinación de estos elementos al acuerdo tomado autónomamente por las partes, regula excesivamente sus etapas y plazos, cuestión que se exacerba aun más en el caso de que la calificación la deba realizar la DT. En definitiva, con ello en vez de moderarse la problemática de la hiper reglamentación del derecho a huelga que hemos analizado en el primer capítulo de este trabajo, éste se incrementaría aun más. En ese sentido, como Ugarte (2015) sugiere “Desde ahora existirá una nueva etapa en el ya saturado y complejo procedimiento de negociación reglada (...)” (p. 17). En definitiva, la regulación de los servicios mínimos contemplada en la Ley N° 20.940 más que constituirse como un mecanismo útil para garantizar los derechos de terceros ajenos al conflicto laboral, entrega una herramienta poderosa a los empleadores para entorpecer el ejercicio del derecho a huelga de sus trabajadores.

Conclusiones

El derecho colectivo del trabajo instaurado en Dictadura hace ya tres décadas, significó desde sus inicios, un profundo quiebre con el antiguo sistema de relaciones colectivas laborales de nuestro país, así como también con los estándares internacionales construidos en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, una regulación diseñada estratégicamente en función de un modelo económico neoliberal, otorgó un preponderante rol a la libre iniciativa privada de la mano de una profunda debilitación de instituciones como la negociación colectiva y la huelga, instaurando una normativa en manifiesto desmedro de los derechos de los trabajadores y el poder de sus organizaciones.

Así, la necesidad de generar una nueva regulación al respecto ha sido una urgencia que se ha arrastrado por largos años, respecto de la cual, pese a la insistencia de trabajadores, académicos y organismos internacionales, los distintos gobiernos democráticos han hecho oídos sordos. En este sentido, el anuncio de una reforma laboral que viniese a “nivelar la cancha entre empleadores y trabajadores”, generó expectativas de una verdadera superación del Plan Laboral que, a nuestro juicio, estuvieron lejos de ser satisfechas.

Avanzar hacia la superación de la desigualdad existente en nuestro país, necesariamente dice relación con la construcción de relaciones laborales justas y equilibradas, en donde empleadores y trabajadores puedan negociar en igualdad de condiciones. La libertad sindical, como principio rector del derecho colectivo del trabajo, reconoce la existencia de conflicto en las relaciones laborales y la necesidad de otorgar instrumentos eficaces a los trabajadores por medio de los cuales puedan organizarse y hacer valer sus intereses colectivos. Así, una “nivelación de la cancha” verdadera, necesariamente va de la mano con una normativa que permita a las organizaciones de trabajadores un ejercicio eficaz de la negociación colectiva y de la huelga.

En el desarrollo del presente trabajo, ha quedado manifiesto que la negociación colectiva, bajo la nueva normativa, no supera la hiper reglamentación que la caracterizó desde el Plan Laboral. En efecto, aún cuando el Programa del actual gobierno reconocía la existencia de un procedimiento que no favorecía el diálogo directo entre las partes, afirmando en el proyecto de ley la necesidad de construir uno que lo promoviese de manera efectiva, lo cierto es que la nueva regulación no altera los aspectos de la institucionalidad laboral que lo entorpecen.

Asimismo, y al contrario de lo que el Ejecutivo tanto anunció, la cobertura de la negociación colectiva sigue siendo sumamente restringida. En efecto, el aumento de los quórums para la formación de sindicatos en las micros y pequeñas empresas, la restricción a los trabajadores contratados por obra o faena de negociar cuando el contrato no tenga duración superior a doce meses, y la autorización de que la empresa principal pueda reemplazar a los trabajadores huelguistas de la empresa contratista o subcontratista, mantiene privados de ejercer el derecho de negociación colectiva a un porcentaje enorme de trabajadores, manteniendo, e incluso agudizando, una de las características del Plan Laboral más vulneratorias de los derechos de los trabajadores, en profunda contradicción con las promesas del gobierno.

Respecto al derecho de huelga, el panorama no es más alentador. Su reconocimiento a regañadientes por los legisladores del Plan Laboral, efectuado exclusivamente por exigencias internacionales, cristalizó una huelga sumamente entorpecida e ineficaz para los trabajadores que, con la Ley N° 20.940, no experimenta mayor cambio. Así, el legislador laboral ha

insistido en hiper regular el derecho de huelga en el marco de un modelo contractualista, únicamente en el contexto de la negociación colectiva reglada y en profunda contradicción con una noción de derecho fundamental del mismo, no obstante incipientemente la doctrina y la jurisprudencia reciente han reconocido su ejercicio al margen del procedimiento a propósito del cual se regula.

En el mismo sentido, a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940, las limitaciones del ejercicio de la huelga continúan siendo excesivas y al margen de muchas de las exigencias establecidas por los órganos de control de la OIT. No obstante haberse anunciado una prohibición al reemplazo de trabajadores en huelga, superando así uno de los aspectos más vergonzosos de nuestra legislación, la ambigüedad en la figura de las adecuaciones necesarias, y la excepción de los trabajadores negociadores de empresas contratistas o subcontratistas, denotan una prohibición relativa. Asimismo, las modificaciones incorporadas a la reanudación de faenas hacen presagiar un entorpecimiento de la huelga facilitando la judicialización del conflicto.

Finalmente, el énfasis de este trabajo dice relación con el estudio específico de las modificaciones que la Ley N° 20.940 introduce en determinadas limitaciones al derecho a huelga: las instituciones de los servicios esenciales y los servicios mínimos. A partir de un análisis de la legislación antigua, los principios doctrinarios emanados de los órganos de control de la OIT y el derecho comparado, hemos constatado lo deficitaria que resulta en esta temática la nueva normativa laboral desde una perspectiva proclive al fortalecimiento de los derechos de los trabajadores. En efecto, los servicios esenciales en la nueva regulación muestran una nula superación de sus características más problemáticas, manteniendo una -a nuestros ojos innecesaria- prohibición de la huelga motivada por causales amplias y vagas, no obstante mejorar aspectos relativos a su procedimiento de calificación al introducir una eventual instancia judicial de reclamación. Asimismo, en materia de servicios mínimos las modificaciones de la reforma laboral resultan igualmente criticables. Supuestos de aplicación de servicios mínimos de funcionamiento potencialmente universales y un engorroso procedimiento de calificación y conformación de equipos de emergencia, se suman al ya abultado número de trámites que los trabajadores deben cumplir para poder declararse en huelga.

A partir de todo lo señalado, concluimos que la Ley N° 20.940 tiene más sombras que luces. A pesar de presentar ciertos avances en algunos aspectos, queda al debe en la gran mayoría de las temáticas analizadas en este trabajo y en algunas incluso profundiza aún más las características de nuestra institucionalidad que antagonizan y obstruyen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, queda totalmente al debe en su promesa de “nivelar la cancha entre empleadores y trabajadores”.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, R. (julio/diciembre, 2010). ¿Represión o integración? La política sindical del régimen militar. 1973-1980. *Revista de historia Universidad Católica de Chile*, vol. II, n° 43, p. 325-355.
- AZOCAR, R, y CRUZ, Á. (2015). Limitaciones al derecho de huelga en Chile: los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la reforma laboral. *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, año 2017, vol. 6, n°12, p.140-161
- BACHELET, M. (2013). Chile de todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018. Santiago.
- BAYLOS, A. (1988). Derecho de huelga y servicios esenciales (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- BLASCO, A. y LÓPEZ, M. (2015). Francia. En T. Sala y J. Goerlich (dirs.), *Negociación y conflicto en la Unión Europea* (pp. 417-448). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- CAAMAÑO, E. (1º semestre, 2008). El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXX, p. 265-291.
- CAAMAÑO, E. (1º semestre, 2016). Críticas 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*, vol. XLVI, p.381-406.
- CAAMAÑO, E, y UGARTE, J. (2010). *Negociación Colectiva y Libertad Sindical, un enfoque crítico* (2ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- CAMPERO, G, y VALENZUELA, J. (1984). *El movimiento sindical en el régimen militar chileno 1973-1981* (1ª ed.). (s.l.): Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales.

- CASTELLO, A. (junio/julio, 2013). El derecho de huelga en Uruguay. *Meritum, Bello Horizonte*, vol. 8, n° 1, p. 15-42. Recuperado de http://bdspublico.lim.ilo.org/Documentos_estudios/index.html
- CAZOR, K. y GUILOFF, M. (2011). La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el estado constitucional chileno, en Universidad Diego Portales (ed.), *Anuario de derecho público 2011* (p. 478-501), Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- DURAN, G. (22 de marzo, 2016). *Reforma laboral, ¿aumentando la cobertura en la negociación colectiva?*. Recuperado de <http://www.fundacionsol.cl/2016/03/reforma-laboral-aumentando-la-cobertura-en-la-negociacion-colectiva/>
- ERMIDA, O. (1996). *Apuntes sobre huelga* (3ª ed.). Montevideo: FCU.
- ERMIDA, O. (1999). *La flexibilización de la huelga* (1ª ed.). Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- FERMANDOIS, A. (2001). La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 n° 2, p. 287-298.
- FITA, F. (2015). Reino Unido. En T. Sala y J. Goerlich (dirs.), *Negociación y conflicto en la Unión Europea* (pp. 809-877). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- GAMONAL, S. (2002). *Derecho colectivo del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing.
- GAMONAL, S. (2013). El derecho de huelga en la Constitución chilena. *Revista de derecho Universidad Católica de Valparaíso*, año 20, n°1, p. 105-127.
- GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* (2ª ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- GOMEZ, S, y PONS, M. (noviembre, 1994). Las relaciones laborales en Italia. *Universidad de Navarra, división de investigación*, n° 280. Recuperado de <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0280.pdf>.

- HERRERA, R. (Mayo, 2016). Análisis sistemática de sentencias sobre la huelga como derecho fundamental. *Revista Laboral Chilena*, n° 245, p. 79-85.
- HUMERES, H, y HALPERN, C. (Marzo, 2017). La Reforma Laboral de la Ley N° 20.940. Santiago: Thomson Reuters.
- LIZAMA, L. (Noviembre, 2016). La Reforma Laboral Explicada y Comentada. Chile: Ediciones Luis Lizama Portal & Cia. Abogados.
- LOPEZ, D. (2009). La ineficacia del derecho a negociar colectivamente. En Dirección del Trabajo (ed.), *Negociación Colectiva en Chile, la debilidad de un derecho imprescindible* (p. 43-72). Chile: Dirección del Trabajo.
- LÓPEZ, E. y NORES, L. (2015). Italia. En T. Sala y J. Goerlich (dirs.), *Negociación y conflicto en la Unión Europea* (pp. 557-605). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- MACCHIAVELLO, G. (1989). *Derecho colectivo del trabajo: teoría y análisis de sus normas* (1ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MEDELLIN, X. (2013). *Principio pro persona*. Recuperado de http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf .
- NARBONA, K. (2015). *Antecedentes del Modelo de Relaciones Laborales Chileno*. Recuperado de http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2014/11/Narbona-K.-Antecedentes-históricos-del-modelo-de-relaciones-laborales_2015.pdf .
- PALAVECINO, C. Prohibición de reemplazo de huelguistas: Una apología de la huelga. En Libertad y Desarrollo (ed.), *Sentencias destacadas 2014. Anuario de doctrina y jurisprudencia*. (p. 157- 170). Santiago: Libertad y Desarrollo ediciones.
- PINTO, Y. (Mayo, 2016). La huelga y los servicios mínimos. *Revista Laboral Chilena*, n° 245, p. 59-69.
- PIÑERA, J. (1990). *La revolución laboral* (3ª ed.). Santiago: ZigZag S.A.

- ROJAS, I. (2007). Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral. *Revista Ius Et Praxis*, año 13, n°2, p. 195-221.
- ROJAS, I. (2009). La experiencia histórica de la negociación colectiva en Chile. En Dirección del Trabajo (ed.), *Negociación Colectiva en Chile, la debilidad de un derecho imprescindible* (p. 73-108). Chile: Dirección del Trabajo.
- RODRIGO, C. (julio, 2013). Derecho colectivo del trabajo en Argentina: Un modelo a considerar en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, n° 1, p. 49-68.
- SALA, T, y ALBIOL, I. (2000). *Derecho Sindical* (6ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SALA, T. (2015). España. En Del mismo y J. Goerlich (dirs.), *Negociación y conflicto en la Unión Europea* (pp. 295-339, 779-806). Valencia: Tiran Lo Blanch.
- SIERRA, A. (2010). Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n° 1, p. 101-113.
- UGARTE, J. (2015). Huelga como derecho fundamental: notal a propósito de algunas sentencias, en Universidad Diego Portales (ed.), *Anuario de derecho público 2015* (p. 192-200), Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- VALENZUELA, J. (1986). El movimiento obrero bajo el régimen militar. En Zapata, F. (comp.), *Clases sociales y acción obrera en Chile* (parte II). México: El colegio de México. Recuperado de <http://www.blest.eu/biblio/zapata/cap3.html> .
- VARAS, K. (2014). La huelga, un derecho fundamental. En Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014* (p. 63-108). Santiago: Universidad Diego Portales
- VARAS, K. (s.f.). *La huelga más allá de la negociación colectiva reglada*. Recuperado de http://www.estudiojuridicosindical.cl/doc/la_huelga_mas_alla_de_la_negociacion_colectiva_reglada.pdf .

VARAS, Mario. (2003) Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759. En Dirección del Trabajo (ed.), *Boletín Oficial Agosto 2003* (p. 3-16). Santiago: Dirección del Trabajo.

ZAPATA, F (s.f.). *Las relaciones entre la junta militar y los trabajadores chilenos: 1973-1978*. Recuperado de <http://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/download/822/812> .

Dictámenes de la Dirección del Trabajo

Dictamen ORD. 1300/30. Informa respecto al sentido y alcance de la Ley N°20.940 en lo referido a los actos de discriminación. 21 de marzo del 2017.

Dictamen ORD. 3403/059. Negociación Colectiva. Huelga. Reemplazo. Concepto. 28 de junio del 2006.

Dictamen ORD. 1413/32. Fija el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940 al Libro III del CT, *De las Organizaciones Sindicales*. 31 de marzo del 2017.

Dictamen ORD. 1306/31. Informa respecto al sentido y alcance la Ley N° 20.940 en lo referido a las disposiciones con perspectiva de género, y su implicancia en los procedimientos para la integración del directorio sindical y de la comisión negociadora. 22 de marzo del 2017.

Dictamen ORD. 1714/44. Rectifica y complementa el Dictamen ORD. 1306/31. 21 de abril 2017.

Dictamen ORD. 999/27. Se pronuncia acerca del alcance de las normas incorporadas por la Ley 20.940 que sancionan las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva. 2 de marzo 2017.

Dictamen ORD. 5781/93. Informa respecto al sentido y alcance de la ley 20.940 en lo referido a las reglas generales y procedimiento de negociación colectiva reglada. 1 de diciembre 2017.

Dictamen ORD. 5935/96. Informa respecto al sentido y alcance de la ley 20.940 en lo referido al Derecho a Información. 13 de diciembre 2016.

Dictamen ORD. 303/1. Informa respecto al sentido y alcance de la ley 20.940 en lo referido a la vinculación de los trabajadores con el instrumento colectivo y la extensión de beneficios. 18 de enero 2017.

Dictamen ORD. 1163/0029. Atiende consulta que indica sobre grupo negociadores. 13 de marzo 2017.

Jurisprudencia

Corte Suprema. Rol n° 995-2008. Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente con Cerámicas Industriales Fanaloza S.A., 15 de mayo de 2008.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol n°1144-2015. Actionline Chile S.A. con Yutronic, 23 de octubre de 2015. Ratificada por la Corte Suprema. Rol n° 28919-2015. Actionline Chile S.A. con Yutronic, 7 de marzo de 2016.

Corte Suprema. Rol n°3514-2014. Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A., 4 de diciembre de 2014.

Corte Suprema. Rol n° 10.444-2014. Dirección del Trabajo Insp. Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal Empaques S.A., 29 de enero de 2015.

Informes y documentos

Acta N°372-A. Sobre Plan Laboral. Sesión Secreta Legislativa de la H. Junta de Gobierno, Santiago, 25 de junio de 1979. Recuperado de http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34761 .

Acta Oficial de la Comisión Constituyente, Sesión 195, Santiago, 30 de marzo de 1976. Recuperado de http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf .

CEACR. (1994). Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones N°III, parte 4B. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión CIT. Recuperado de [http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-4B\).pdf](http://embargo.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-4B).pdf) .

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang-es/index.htm .

Prensa y ponencias obtenidas en línea

AGURTO, C. (4 de marzo, 2016). Expertos sobre la reforma laboral: “Adecuaciones necesaria” serían foco de conflicto en tribunales. *La tercera*. Recuperado de <http://www.latercera.com/noticia/expertos-sobre-reforma-laboral-adequaciones-necesarias-serian-foco-de-conflicto-en-tribunales/>

ARELLANO, P., CAAMAÑO, E., CARVALLO, R., CORVERA, D., LOPEZ, D., ESPINOZA, C.,... FERES, M. (24 de marzo, 2016). Carta abierta de académicos: “La Reforma Laboral es un retroceso en los derechos del mundo sindical”. *El Desconcierto*. Recuperado de <http://www.latercera.com/noticia/expertos-sobre-reforma-laboral-adequaciones-necesarias-serian-foco-de-conflicto-en-tribunales/>

CAMARA NACIONAL DE COMERCIO. (2 de marzo, 2015). Intervención en sesión de Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados. Recuperado en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28417&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

CENTRAL UNICA DE TRABAJADORES. (2 de marzo, 2015). Intervención en sesión de Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados. Recuperado en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28411&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

MATTHEI, E. (3 de marzo, 2015). Reforma al Código del Trabajo. Intervención en sesión de Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28660&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

SOFOFA. (2 de marzo, 2015). Reforma Laboral y su impacto en la empresa. Intervención en sesión de Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados. Recuperado en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28426&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

TOLEDO, C., CAAMAÑO, E., UGARTE, J., FERES, M., GAMONAL, S., BORIC, G.,... JACKSON, G. (17 de marzo, 2016). Declaración sobre el Proyecto de Reforma Laboral. *The Clinic Online*. Recuperado de <http://www.theclinic.cl/2015/03/17/declaracion-sobre-el-proyecto-de-reforma-laboral/>

UGARTE, J. (3 de marzo, 2015). Proyecto de agenda laboral: un paso a ninguna parte. Intervención en sesión de Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=28520&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>