



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo

**Control judicial de la calificación de los servicios mínimos emitida por la
Dirección del Trabajo. Consideraciones jurídico-procesales.**

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

FABIOLA MACARENA SOTO FIGUEROA
DAVID ANTONIO ROJAS DEL DESPÓSITO

Profesor guía: Claudio Andrés Palavecino Cáceres

Santiago de Chile

2018

*En memoria de Micaela del Carmen Fuentes Soto y
Sergio Wolnitzky Rodríguez por su inagotable lucha
por el respeto de los trabajadores de su país.*

Agradecimientos

Agradezco a mis padres, hermanas y mi marido por convertirse en la plumita mágica que me da la confianza para volar cada vez que mis miedos nublan mis metas, por enseñarme a valorar mis talentos y mostrarme que “la magia de esa pluma” es descubrir que el poder se encuentra dentro de mí.

A mi compañero y amigo David Rojas le agradezco su fortaleza, dedicación, y hospitalidad en las largas tardes de trabajo en donde las discusiones jurídicas se mezclaban con risas y anécdotas.

Agradezco al profesor Claudio Palavecino por su solidaridad en el traspaso de su experiencia y conocimientos, y su compromiso con nuestro trabajo.

Fabiola Macarena Soto Figueroa

Agradezco a mis padres Maritza y Ceferino, por el amor incondicional que me brindan día a día, y por enseñarme que el amor es el fundamento de todo proyecto fructífero.

Agradezco a mis hermanos y a mis amigos, los que tienen un espacio reservado en mi corazón, gracias por su apoyo y consejos, han sido fundamentales en este camino.

Agradezco Mackarena por su amor y apoyo incesante, por mostrarme que incluso en los días más oscuros hay enseñanzas que agradecer con alegría.

Agradezco al profesor Claudio Palavecino, por compartir sus conocimientos y visión, lo que nos guío para llegar a buen puerto con este trabajo.

Agradezco a Fabiola, amiga, compañera y coautora de este trabajo. Con su entrega, tesón y su empática sabiduría, logramos iniciar y culminar este trabajo con el corazón rebosante de alegría.

David Antonio Rojas del Despósito

Resumen

En el presente trabajo se analizará la institución de los servicios mínimos *-como una limitación al derecho de huelga-* desde diferentes aristas con el propósito de comprender el contexto en donde se originó la controversia respecto de si la calificación administrativa de los servicios mínimos realizada por el Director Nacional del Trabajo, es susceptible o no de revisión por parte de los tribunales de justicia.

Se presentará a través de *-una pequeña muestra representativa-* la forma en que se ha desarrollado ésta discusión en los distintos tribunales de justicia de nuestro país, de la cual se extraerán los principales argumentos que fundamentan las posturas adoptadas por los juristas, ya sea, en favor o en contra del reconocimiento de la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto.

Con el fin de aportar a la discusión, se propondrá una interpretación normativa desde una concepción global del ordenamiento jurídico, por medio de aquellas normas, reglas y principios que permitan comprobar tanto la existencia de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer del asunto, como la necesidad de un control judicial respecto a la calificación de servicios mínimos que realiza la administración, debido a que la resolución del asunto involucra la ponderación de derechos fundamentales de los sindicatos, los empleadores y la sociedad en su conjunto.

Índice

Introducción	9
Capítulo I Los Servicios Mínimos.....	15
1.1 Contextualización. Libertad Sindical y los Servicios Mínimos.	15
1.2 Restricciones y Prohibiciones al Derecho a Huelga.	24
1.3 Los Servicios Esenciales y los Servicios Mínimos según la Organización Internacional del Trabajo.....	26
1.3.1 Doctrina de los Órganos de Administración y Control de la OIT respecto a los Servicios Esenciales.	29
1.3.2 Doctrina de los Órganos de Control de la OIT respecto a Servicios Mínimos.	33
1.4 Regulación de los Servicios Esenciales en la Ley 20.940.	37
1.5 Regulación de los Servicios Mínimos en la Ley 20.940	39
1.6 Análisis comparativo del tratamiento dado a los Servicios Mínimos por los Órganos de Control de la OIT y la Ley 20.940.	43
Capítulo II Procedimiento de Calificación de los Servicios Mínimos.	48
2.1 Características del Procedimiento de Calificación de los Servicios Mínimos.	48
2.2 Oportunidad para realizar la Calificación de Servicios Mínimos.	49
2.3 Plazos del Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos.....	50
2.4 Duración de los Servicios Mínimos.....	51
2.5 Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos.	52
2.5.1 Calificación de Servicios Mínimos realizada por acuerdo entre empleador y sindicatos.	53
2.5.2 Calificación realizada por la Dirección Regional del Trabajo.	57
2.5.3 Calificación administrativa realizada por la Dirección Nacional del Trabajo.	59
2.6 Criterios para una correcta Calificación de los Servicios Mínimos.	63

Capítulo III Las diversas interpretaciones Jurídico-Procesales frente al Control Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.	68
3.1 Interpretación Jurídico-Procesal de la Dirección del Trabajo frente al Control Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.	69
3.1.1 Dictamen Ordinario N° 5346/92 de fecha 28 de octubre de 2016.	71
3.1.2 Dictamen Ordinario N° 1563/38 de fecha 7 de abril de 2017.	73
3.1.3 Dictamen Ordinario N° 6064-139, de fecha 15 de diciembre de 2017.	80
3.2.1 Juicios escogidos para el análisis.	91
3.3 Pronunciamiento de los Juzgados Laborales.	92
3.3.1 Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A en contra de la Dirección del Trabajo, RIT: M-1806-2017, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.....	92
3.3.2 Sociedad de Instrucción Primaria en contra de la Dirección Nacional del Trabajo, RIT: I-343-2017 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.	93
3.3.3 Tecnoglobal S.A en contra de la Dirección Nacional del Trabajo, RIT: I-405-2017 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.	96
3.3.4 Análisis de la interpretación de los Tribunales Laborales.	97
3.4 Postura de las Cortes de Apelaciones respecto de la Revisión Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.	100
3.4.1. Recurso de Apelación Rol 1635-2017, pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A en contra de la Dirección del Trabajo,	101
3.4.2 Recurso de Apelación Rol 2347 – 2017, emitida por la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Sociedad de Instrucción Primaria con la Dirección Nacional del Trabajo.....	104
3.4.3 Recurso de Apelación Rol 2173 – 2017, emitida por la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Tecnoglobal S.A en contra de la Dirección Nacional del Trabajo.....	109
3.5 Postura de las Excelentísima Corte Suprema respecto de la Revisión Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.....	109

3.5.1 Recurso de Queja Rol 41455-2017, interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A.	111
3.5.2 Recurso de Queja Rol I-343-2017, interpuesto por la Dirección del Trabajo en contra de los ministros que componen la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	111
3.5.3 Recurso de Queja 1180-2018 Corte Suprema, interpuesto por CAR S.A. en contra de los ministros de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.	114
3.5.4 Recurso de Queja Rol 832-2018, interpuesto por Tecnoglobal S.A contra los ministros de la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	116
3.5.5 Oficio N°154-2017 de la Excelentísima Corte Suprema.....	123

CAPITULO IV: Fundamentos Jurídico-Procesales para el Control Judicial de la Calificación de los Servicios Mínimos.....

Calificación de los Servicios Mínimos.....	127
4.1 Cuestión previa ¿Competencia o Jurisdicción?.....	128
4.2 Principios del Derecho y su relación con los Servicios Mínimos.	130
4.3 Los Principios aplicables a la solución del problema.	136
4.3.1 Principios Generales del Derecho	137
a) Principio de Tutela Judicial Efectiva.	137
b) Principio de la Inexcusabilidad.	141
c) Principio General de Impugnación de los Actos de la Administración.....	142
4.3.2 Principios del Derecho Laboral	147
a) Principio de Libertad Sindical	147
b) Principio Protector.....	148
4.3.3 Importancia de la aplicación de los Principios en la Calificación de los Servicios Mínimos.....	150
4.4 Control judicial de la Calificación de los Servicios Mínimos. La correcta interpretación.	152
4.4.1. Tesis de la Competencia Judicial.	153

a) Jurisdicción, Competencia e Inexcusabilidad.	153
b) El Derecho a Accionar y la Impugnación Judicial de los Actos Administrativos... ..	155
4.4.2 La tesis de la incompetencia judicial. Argumentos entregados para sostenerla. .	159
4.4.3 Los Inconvenientes de la Tesis de la Incompetencia.	168
a) La Tesis de la Incompetencia vulnera el Principio de Protector.	168
b) La Tesis de la Incompetencia vulnera la Constitución Política y la Doctrina de la OIT. ..	169
c) La Dirección del Trabajo no es un ente calificado para determinar los Servicios Mínimos.	170
4.5 El Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.	171
4.6 Vías Procesales de Reclamación de la Calificación de los Servicios Mínimos. ...	175
4.6.1 Argumentos para considerar que no existe procedimiento aplicable:	175
4.6.2 Argumentos para considerar que si existe procedimiento aplicable.....	177
4.6.3 ¿Qué procedimiento es el más adecuado para realizar el control judicial de la calificación administrativa de los servicios mínimos?.....	183
a) El Recurso de Protección.	183
b) Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.	185
c) El Procedimiento Propuesto por la Corte Suprema en el Oficio N°154-2017 en base a la moción presentada por el diputado Jorge Tarud.	185
d) Procedimiento de Aplicación General.....	186
4.7 ¿Qué conoce el tribunal forma o fondo del asunto?	187
Conclusiones	195
Bibliografía.....	201

Índice de Figuras

Figura 1 Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos.....	52
Figura 2 Oportunidad del Empleador para Comunicar Propuesta de Servicios Mínimos	54
Figura 3 Explicación problemática planteada en el Dictamen Ordinario N° 1563/38	75

Introducción

Desde que en diciembre del año 2014 la presidenta de la República Michelle Bachelet da inicio a la tramitación de la Ley 20.940 que viene en “Modernizar el Sistema de Relaciones Laborales”, y cuya intención manifiesta era aumentar los ingresos de los trabajadores mediante un incremento de su poder de negociación al interior de la empresa¹, gran parte de la atención pública y de los diversos actores sociales, fijaron su mirada en el anuncio de la “Prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga”, y la nueva faceta que se les otorgaba a la poca utilizada institución de los “servicios mínimos”. Esto porque venía a poner fin a uno de las principales deudas del Estado de Chile con sus trabajadores, en cuanto al respeto y protección de la libertad sindical. Y asimismo porque representaba un paso importante en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Chile, tras la ratificación en el año 1999 de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 87 y 98, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, respectivamente.

Si bien el Código del Trabajo previo a la reforma, contenía la figura de los servicios mínimos, en la práctica no se utilizaban, debido a que existía la posibilidad de reemplazar a los trabajadores en huelga, lo que si bien no era la regla general establecida por el legislador, se convirtió en la habitualidad, debido a que las excepciones planteadas eran de gran amplitud. Generando como consecuencia que la huelga se tornara en un instrumento poco útil para los trabajadores, quienes al no lograr la paralización del proceso productivo de las empresas, veían mermada su herramienta legal de presión.

Con el proyecto de ley, el gobierno buscaba restablecer el equilibrio de las partes en el proceso de negociación colectiva, dotando a la huelga de su rol natural, a fin de que los trabajadores logran negociar sus intereses económicos y sociales, en un plano de igualdad de condiciones frente a su empleador.

¹ Bachelet, M. (2013). Programa de Gobierno 2014-2018.Chile. P. 92. Recuperado el 5 de julio del año 2018 desde http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb_1.pdf

Desde un primer momento, el anuncio de la incorporación de la figura de los servicios mínimos como la institución que suplía el reemplazo de trabajadores en huelga, generó cierto ruido. Por una parte, un sector del empresariado nacional consideró que los servicios mínimos podrían generar una pérdida de las fuentes de trabajo y la creación de riquezas. Mientras que las organizaciones de trabajadores, la observaron con recelo, en cuanto la consideraban una institución que opacaba el anuncio del fin de reemplazo “efectivo” de los trabajadores en huelga, y que con la figura de los servicios mínimos se continuaba limitando la esencia del derecho a huelga, puesto que se consagraba el deber de las organizaciones sindicales de negociar en conjunto con su empleador la implementación de aquellos 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”* y asimismo proveer desde sus filas, el personal para atender dichos servicios.²

El Código del Trabajo tras la reforma regula los servicios mínimos dentro de un Capítulo llamado “Limitaciones al Ejercicio del Derecho a Huelga” (Libro IV, Título IV, Capítulo VII del Código del Trabajo), de lo que se desprende que es el mismo legislador el que reconoce el carácter limitativo de los servicios mínimos. Lo que no debería representar un conflicto en vista de que, pese a que la huelga es un derecho fundamental, al estar inserto dentro de un ordenamiento jurídico democrático, puede estar sujeto a limitaciones de tipo restrictivas, a fin de convivir con otros derechos y libertades reconocidos a empleadores y ciudadanos, como por ejemplo la libertad de

² Artículo 359 inciso primero del Código del Trabajo: Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, 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.

trabajo, el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, así como la satisfacción de necesidades básicas de la población.

Es precisamente el carácter fundamental del derecho a huelga y la necesidad de que se fijen limitaciones de carácter restrictivo que no afecten la esencia del mismo, sumado a la posible colisión de este derecho con otros derechos de la misma categoría, el que dota de relevancia que la Ley 20.940 no haya establecido expresamente una instancia judicial, que permita realizar un control por parte de los tribunales de justicia respecto de la calificación de servicios mínimos emitida por el Director Nacional del Trabajo.

El legislador se limitó a establecer en el artículo 360 del Código del Trabajo, un procedimiento de calificación de servicios mínimos, en el que se reconocen dos etapas. Una primera etapa obligatoria, la cual se desarrolla por medio del acuerdo entre empleador y los sindicatos existentes en la empresa. Y otra segunda etapa administrativa, que es eventual, debido a que sólo se produce si no se llega a acuerdo entre empleador y sindicatos, momento en el cual cualquiera de los actores podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, a fin de que ésta determine la calificación de los servicios mínimos para el caso concreto. Ahora bien, la controversia se produce debido a que el legislador, en la parte final del inciso undécimo del artículo 360, señala que la resolución de la Dirección Regional del Trabajo “Sólo será reclamable ante la Dirección Nacional de Trabajo”.

Esta redacción ha generado dos interpretaciones diametralmente opuesta. Una de ellas sostiene que no procede el control judicial respecto de la calificación determinada por el Director Nacional del Trabajo, aduciendo que la ley no otorga competencia a los tribunales laborales para conocer de la misma, y aún más que la ley radica el conocimiento y control de la calificación de servicios mínimos sólo en la instancia administrativa. Mientras que la otra afirma que sí procede el control judicial de la calificación de servicios mínimos, y que los tribunales laborales tienen competencia debido a que lo sostenido en el artículo 360 dice relación únicamente con la instancia administrativa, y son los artículos 420 b) y e) y 399 del Código del Trabajo, sumado a

una serie de principios y garantías constitucionales, los que otorgan competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo.

Ante este escenario de controversia y poca certeza, empleadores y sindicatos, han recurrido a los tribunales de justicia, tras considerar que la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo vulnera sus derechos, obteniendo constantes declaraciones de incompetencia por parte de los tribunales laborales. Decisiones que en diferentes oportunidades han sido revocadas por los tribunales superiores de justicia, incrementado el debate y la incertidumbre jurídica.

Esta atmósfera de incertezas que rodea la reciente implementación de los servicios mínimos genera la necesidad de analizar cada una de las teorías de manera crítica y así determinar: i) cuáles son los fundamentos que sustentan cada una de las tesis respecto al control judicial; ii) cuál de ellas tiene mejores razones jurídicas para imponerse sobre la otra; iii) cuál se encuentra en mejores condiciones de proteger y garantizar los derechos de todas las partes involucradas y iv) finalmente determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que se siguen de adoptar una u otra posición.

Para realizar dicho análisis hemos recurrido a distintas fuentes, las que nos dan a conocer cuáles son las motivaciones jurídico-procesales detrás de cada tesis, así hemos recurrido a examinar: i) el ordenamiento jurídico laboral nacional; ii) la doctrina nacional e internacional respecto de los servicios mínimos; iii) la jurisprudencia administrativa a través de los dictámenes de la Dirección del Trabajo y iv) por supuesto ha sido de gran ayuda para desentrañar el asunto, revisar tanto la jurisprudencia judicial de los tribunales de base, como de los tribunales superiores de justicia.

Para efectos de realizar un estudio sistemático y acabado de la problemática en cuestión, utilizaremos el siguiente plan de trabajo:

En el Capítulo I, que hemos titulado *“Los Servicios Mínimos”*, nos proponemos contextualizar y conceptualizar los servicios mínimos, para entender cuál es la finalidad jurídica de esta institución. Para ello revisaremos críticamente el tratamiento que la legislación nacional -tras la implementación de la Ley 20.940- hace de los servicios mínimos, a la luz de los lineamientos que los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo realizan sobre el tema.

El Capítulo II, denominado *“Procedimiento de Calificación de los Servicios Mínimos”*, tiene como finalidad exponer: i) las características del procedimiento de calificación de los servicios mínimos regulado en la ley 20.940; ii) cómo se desarrolla y lleva a cabo el procedimiento de calificación de los servicios mínimos; iii) la discusión que surge de la controvertida norma del artículo 360 inciso undécimo y finalmente iv) cuales son los principales argumentos que sustentan tanto la tesis de la incompetencia y la tesis de la competencia de los tribunales de justicia para sostener que la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo es recurrible ante los tribunales laborales.

En el Capítulo III, al que hemos denominado *“Las diversas interpretaciones jurídico-procesales frente al Control Judicial de la calificación de servicios mínimos.”* revisaremos y analizaremos los fundamentos y argumentos utilizados por los diferentes actores para sostener su interpretación en torno a la judicialización de la calificación de los servicios mínimos. Para ello estudiaremos los dictámenes que la Dirección del Trabajo ha emitido al efecto, y asimismo haremos una pequeña muestra representativa de las causas que informan sobre el desarrollo de la discusión en los tribunales de justicia, de las cuales extraeremos los argumentos plasmados en las resoluciones que se han emitido en las diferentes instancias de conocimiento judicial.

En el Capítulo IV, que hemos titulado como *“Fundamentos jurídico procesales para el control judicial de la Calificación de los servicios mínimos”*, buscamos demostrar que existe competencia de los tribunales de justicia en torno a la calificación de los servicios mínimos. Para ello recurriremos a los principios tanto del derecho y del derecho del trabajo, para realizar la correcta interpretación y aplicación de la normativa laboral chilena, respecto de la calificación de los servicios mínimos, para concluir que se puede reclamar ante los tribunales de justicia de la resolución que emite la Dirección Nacional del Trabajo mediante la cual califica los servicios mínimos.

Luego de determinar que los tribunales de justicia gozan de competencia para conocer de los reclamos interpuestos en contra de la calificación administrativa de los servicios mínimos, nos avocaremos brevemente a tratar dos temas que le siguen causalmente los cuales se resumen en las siguientes dos preguntas, primero ¿Qué procedimiento es el más adecuado para realizar el control judicial de la calificación administrativa de

los servicios mínimos? Y en segundo lugar ¿Qué conoce el tribunal, forma o fondo del asunto?

Capítulo I

Los Servicios Mínimos.

1.1 Contextualización. Libertad Sindical y los Servicios Mínimos.

Antes de iniciar el estudio concreto del tema que mueve este trabajo, es necesario comprender el contexto en el que se inserta la institución de los servicios mínimos.

Los servicios mínimos son una limitación al derecho a huelga y pueden ser definidos como: *“aquellas prestaciones que deben ser mantenidas indefectiblemente –durante el periodo de huelga-, dado que, no consienten interrupción o preterición alguna, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en pugna con el derecho de huelga.”*³

Doctrinariamente el derecho a huelga se ha ubicado y estudiado dentro de la rama del Derecho Colectivo Laboral. Esta rama del derecho se ha definido como:

*“Aquella parte del derecho del trabajo que se ocupa del estudio de los fenómenos colectivos laborales, desde una doble perspectiva: por un lado, la agrupación, organización y regulación de los actores sociales, trabajadores y empleadores, y sus relaciones con el Estado; y por otro, la normativa generada producto de la autonomía colectiva de dichos actores”*⁴

Los orígenes del derecho colectivo del trabajo tradicionalmente se ha señalado que se remontan a los albores de la Revolución Industrial. Durante este proceso histórico se producen cambios radicales en la forma de producción y trabajo, surgen las grandes fábricas, se concentra la población alrededor de éstas, y se instaura un nuevo sistema de trabajo, el que consiste en el intercambio de fuerza de trabajo por salario.

Este nuevo sistema de trabajo operaba bajo las leyes de oferta y demanda del mercado, y el principio de libre cambio entre sujetos formalmente iguales. O sea

³ Tribuzio, J. *La Huelga en los Servicios Esenciales*. Recuperado el día 20 de enero de 2017, desde <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf> P.83

⁴ Gamonal, S. (2011). *Derecho colectivo del trabajo*. (2ª. Ed.). Chile: Legal Publishing P.19

entendían el trabajo como un bien que poseía el trabajador, y que por ende podía negociar libremente con su empleador, pero dejaban de lado la profunda desigualdad económica existente entre uno y otro, lo que generaba que la aplicación del derecho común, no fuera suficiente.

Esta relación de trabajo, conllevó a la generación de procesos de profunda explotación de la mano de obra, quienes se veían expuestas a extensas jornadas de trabajo, bajos sueldos, malas condiciones de higiene y seguridad, e incluso trabajo infantil.

Es precisamente la colectivización del trabajo que se produce a raíz de la concentración de obreros en las fábricas y los abusos a lo que se veían enfrentados en su individualidad, lo que permitió una lenta pero segura toma de conciencia por parte de los trabajadores, de sus necesidades e intereses comunes, y del poder colectivo que detentan⁵. Esto acarreo como consecuencia que los trabajadores comenzaran a organizarse y agruparse para la lucha de sus derechos y mejores condiciones de vida, paralizando el funcionamiento de sus puestos de trabajo, a fin de lograr oponerse al poder económico que detentaba el empleador. Esto conlleva según Sergio Gamonal a trastornos sociales, luchas violentas y cambios políticos provenientes del movimiento obrero⁶

En efecto, el vertiginoso avance de los cambios sociales, la toma de conciencia de los trabajadores acerca de sus necesidades e intereses comunes, y la constatación de que su actuación conjunta les permite negociar en igualdad de condiciones con los empleadores, fortalece cada vez más el movimiento sindical emergente en el siglo XIX, el cual, en el transcurso de algunos decenios, pasará de la ilegalidad al pleno reconocimiento jurídico, incluso a nivel constitucional y en los catálogos de derechos humanos a nivel internacional.⁷

Es así como surge el derecho colectivo y la libertad sindical de la mano de sus tres pilares esenciales; asociación-sindicato, negociación colectiva y paralización-huelga.

⁵ Gamonal, S. (2011). Op. Cit. P. 5

⁶ Gamonal, S. Citado por Castro, D. (2017). *Servicios Esenciales y servicios mínimos como límite al ejercicio del derecho a huelga en Chile*. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol (5) P.2.

⁷ Gamonal, S. (2011). Op. Cit. P. 5

La libertad sindical es el principio matriz o fundamento rector del Derecho Colectivo del Trabajo. Se ha definido como:

“El derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, 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 a huelga”⁸.

El contenido de la libertad sindical no ha sido siempre el señalado en ésta definición, ha estado sujeto a una evolución histórica importante. En un comienzo se reconocía únicamente, en palabras del profesor Caamaño, en su faz orgánica, o sea como la facultad de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. La doctrina iuslaboralista tradicional chilena, consolidaba este modelo dado que desde esta perspectiva:

“Se tendía generalizadamente a asociar la libertad sindical de manera exclusiva con el derecho de sindicación, lo que coincidía, a su vez, con la estructura normativa adoptada por nuestra Constitución Política de la República y una lectura meramente formalista y no finalista de sus disposiciones, en razón de que el texto constitucional consagra por separado el derecho de sindicación [artículo 19 N°19] del derecho a negociar colectivamente [artículo 19 N°16 inciso 5°] y asume un reconocimiento negativo y limitado del derecho a huelga [artículo 19N°16 inciso 6°]. Interpretación que responde al modelo de relaciones laborales instaurado en el plan laboral de la dictadura, el cual buscaba derechamente reafirmar el sistema de economía de libre mercado mediante la preeminencia de los intereses empresariales, limitando fuertemente los

⁸ Gobierno de Chile. Dirección del Trabajo. Varas, M. (2003). *Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759*. Boletín Oficial del Trabajo. P. 3.

principios inherentes a la libertad sindical para efectos de no introducir elementos que distorsionarían el mercado de trabajo”⁹

Con posterioridad, y tras un importante proceso de evolución doctrinaria, judicial y administrativa, se incorpora una nueva faz, la llamada faz funcional que integra al derecho de sindicación, 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. De este modo queda atrás la antigua concepción sobre la libertad sindical, que la observaba y entendía desde la perspectiva de los derechos tradicionales, en específico del de asociación, alcanzando hoy un concepto individual, con principios y contenidos específicos. Como señala Sergio Gamonal la libertad sindical entendida sólo como la facultad de crear un sindicato, poder afiliarse o desafilarse, es un derecho sin sentido, pues carece de toda finalidad y contenido.

Así, se ha logrado entender que la libertad sindical descansa sobre tres pilares indispensables e interdependientes: el Sindicato, la Negociación Colectiva y la Huelga. Ocupando cierto protagonismo la Huelga, por ser el medio a través del cual se efectiviza la autotutela sindical.¹⁰

En el ordenamiento jurídico nacional, la libertad sindical es un derecho elevado a rango constitucional, y pese a que su regulación no se encuentra exenta de ciertas críticas, hay acuerdo en considerar que su consagración incluye tanto su faz orgánica, como su faz funcional. El artículo 19 N°19 de la Constitución Política de la República de Chile, consagra la facultad de constituir organizaciones sindicales. Mientras que el artículo 19 N°16 de la Constitución hace lo propio con el derecho a negociar colectivamente.

Por su parte el derecho de huelga, si bien en la Constitución no tiene una consagración expresa, existe consenso, tanto por una parte de la doctrina nacional como por la

⁹ Caamaño, E. Citado en Castro, D. (2017). *Servicios Esenciales y servicios mínimos como límite al ejercicio del derecho a huelga en Chile*. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol (5). P 21

¹⁰ Caamaño, E. & Ugarte, J. (2008) *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque Crítico*. Santiago: Legal Publishing. P.51

jurisprudencia, en señalar que es un derecho constitucional implícito en el artículo 19 N°16, además de reconocérsele el carácter de fundamental.¹¹

Esta tesis se ve reforzada en cuanto el artículo 5° de la Constitución establece como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales. Al respecto la República de Chile, ha suscrito y ratificado tratados que consagran la libertad sindical y sus tres pilares, como por ejemplo los Convenios N°87 y N°98 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos y particularmente el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reconoce expresamente en su artículo 8° el derecho a la huelga.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su “Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”, dictada en el año 1998, consagra como derecho fundamental del trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical. Y si bien no menciona expresamente el derecho a huelga como uno de ellos, son sus Órganos de Control, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical, quienes han reconocido en numerosas ocasiones el derecho a huelga como un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones, y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre éste.

Los Órganos de Control de la OIT llegan a dicha conclusión, a raíz de lo establecido en el Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. En el cual se consagra el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores para organizar su administración y sus actividades, además del derecho de formular su programa de acción. Asimismo se establece como objeto de dichas organizaciones el fomentar y defender los intereses de los trabajadores. El Convenio

¹¹ Azócar, R. & Cruz, A. (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. Vol (6), N° (12). P. 140-161

al precisar los objetivos de tales organizaciones traza la frontera hasta la que son aplicables derechos y garantías reconocidos en él¹².

La conclusión a la que arriban los Órganos de Control de la OIT con respecto al derecho a huelga, no hace más que confirmar, que la libertad sindical está compuesta de tres grandes elementos indisociables, por ende al consagrarse como derecho fundamental la posibilidad de organizarse y formular un plan de acción, con el objetivo de defender los intereses de los trabajadores, deben garantizar y proteger los mecanismos a través de los cuales se puede llevar a cabo ese cometido, de otro modo el derecho de libertad sindical se transforma en un derecho fundamental vacío.

Cabe mencionar que hasta la actualidad y aun tras la entrada en vigencia de la ley 20.940, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una definición de huelga, lo que tiene importantes consecuencias aparejadas. La principal es que parte de la jurisprudencia y la doctrina nacional han adoptado una posición restrictiva respecto de la huelga, en cuanto señalan que ésta procedería únicamente dentro del proceso de negociación colectiva reglada, usando como argumento, el que la legislación nacional sólo trata la huelga a raíz de dicho proceso.

Frente a esta situación han surgido distintas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia nacional, que intentan responder si la huelga se reconoce o no como un derecho fundamental consagrado en la Constitución, es así que Sergio Gamonal¹³ señala que existen cuatro tesis distintas al respecto:

1) Tesis Restrictiva: Quienes defienden esta tesis, señalan que el derecho de huelga no está consagrado en la Constitución, sino más bien su regulación queda entregada al legislador, siendo un derecho de jerarquía legal. Esta tesis sostiene además que la huelga en Chile procede sólo en el proceso de negociación colectiva reglada. Esta tesis es criticada por Gamonal, por cuanto señala que el sentido de la Constitución no puede ser interpretada de manera exegética, sin concordancia con el resto de su

¹² Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra. P.11

¹³ Gamonal, S. Citado en Pinto, Y. (2016). "La huelga y los servicios mínimos. Balance del estado actual de la Legislación y de la Reforma". *Revista Laboral Chilena*. Mayo. P. 59 y ss.

normativa y sin tener en cuenta el avance de los derechos humanos y el constitucionalismo occidental en los últimos 100 años.

Basta agregar que quienes sostienen esta tesis le restan vigencia y aplicación al artículo 5° de la Constitución Nacional, a la que ya hemos hecho mención.

2) Tesis del Derecho Implícito: según los defensores de ella, la huelga se encontraría reconocida tácitamente en la Constitución, ya ésta que menciona sólo los casos que se encuentra prohibida, por lo tanto, en los casos no mencionados sería un derecho. Esta tesis es criticada por Gamonal por cuanto no considera pertinente deducir derechos fundamentales con el aforismo “a contrario sensu”.

3) Tesis del Bloque de Constitucionalidad: en virtud de esta tesis, la huelga estaría contemplada por la relación del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, en relación a los tratados internacionales de Derechos Humanos que si la consagran, como el convenio 87 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4) Tesis Dogmática: Para esta tesis, el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical, por lo cual al encontrarse esta última consagrada explícitamente en la Constitución en el artículo 19 N° 19, conlleva necesariamente a la consagración constitucional de la huelga como un derecho fundamental.

La tesis de la huelga como derecho fundamental reconocido en la Constitución ha sido recogida también por los tribunales superiores de justicia. En opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴ y la Corte Suprema¹⁵ no cabe duda que la huelga es un derecho fundamental y así lo estipularon en la causa caratulada “Actionline Chile SA con Yutronic”, señalando que:

“Reconociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, el único límite que explícitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas,

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 1144-2015, de fecha 23 de octubre de 2015.

¹⁵ Cuarta Sala de la Corte Suprema, Causa Rol N° 28.919-2015, de fecha 17 de marzo de 2016.

cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”

Así, los tribunales superiores de justicia concuerdan en que la huelga es un derecho fundamental, que se sustenta en tratados internacionales de derechos humanos y en la Constitución. Agregan además que la sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso (negociación colectiva reglada) no puede llevar a concluir que fuera de ella se encuentra prohibida. A su vez, sostienen que los límites al derecho fundamental de huelga están dados únicamente cuando se afectan servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que, como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley sin afectar el derecho en su esencia. Finalmente, concluyen que la huelga entendida como una etapa indeseable, ha sido superada.”¹⁶

De este modo, teniendo en cuenta lo planteado por la doctrina y jurisprudencia no cabe duda que el derecho de huelga es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, tal como la libertad sindical y la negociación colectiva, cuyo propósito es garantizar el ejercicio del derecho de organización del que gozan los trabajadores, y sobre todo la posibilidad que finalmente los trabajadores puedan negociar en un plano de igualdad de condiciones con sus empleadores.

Tal como lo plantea el profesor Gamonal¹⁷ la huelga es la única herramienta real que poseen las organizaciones sindicales para defender sus derechos y negociar en pie de igualdad con los empleadores. Esto debido a que el sistema de trabajo imperante, se basa en el régimen de subordinación y dependencia, por lo cual si no existiera la facultad de declararse en huelga, los trabajadores aunque se les reconociera el derecho

¹⁶ Azócar, R. & Cruz, A. (2015). *Op. Cit.* P. 145.

¹⁷ Gamonal, S. (2011). *Op. Cit.* P. 21

de asociarse y negociar colectivamente, no lograrían defender sus intereses ante la negativa del empleador a acceder a sus peticiones.

Ahora bien ¿Qué implica que el derecho a huelga sea considerado un derecho fundamental? Hübner define los derechos fundamentales como:

“El conjunto de facultades innatas, inherentes a la persona humana por el sólo hecho de serlo, que tienen por objeto su resguardo y perfeccionamiento en todos los aspectos propios de su naturaleza física, espiritual y social”¹⁸

El que la huelga sea consagrada en la categoría de derecho fundamental, tiene consecuencias del todo relevantes, en cuanto el Estado no puede restringir dicho derecho, y en el caso de hacerlo *-para efectos de regular la posible colisión con otros derechos fundamentales-* lo realizará a través de la ley, de manera taxativa y no arbitraria, limitándose a hacerlo sólo en los casos estrictamente necesarios sin afectar al derecho en su esencia¹⁹.

A modo de conclusión y a fin de reflejar el valor que en la Organización Internacional del Trabajo le otorga a la libertad sindical y su “trilogía indisoluble” como herramientas para el progreso social y económico de las naciones, se cita parte de lo sostenido por ésta, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998:

“Con el objeto de mantener el vínculo entre el progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano”.

¹⁸ Hübner, J. (1994). *Los derechos humanos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. P. 69 y 70

¹⁹ Gamonal, S. (2011). *Op. Cit.* P. 66

1.2 Restricciones y Prohibiciones al Derecho a Huelga.

La huelga tal como se ha planteado, es un derecho fundamental que no tiene un carácter absoluto ni ilimitado, en vista de que debe poder interactuar con el resto de los diversos derechos del sistema jurídico. Esta afirmación nos permite preguntarnos ¿Cómo se lograr armonizar el derecho de huelga con el ejercicio de los demás derechos fundamentales, sin que ninguno de ellos sea restringido en su esencia?

Consideramos que la respuesta más adecuada es posible encontrarla en la doctrina jurídico-laboral internacional elaborada por la Organización Internacional del Trabajo, quien ha desarrollado criterios, principios y herramientas aptas para que las huelgas se lleven a cabo sin violar los intereses generales, ni el sistema de derechos fundamentales que hacen posible la convivencia en las sociedades democráticas, pero que de igual modo logran proteger la esencia del derecho a huelga.

Los Órganos de Administración y Control de la OIT, han señalado en reiteradas oportunidades que cualquier prohibición o limitación que proceda respecto del ejercicio del derecho a huelga, sólo procede ante situaciones excepcionales y calificadas, las que deben interpretarse restrictivamente.²⁰

Nuestra legislación laboral durante años ha contemplado una serie de restricciones, que ha nuestro parecer, han generado un deterioro en el ejercicio legítimo del derecho a huelga, en razón de no ser excepcionales, sino más bien bastante extendidas, y en condiciones que admitirían soluciones menos gravosas para el ejercicio de éste.

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.940 en abril del año 2017, se implementaron una serie de modificaciones respecto a las limitaciones que contenía nuestro ordenamiento jurídico con respecto al derecho de huelga. Y si bien alguna de ellas representan un avance en la protección de este derecho fundamental, como por ejemplo el fin de reemplazo de trabajadores en huelga, la incorporación o modificación de otras figuras, lamentablemente genera que aquel avance sea sutil, en condiciones que se prometió una ley que modernizaría el sistema de relaciones laborales.

²⁰ Organización Internacional del Trabajo. Citado en Azócar, R. & Cruz, A. (2015). *Op. Cit.* P. 146.

Dentro de las principales limitaciones al derecho a huelga que la ley en estudio estatuye²¹, nos encontramos con:

- a) Prohibición del derecho a huelga en determinadas empresas, que pese a negociar colectivamente en forma reglada, no pueden sus trabajadores declararse en huelga, en razón del artículo 362 del Código del Trabajo, que establece que no podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función que i) atiendan servicios de utilidad pública. ii) 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.
- b) Reanudación de faenas, por medio del artículo 363 del Código del Trabajo la nueva legislación laboral, introduce un nuevo procedimiento para decretar la reanudación de faenas cuando al producirse una huelga o cierre temporal la empresa, cuando por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes y servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.
- c) Reemplazo de trabajadores en huelga: tras la reforma se estableció la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, ya sea utilizando personal interno o externo, esto se encuentra plasmado en el artículo 345 del Código del Trabajo, consignándose que la infracción a dicha prohibición constituye una práctica desleal grave.
- d) Las adecuaciones necesarias: el artículo 403 inciso segundo letra d) faculta al empleador para modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo de trabajadores.

Esta limitación es considerada un resquicio legal para mantener la posibilidad de reemplazo de trabajadores por parte del empleador, puesto que da cabida a

²¹ Ulloa, M. (2017). *Los límites al Derecho a Huelga en la Ley N°20.940*. Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Santiago de Chile. P.40 y ss.

una serie de interpretaciones, que podrían efectivamente debilitar e incluso ser una grieta a través de la cual se mantenga el reemplazo de trabajadores²².

Existen otras dos limitaciones al derecho a huelga, las que abordaremos en profundidad en los siguientes apartados, dado que guardan directa relación con el problema planteado en el siguiente trabajo, nos referimos a los servicios esenciales y servicios mínimos. Para ello analizaremos en una primera instancia ambas instituciones a la luz de la doctrina de la OIT y sus Órganos de Control. Para luego analizar el tratamiento que se les da en el proyecto de ley, así como su regulación definitiva en el ordenamiento laboral chileno, valorando críticamente la legislación nacional en base a los criterios de la OIT.

1.3 Los Servicios Esenciales y los Servicios Mínimos según la Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo es una agencia de la Organización de Naciones Unidas, de carácter tripartito, en cuanto reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros. Tiene como actividad principal emitir normas internacionales de trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente.²³

La OIT fue creada para mejorar las condiciones de trabajo y promover la libertad sindical en el interior de los diferentes países miembros. De aquí resulta, que las materias tratadas por este organismo no corresponden al dominio reservado de los Estados, así las acciones que la OIT emprende están dentro del mandato que ha recibido de sus miembros con miras a alcanzar los objetivos que le han sido asignados,

²² El Desconcierto. (26 de marzo de 2016). *Carta abierta de académicos* “la reforma laboral es un retroceso en los derechos del mundo sindical”. *El Desconcierto*. Recuperado el 12 de enero de 2018, de <http://www.eldesconcierto.cl/2016/03/26/carta-abierta-de-academicos-la-reforma-laboral-es-un-retroceso-en-los-derechos-del-mundo-sindical/>

²³ Información obtenida desde la página web de la Organización Internacional del Trabajo <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>

sin que pueda considerarse esta labor como una intromisión en los asuntos internos de los Estados.²⁴

Las normas que emite la Organización Internacional del Trabajo se dividen en:

- a) Convenios: que son tratados internacionales sujetos a ratificación por los Estados miembros.
- b) Recomendaciones: que sin ser instrumentos de tipo vinculante, habitualmente versan sobre los mismo temas que los convenios, teniendo como objetivo orientar la política y la acción de cada Estado miembro.

La adhesión de un Estado a la Organización Internacional del Trabajo le impone la obligación de respetar en su legislación los principios de la libertad sindical y los convenios que ha ratificado libremente, así como adecuarse a las recomendaciones que emiten los órganos de administración y control.²⁵

La Organización Internacional del Trabajo por medio de sus Órganos de Administración y Control, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y el Comité de Libertad Sindical han elaborado una nutrida doctrina sobre diversos aspectos de la libertad sindical, dentro de ella se han destinados varios pasajes a tratar los servicios mínimos y servicios esenciales, como una limitación al derecho de huelga.

El Comité de Libertad Sindical a lo largo de los últimos 35 años, ha examinado más de 3.000 quejas por violación de la libertad sindical, y más de 60 países han actuado a instancias de las recomendaciones emitidas por el Comité.²⁶

Es aquí donde radica el valor que tiene la doctrina y soluciones elaboradas por estos Órganos de Control como un parámetro para analizar la nueva normativa laboral nacional, en específico la que regula los servicios mínimos como limite al derecho a

²⁴ Organización Internacional del Trabajo. 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.* (5ªed.). Ginebra. P.7. Recuperado el 10 de enero de 2018 desde https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006_es.pdf

²⁵ *Ibíd.*, P.9

²⁶ Información obtenida desde la Página Web de la OIT <http://www.ilo.org>

huelga, a fin de determinar ¿Si la normativa nacional sobre los servicios mínimos respeta el principio de libertad sindical que se consagran en los Convenios N° 87 y 98? y ¿Si la forma de ejecutarlos que proponen los Órganos de Control es seguida por la normativa laboral interna?

Resulta fundamental no perder de vista en el análisis comparativo que proponemos, que los Convenios de la OIT ratificados por Chile, constituyen un piso mínimo de protección y promoción del ejercicio de los derechos sindicales, sobre el cual se deben generar estándares más elevados de protección, en palabras de Amauri Mascaró Nascimento:

“Lo característico del derecho laboral es que cada una de sus normas marca niveles mínimos de protección. O sea, que nada impide que por encima de esos niveles -que determina el piso pero no el techo de las condiciones de trabajo, se puedan ir aprobando otras normas que mejoren aquellos niveles de protección.”²⁷

Así lo establece también la propia OIT en la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT en su párrafo 22:

“El nivel de protección del ejercicio de los derechos sindicales que se deriva de las disposiciones y principios de los Convenios núms. 87 y 98 constituye un mínimo al que pueden añadirse y es deseable que se añadan otras garantías suplementarias derivadas del sistema constitucional y legal de un país dado, de la tradición en materia de relaciones profesionales, de la acción sindical o de la negociación entre los interesados”.²⁸

²⁷ Mascaró, A. Citado en Plá Rodríguez, A. (1998) *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 3 Ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires. P. 100-101

²⁸ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Op. Cit.* P. 10.

1.3.1 Doctrina de los Órganos de Administración y Control de la OIT respecto a los Servicios Esenciales.

Debemos manejar como base de los principios y reglas establecidos por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos con respecto al derecho de huelga, en primer lugar, la consideración del derecho a huelga como un derecho fundamental, y en segundo lugar, el reconocimiento del carácter general del derecho a huelga de los trabajadores tanto del sector público como del sector privado.

Precisamente como consecuencia del reconocimiento del carácter general del derecho a huelga, es que los Órganos de Control han adoptado un criterio restrictivo respecto a eventuales limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, señalando que cualquiera sea la restricción que pudiese afectar a este derecho, sólo resultaría procedente en situaciones excepcionales y calificadas, las que deben interpretarse a la luz de los convenios de la OIT.

Bajo estos principios, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en aplicaciones de Convenios y Recomendaciones, han entendido que el derecho de huelga puede limitarse o prohibirse sólo en los siguientes casos: ²⁹

- 1) En la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.
- 2) En los servicios esenciales en el sentido estricto del término.
- 3) Se puede decretar la prohibición general de huelgas ante una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada³⁰

Ahora bien, respecto al tema particular de los servicios esenciales, los Órganos de Control de la OIT, los han definido en sentido estricto, como aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. En este sentido es necesario señalar que el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, seguridad o la salud de toda o parte de la población.

²⁹ *Ibíd.*, P.124

³⁰ *Ibíd.*, P.123

De este modo, reconocen que en empresas que presten este tipo de servicios, se justificaría imponer restricciones al derecho de huelga o incluso prohibir a sus trabajadores la posibilidad de declararse en huelga, esto debido a que los efectos de la huelga en empresas que prestan servicios esenciales generan consecuencias que afectan de forma importante a terceros ajenos al conflicto.

Podemos ver que los servicios esenciales constituyen un límite al derecho de huelga, que se justifica por la clase de bienes jurídicos afectados, razón por la cual se instaura una limitación que se determina en base a la ponderación de los derechos en juego, debiendo ceder el derecho a huelga de los sindicatos y trabajadores en favor de los derechos esenciales de toda la población, como lo son la vida, seguridad y salud de las personas.

Debido a que se trata de establecer un equilibrio entre los derechos en conflicto, y no un juego en el que se aniquila el derecho considerado como de menor valor en el caso concreto, es que los Órganos de Control proponen que la prohibición del ejercicio de huelga, deba siempre ir acompañada de garantías compensatorias, como la conciliación, mediación y arbitraje, a fin de que los trabajadores afectados, vean subsanado la prohibición de utilizar la principal herramienta con la que cuentan para promover y defender sus intereses económicos y sociales. Dicho de otro modo, *“Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios”*.³¹

La OIT establece que, *“La índole de las «garantías apropiadas» en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas*

³¹ *Ibíd.*, P.126

*las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente.*³²

Volviendo al tema de la determinación de los servicios esenciales, resulta preciso señalar que la Comisión de Libertad Sindical ha establecido de forma reiterada, que lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto, depende en gran medida de las condiciones propias de cada país.

Así por ejemplo, puede suceder que la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en las que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población. De este modo, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo podría ocasionar más rápidamente graves perturbaciones en una isla, que depende en gran parte de esos servicios para el suministro de productos básicos a su población, que en un país continental.³³

Por otra parte, es necesario señalar que el concepto de servicio esencial en sentido estricto no es absoluto, puesto que un servicio no esencial, puede convertirse en servicio esencial, cuando la duración de una huelga rebasa cierto período de tiempo o cierto alcance geográfico y pone así en peligro la vida, la seguridad de las personas o la salud de toda o parte de la población.

Para explicar este punto se suele utilizar el ejemplo de la huelga ejercida por trabajadores de empresas de recolección de basura, puesto que este servicio no puede ser calificado desde el inicio de la huelga como un servicio esencial en sentido estricto, atendido que el suspender el retiro de basura por un tiempo acotado no genera riesgos para la vida, para la salud, ni la seguridad de la población, pero si se transformaría en un servicio esencial, si la duración de la huelga fuera muy extensa, puesto que la basura acumulada se transformaría en un foco de infecciones, que afectaría la vida, la salud y la seguridad de la población.

³² *Ibíd.*, P.126

³³ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.22

La OIT por medio de sus Órganos de Control, ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto, en los que por ende el derecho a huelga podría ser objeto de restricciones importantes o incluso su prohibido³⁴:

- a) el sector hospitalario.
- b) los servicios de electricidad.
- c) los servicios de abastecimiento de agua.
- d) los servicios telefónicos.
- e) el control de tráfico aéreo.

Demás estar decir que este listado no representa una enumeración taxativa de servicios esenciales, sino más bien una lista de aquellos que normalmente detentan ese carácter.

Finalmente, citamos el párrafo N° 592 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT del año 2006, del cual consideramos se desprende una importante y férrea defensa al derecho a huelga, por cuanto no admite como servicios esenciales aquellas actividades que se vean perjudicadas a consecuencia del desarrollo de una huelga legítima. Este párrafo dispone:

*“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», y por ende debería mantenerse el derecho de huelga en el mismo”.*³⁵

³⁴ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Op. Cit.* P. 126

³⁵ *Ibíd.*, P.128

1.3.2 Doctrina de los Órganos de Control de la OIT respecto a Servicios Mínimos.

Previo a analizar la institución de los servicios mínimos, lo primero que se debe decir es que entre los servicios esenciales y los servicios mínimos, es que existe entre ellos una vinculación de causalidad. Dicha vinculación se produce al momento de calificar un servicio como esencial, pues frente a ello existe la posibilidad de prohibir la huelga o por otro lado limitar el derecho a huelga a través de la fijación de servicios mínimos.

Tal como se señaló en el apartado anterior, los servicios esenciales se determinan en base a la existencia de una amenaza evidente e inminente respecto a la vida, la seguridad o salud de las personas, razón por la cual en dichos casos se admite una limitación o incluso prohibición del derecho a huelga, debido a que pese a ser un derecho fundamental, este debe interactuar en el ordenamiento jurídico con una serie de otros derechos, debiendo ceder en determinadas ocasiones.

Ahora bien, los servicios mínimos pueden ser definidos como:

*“Aquellas prestaciones que deben ser mantenidas indefectiblemente, dado que, no consienten interrupción o preterición alguna, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en pugna con el derecho de huelga”.*³⁶

O sea, los servicios mínimos son un instrumento a través del cual se materializa la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha determinado que considera aceptable el servicio mínimo como una solución apropiada frente a la prohibición total de la huelga, 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.³⁷

³⁶ Tribuzio, J. Op. Cit., P. 83

³⁷ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.23

Concretamente, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo procede en:³⁸

- a) Aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término).
 - b) En aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto, en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda.
 - c) En servicios públicos de importancia trascendental.
 - d) Para determinar cuándo procede el establecimiento de servicios mínimos, a la luz de los principios propugnados por los Órganos de Control de la OIT, es necesario diferenciar entre los servicios mínimos de seguridad y los servicios mínimos de funcionamiento.
- a) Servicios Mínimos de Seguridad: son aquellos que tienen como fin hacer respetar la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las instalaciones. El Comité de Libertad Sindical señala que es aceptable imponer esta clase de servicios mínimos en todos los casos de huelga.³⁹
 - b) Servicios mínimos de funcionamiento: son aquellos que buscan mantener hasta cierto punto la producción de la empresa o institución donde se produce la huelga. Este tipo de servicios mínimos tiene una aplicación mucho más restringida, el Comité ha estimado que solo debería ser posible en:
 - i. Servicios esenciales en sentido estricto.
 - ii. Servicios no esenciales, en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro.

³⁸ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Op. Cit.* P. 131

³⁹ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. *Op. Cit.*, P.31

- iii. Servicios Públicos de importancia trascendental, a modo de ejemplo: servicio de transbordadores de una isla, servicios de una empresa portuaria, servicio de subterráneos, los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, los bancos, entre otros.

En este punto resulta fundamental señalar que los servicios mínimos de funcionamiento no buscan alcanzar un nivel de rendimiento habitual ni acercarse a su funcionamiento normal, sino que sólo lo estrictamente necesario para cumplir con las finalidades detalladas en el punto anterior, al respecto Pérez Rey sostiene:

“Aunque los servicios mínimos no alteran la naturaleza del trabajo prestado, éste deja de responder a la lógica del sinalagma contractual; en este caso el intercambio de trabajo por salario se pone al servicio de la protección de los derechos fundamentales afectados por la huelga en los servicios esenciales, que constituye la finalidad última que justifica la imposición de servicios mínimos.”⁴⁰

Por lo tanto, las prestaciones que se realizan con ocasión de los servicios mínimos de funcionamiento, no se encuentran destinadas a satisfacer los intereses del empleador ni el empresario, sino que a mantener la continuidad de la actividad en orden a asegurar necesidades vitales de las personas.

1.3.3 Parámetros de la OIT para una correcta Calificación de los Servicios Mínimos.

Los Órganos de Control de la OIT han insistido en la importancia de que los supuestos normativos que hacen procedente los servicios mínimos, sean determinado de forma clara, sean conocidas a su debido tiempo por los interesados y se apliquen estrictamente.⁴¹

⁴⁰ PÉREZ REY, J. citado en BAYLOS, A. (2005). *Estudios sobre la huelga*. Albacete. Editorial Bomarzo. P. 205

⁴¹ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.32.

Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio tampoco pueden serlo. Es por ello que en cada caso particular se deberá efectuar un análisis de la actividad o servicio de que se trate y evaluar la proporcionalidad de los servicios mínimos, en atención a las circunstancias particulares del conflicto, ya que esta institución laboral no puede ser transformada en un instrumento de menoscabo del derecho de huelga, según han hecho hincapié los órganos de la OIT.⁴²

Los servicios mínimos apuntan a proteger derechos fundamentales trascendentales, y dado que la huelga también es un derecho fundamental, se debe procurar que el alcance de la calificación de los servicios mínimos no tenga por resultado la inoperancia de la huelga, es decir, no puede afectar la esencia del derecho a huelga.

Teniendo en cuenta que en la calificación de los servicios mínimos se debe velar por la protección de los derechos fundamentales de la sociedad y el derecho fundamental a huelga de los sindicatos, en caso de existir divergencias entre las partes en cuanto al número de personas y a las ocupaciones que deben componer el servicio mínimo, el Comité señala que, *“la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el ministerio de trabajo”*⁴³

Precisamente, con respecto al procedimiento de calificación de los servicios mínimos y con el fin de que no se produzcan situaciones que afecten la esencia del derecho a huelga, el Comité de Libertad Sindical señala como debe ser este procedimiento, sosteniendo que:

“Debe ser un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos es o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que

⁴²Castro, D. (2017). *Servicios Esenciales y servicios mínimos como límite al ejercicio del derecho a huelga en Chile*. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol (5). P. 9

⁴³ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.32

*tuvieron las acciones de huelga”.*⁴⁴

A modo de resumen, en base a la doctrina de los órganos de control de la OIT, consideramos necesario para realizar la calificación de los servicios mínimos, se tengan en cuenta los siguientes parámetros:

- i. La determinación clara y previa de los supuestos normativos por los que proceden, debiendo aplicarse estrictamente.
- ii. La calificación debe respetar los derechos fundamentales, realizando una ponderación entre ellos, en cada caso concreto
- iii. Su determinación no puede afectar la esencia del derecho a huelga, de modo que impida su ejercicio o la vuelva inoperante.
- iv. En caso de existir divergencias entre las partes, la ley debe contemplar que la disputa sea resuelta por un órgano independiente e imparcial.

1.4 Regulación de los Servicios Esenciales en la Ley 20.940.

La legislación nacional regula los servicios esenciales en dos cuerpos normativos diferentes, así el artículo 19 N°16 de la Constitución de la República establece:

Artículo 19 N°16: 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.

Por su parte, el actual artículo 362 del Código del Trabajo que regula esta temática, se limita a replicar lo consagrado en la Carta Fundamental, la misma cuestión ocurría con el antiguo artículo 384 del Código del Trabajo establecía.

⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Op. Cit.* P.133

De este modo, las empresas que prestan servicios esenciales, también llamadas empresas estratégicas, siguen siendo determinadas bajo el mismo criterio, no podrán declararse en huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea sus naturaleza, finalidad o función, que atiendan:

- a) Servicios de utilidad pública.
- b) Servicios cuya paralización cause grave daño a la salud.
- c) Servicios cuya paralización cause grave daño a la economía.
- d) Servicios cuya paralización cause grave daño al abastecimiento de la población.
- e) Servicios cuya paralización cause grave daño a la seguridad nacional.

Ahora bien, respecto de la determinación de la determinación de los servicios esenciales, la reforma se limitó a modificar ciertos aspectos del procedimiento de calificación de las empresas estratégicas, los cuales se reducen a:

1. Se estableció que la calificación de las empresas estratégicas se realizará cada dos años dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, mientras que antes dicha calificación se realizaba anualmente.
2. La calificación antes a la reforma era realizada de oficio por los ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo. Mientras que en la actualidad el artículo 362 inciso segundo establece que la calificación de las empresas que prestan servicios esenciales, se inicia por solicitud fundada de parte.
3. La incorporación de una reclamación judicial respecto a la calificación de las empresas sin derecho a huelga, la cual deberá realizarse ante la Corte de Apelaciones en virtud del procedimiento descrito en el artículo 402 del Código del Trabajo, la que puede ser deducida por la empresa o los afectados, es decir, los trabajadores.

Como podemos observar pese a las constantes solicitudes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones⁴⁵, en donde establecían

⁴⁵ En solicitud directa:

que los términos del artículo 384 del antiguo Código del Trabajo Chileno excedía por mucho el ámbito de restricción permisible, con respecto a la institución de los servicios esenciales. La reforma laboral, decidió no hacerse cargo de esas solicitudes directas, y de este modo no ajustar su contenido a los estándares de la OIT, que recordemos restringe la prohibición de huelga únicamente a los servicios esenciales en sentido estricto, es decir, aquellos cuya interrupción podrían poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y los funcionarios públicos que ejercen autoridad.

Al día de hoy, subsisten en nuestra legislación dos de las principales falencias en el tratamiento de los servicios esenciales, lo que acarrea una limitación extra del derecho a huelga. La primera falencia, se produce debido a que la norma sigue conteniendo causales que incluyen un mayor número de supuestos que los recomendados por la OIT, tales como la utilidad pública y daño a la economía. La segunda falencia dice relación con que la legislación laboral sigue prefiriendo como mecanismo de limitación del derecho a huelga, la prohibición de su ejercicio, pese a la existencia de herramientas menos gravosas para los trabajadores, como por ejemplo, la determinación de servicios mínimos.

1.5 Regulación de los Servicios Mínimos en la Ley 20.940

Si bien antes de la nueva ley, los servicios mínimos se encontraban consagrados en la legislación laboral, su aplicación era absolutamente marginal, debido a que existía la facultad de los empleadores para poder reemplazar a los trabajadores en huelga.

Por ésta razón, analizar la antigua normativa, no aporta a la finalidad de determinar si la legislación laboral post reforma se ha vuelto más o menos protectora respecto a los derechos de los trabajadores, y en específico el derecho a huelga.

A priori lo único que válidamente se puede concluir, es que la normativa laboral tras la reforma introducida por la ley 20.940, ha eliminado una figura que afectaba en su

2001b disponible en: <http://bcn.cl/1qy0y>

2002a disponible en <http://bcn.cl/1qy5w>

2013a disponible en <http://bcn.cl/1qybf>

esencia el derecho fundamental de huelga, *-el reemplazo de trabajadores en huelga-*, y en su lugar se han establecido servicios mínimos.

La institución de los servicios mínimos se encuentran consagrada en el Libro IV del Código del Trabajo que trata la “Negociación Colectiva”, en su Título IV que regula el “Procedimiento de negociación colectiva reglada”, el que contiene el Capítulo VII denominado “Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga”.

En efecto, el capítulo VII regula dos de las principales instituciones que restringen el derecho a huelga, a saber, los denominados servicios mínimos y la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga, por ser consideradas estratégicas.

El artículo 359 inciso primero del Código del Trabajo, respecto de los servicios mínimos, establece que:

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

De este modo, podemos observar como el legislador le impone a los sindicatos la obligación de proveer el personal necesario a su empleador para atender los servicios mínimos.

Los supuestos normativos establecidos por el legislador, han sido agrupados en tres categorías diferentes de servicios mínimos tanto por la jurisprudencia administrativa

de la Dirección del Trabajo⁴⁶ como por parte de la doctrina nacional, a saber los servicios mínimos de seguridad, los servicios mínimos de funcionamiento y los servicios mínimos para prevenir daños ambientales y sanitarios.

- a) Servicios mínimos de seguridad: son aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión, estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes.

El profesor Lizama, nos entrega explicaciones y ejemplos de cada categoría que resultan bastante ilustrativos.⁴⁷

Con respecto a la protección de los bienes corporales e instalaciones de la empresa señala se trata de evitar daños que puedan afectar:

- la infraestructura física de la empresa por falta de vigilancia o cuidado durante la huelga, por ejemplo ante la ausencia de guardias de seguridad.
- los bienes corporales de la empresa por la imposibilidad de mantenerlos funcionando, por ejemplo ante la falta de personal que pueda ejecutar operaciones programadas de mantención para que los equipos y maquinarias continúen funcionando adecuadamente una vez concluida la huelga.
- La ocurrencia de accidentes, se refiere a accidentes que pudieren afectar la integridad física o psíquica de los trabajadores que han decidido no unirse a la huelga, o bien a terceros que concurran a la empresa durante el desarrollo de ésta. Establece como ejemplo la falta de trabajadores a cargo de efectuar reparaciones impostergables en maquinarias o equipos.

⁴⁶ Dirección Nacional del Trabajo. (2016). *Dictamen Ordinario N° 5346/92 Que informa respecto del 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*. Santiago, Chile

⁴⁷ Los ejemplos entregados en el análisis de los supuestos normativos consagrados en el artículo 359 del Código del Trabajo, fueron extraídos de Lizama, L. (2016). *La Reforma Laboral explicada y comentada*. Ediciones Luis Lizama & Cía. Abogados. P.137-159.

b) Servicios mínimos de funcionamiento: aquellos que están destinados a atender funciones tareas, procesos o áreas de gestión estrictamente necesario para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas

Recurriendo nuevamente a los ejemplos entregados por profesor Lizama, este señala que:

- Los servicios de utilidad pública son aquellos cuya finalidad es procurar un beneficio a toda la comunidad y cuya falta afecta a todo o parte de la población, estableciendo como ejemplo la falta de trabajadores en empresas donde se suministra agua potable, electricidad gas o telefonía.
- Las necesidades básicas de la población son el supuesto más amplio, en las que se incluye aquellas necesidades asociadas a
 - la vida la que no se ve cubierta cuando falta personal para atender a un herido grave en una urgencia
 - la seguridad, la que se ve afectada cuando debido a la falta de personal en un banco se hackean cuentas de los clientes
 - la salud, la que no se ve cubierta cuando falta el personal necesario para la atención de pacientes internados en un centro de salud.

c) Servicios Mínimos para prevenir daños ambientales o sanitarios: son aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicios, estrictamente necesarios para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

Los ejemplos planteados por el profesor Lizama son: i) ante la falta de personal no se recolecta la basura por semanas y se acumula en las calles, produciendo un daño sanitario; ii) como consecuencia de una huelga, los salmones de una empresa no son alimentados y se mueren provocando un daño ambiental.

1.6 Análisis comparativo del tratamiento dado a los Servicios Mínimos por los Órganos de Control de la OIT y la Ley 20.940.

Consideramos fundamental, tras haber estudiado la doctrina de la OIT y la regulación nacional respecto de la institución de los servicios mínimos, responder a las preguntas ¿Nuestra normativa se encuentra en sintonía con los parámetros entregados por la OIT entorno a los servicios mínimos? ¿La regulación nacional de esta institución respeta el contenido esencial de la libertad sindical y el derecho de huelga?

Lo primero que debemos establecer es que nuestra legislación se aparta de los criterios establecidos por la OIT respecto a la conceptualización, finalidad y las causales de procedencia de los servicios mínimos.

La OIT conceptualiza los servicios mínimos como un mecanismo alternativo a la prohibición del ejercicio del derecho a huelga en las empresas que prestan servicios esenciales, los que tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales a la vida, seguridad y salud de la población, sin atender a los intereses productivos del empleador.

Mientras que el legislador nacional entiende los servicios mínimos como una carga que debe cumplir el sindicato al momento de declararse en huelga, independiente que el servicio que preste la empresa no se esencial en sentido estricto, protegiendo intereses más difusos por considerar supuestos mucho más amplios que los recogidos por el ente internacional.

Daremos cuenta de estas diferencias normativas que alejan a la legislación nacional de los parámetros internacionales, analizando las hipótesis contenidas en la nueva normativa con respecto a la procedencia de los servicios mínimos:

El artículo 359 del Código del Trabajo, señala:

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

necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

El primer supuesto normativo establece la procedencia de servicios mínimos *necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa*, dicho supuesto ha sido catalogado por una serie de académicos como una invención chilena que no existe en ningún otro lugar del mundo⁴⁸, en vista de que impone a los trabajadores huelguista el deber de ejercer su derecho a huelga, proveyendo desde sus filas el personal necesario para proteger los bienes corporales e instalaciones del empleador.

Con respecto a esta primera hipótesis consideramos que le asisten las siguientes críticas:

i) La forma en que está redactado es deficiente, en cuanto es extremadamente amplia, pues señala “bienes corporales e instalaciones de la empresa”, lo que implica bienes muebles e inmuebles, con y sin importancia en la producción o funcionamiento de la empresa, es decir, se le brinda una protección prácticamente absoluta a los bienes del empleador. Esta primera hipótesis también es vaga, debido a que no establece qué tipo de daño se busca evitar, lo que podría generar que se instaurara la obligación a los trabajadores huelguistas de prestar servicios mínimos y equipos de emergencia, para proteger bienes sin relevancia para la producción e incluso si el daño al que se exponen a sufrir sea reparable y futuro. Esta situación es completamente distinta a lo que ocurría con la norma que contenía el antiguo artículo 380, en donde se acotaba el tipo de daño que debían evitar los servicios mínimos, estableciendo “daños actuales e irreparables”, lo que nos demuestra que el ejecutivo y los parlamentarios decidieron no hacer mención a ese requisito.

⁴⁸ El Desconcierto. (26 de marzo de 2016). *Carta abierta de académicos “la reforma laboral es un retroceso en los derechos del mundo sindical”*. *El Desconcierto*. Recuperado el 12 de enero de 2018, de <http://www.eldesconcierto.cl/2016/03/26/carta-abierta-de-academicos-la-reforma-laboral-es-un-retroceso-en-los-derechos-del-mundo-sindical/>

ii) El deber de prestar servicios mínimos necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa, no guarda relación alguna con la regulación de los Órganos de Control de la OIT, que consideran aceptable imponer en todos los casos de huelga servicios mínimos de seguridad enfocados en la seguridad de aquellos trabajadores no huelguistas que siguen prestando sus servicios, y en la necesidad proteger las instalaciones que representan la fuente laboral, pero no para la protección de los bienes del empleador. A nuestro parecer el legislador al establecer esta causal, buscó dar una protección absoluta a los bienes de la empresa, lo que queda patente debido a la existencia del segundo supuesto normativo de seguridad, pues recién aquí el legislador señala que los sindicatos deben proveer el personal destinado a atender servicios mínimos *para prevenir accidentes* y así proteger a los trabajadores.

En resumen, consideramos que el establecimiento de servicios mínimos con miras a proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa, en la forma en la que se ha establecido en el artículo 359 del Código del Trabajo, es atentatorio contra la esencia del derecho fundamental de huelga como medio de presión para defender sus derechos e intereses, puesto que el legislador limita uno de los fines de la huelga que es paralizar la producción y prestación de servicios de la empresa, para poner en riesgo la economía del empleador, y de este modo ante la eventualidad de afectación de su patrimonio, negociar en igualdad de condiciones.

Analizando la tercera hipótesis legal establecida en el artículo 359 del Código del Trabajo, que sostiene que la comisión sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, nos percatamos que se incurre en un error legislativo grave, debido a que el artículo 362 del Código del Trabajo, que regula la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga, contiene exactamente el mismo supuesto normativo, pero respecto de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga. Es decir, ante una misma situación, se establecen consecuencias diametralmente opuestas, puesto que mientras en el artículo 362 se prohíbe el ejercicio de huelga, en el artículo 359 se permite el ejercicio,

pero con la obligación de prestar servicios mínimos. Lo que nos demuestra la confusión del legislador respecto a la institución de los servicios mínimos y servicios esenciales.

Con respecto al cuarto supuesto normativo en el que señala la obligación de proveer servicios mínimos para satisfacer las necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud e las personas, consideramos que es la única hipótesis legal que se enmarca dentro de la regulación emanada de los Órganos de Control de la OIT respecto de las limitaciones al derecho a huelga, sin embargo, en este mismo supuesto se incurre en una ampliación de las hipótesis donde proceden los servicios mínimos, debido a que el concepto “necesidades básicas de la población” hace aún más amplio e inexacto el concepto de servicios mínimos, dejando la puerta abierta por medio de esta expresión, para que cualquier servicio que se ocupe diariamente sea considerado como una necesidad básica de la población.

Finalmente, el último supuesto normativo dice relación con la prestación de servicios mínimos con el fin de evitar daños ambientales y sanitarios, hipótesis legal que también excede el límite impuesto por la OIT, respecto a los servicios esenciales en sentido estricto. Sin embargo, dicha hipótesis puede requerir servicios mínimos siempre y cuando se den las condiciones necesarias para considerar que la duración o extensión de la huelga, podría generar un riesgo ambiental o sanitario, que ponga en peligro la vida, seguridad, o salud de toda o parte de la población.

Debemos hacer hincapié en señalar que los servicios mínimos, no buscan bajo ningún supuesto proteger el patrimonio del empleador, ni tampoco mantener el funcionamiento normal de la empresa, puesto que si así fuera, se estaría afectando, la esencia del derecho a huelga, dado que precisamente, a través de ésta se busca poner en jaque al empleador por medio de las eventuales consecuencias económicas que una paralización en las faenas de producción o prestación de servicios pueda ocasionar en su patrimonio.

En esta misma línea Patricia Roa, miembro del equipo de trabajo de la OIT Cono Sur, en medio de la discusión de la Ley 20.940, aseguró “*La naturaleza de estos servicios*

*mínimos no es para que la empresa siga produciendo, sino que son servicios que prevén cautelar la seguridad y salud de los trabajadores en la propia empresa”.*⁴⁹

De lo dicho hasta aquí, y en respuesta a la segunda pregunta planteada al inicio de este apartado, podemos señalar que, respecto a las falencias que contiene la regulación laboral chilena en torno a los servicios mínimos, su no concordancia con los criterios consagrados por los Órganos de Control de la OIT, puede generar una afectación al principio de libertad sindical, en vista de la amplitud con los que son establecidos. Una forma de revertir o impedir dichos efectos es la intervención de un ente imparcial, que resuelva ante la disconformidad de una de las partes respecto de la calificación que de ellos haga la administración.

Frente a lo anterior, coincidimos con la OIT en cuanto dispone que es procedente y necesario el conocimiento judicial de la calificación de los servicios mínimos, cuando existan opiniones divergentes entre las partes, dado que será necesario ponderar los derechos fundamentales en pugna, buscando no limitarlos al punto de vulnerar su esencia o hacer imposible su ejercicio.

El objetivo de esta intervención judicial ante la reclamación de la calificación de servicios mínimos, es que sean los tribunales de justicia los que determinen y resguarden, por una parte los derechos fundamentales a la vida, seguridad y salud de la sociedad, y por la otra que el derecho a huelga de los trabajadores y sindicatos no será afectado en su esencia, logrando así dar efectividad y vigencia al principio de libertad sindical en las relaciones de trabajo y en la negociación colectiva.

⁴⁹ Bertoni, P. (21 de octubre de 2015). *OIT asegura que servicios mínimos no son para garantizar funcionamiento de la empresa*. Revista Pulso. Recuperado el 16 de febrero de 2018 desde <http://www.pulso.cl/economia-dinero/oit-asegura-que-servicios-minimos-no-son-para-garantizar-funcionamiento-de-la-empresa/>

Capítulo II

Procedimiento de Calificación de los Servicios Mínimos.

2.1 Características del Procedimiento de Calificación de los Servicios Mínimos.

Cuando el legislador laboral establece lo que debe entenderse por servicios mínimos, en el artículo 359 del Código del Trabajo, lo primero que señala es que éstos no pueden afectar la esencia del derecho a huelga, lo que guarda total armonía con el tratamiento que venimos desarrollando de la huelga como derecho fundamental.

El procedimiento de calificación de los servicios mínimos se encuentra consagrado en el artículo 360 de Código del Trabajo, y ha sido caracterizado por la Dirección del Trabajo como un procedimiento bilateral y eminentemente técnico.

Es bilateral, en cuanto su calificación debe establecerse mediante acuerdo entre el empleador y el o los sindicatos existentes en la empresa. Es el empleador el llamado a iniciar el acuerdo, a través de la remisión de una propuesta a todos los sindicatos existentes en la empresa, quienes tendrán la posibilidad de responder dentro de 15 días. El legislador fija un plazo de 30 días para alcanzar el acuerdo, de lo que se desprende la posibilidad de que las partes puedan intercambiar ofertas en más de una oportunidad.

Dicha bilateralidad, se refleja también en la eventual etapa administrativa de calificación de servicios mínimos, puesto que el legislador establece que la Dirección Regional del Trabajo para calificar los servicios mínimos deberá oír a las partes.

Ahora bien, el carácter técnico del procedimiento dice relación con la necesidad de que la calificación se base en argumentos de este tipo. Esta característica se desprende del inciso décimo del artículo 360 del Código del Trabajo que establece “recibido el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Consideramos que este requerimiento del legislador se establece en contraposición a los argumentos de

carácter político, social y económico que mueven las reivindicaciones que se defienden en la negociación colectiva.

La calificación de servicios mínimos se debe desarrollar antes de iniciarse la negociación colectiva, lo que denota nuevamente la intención del legislador de separar ambos procesos, a fin de que las partes puedan negociar el establecimiento de los servicios mínimos con la perspectiva y serenidad necesarias.

La última característica, se encuentra en la parte final del inciso primero del artículo 359, que establece que deberán considerarse para la determinación de los servicios mínimos los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

En conclusión, el procedimiento de calificación de servicios mínimos tiene por características:

1. la prohibición de afectar la esencia del derecho a huelga.
2. Su bilateralidad
3. su carácter eminentemente técnico
4. su desarrollo previo a la negociación colectiva
5. debe considerar el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

2.2 Oportunidad para realizar la Calificación de Servicios Mínimos.

El artículo 360 señala que los servicios mínimos y equipos de emergencia deben ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva. En este mismo sentido la Comisión de Expertos de la OIT, ha reconocido la conveniencia de que las negociaciones sobre la definición y la organización de los servicios mínimos no se realicen durante el desarrollo de los conflictos de trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesaria.⁵⁰

⁵⁰ La distancia temporal entre ambos procesos es propuesta por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en los siguientes términos: "Sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y organización de los servicios mínimos no se celebraran durante los conflictos del trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la

La oportunidad legal establecida para calificar los servicios mínimos, no ha estado exenta de críticas, pues hay quienes han señalado que celebrar la calificación con tanta anticipación, genera la idea que el empleador tiene todo dispuesto y preparado para aceptar una huelga, lo que transmitiría un mensaje erróneo a los sindicatos, generando un clima poco propicio para llegar a un acuerdo durante la negociación colectiva.

Mientras otros han considerado que la anticipación planteada por el legislador para calificar los servicios mínimos, “resulta ser vulneratoria de derechos fundamentales, en cuanto restringe el ejercicio de la huelga anticipadamente a cualquier colisión de derechos que pudiese verificarse en los hechos. Ello porque la norma contiene una calificación genérica de actividades en abstracto sin atender a las circunstancias y características particulares de cada conflicto en concreto, pudiendo suceder, incluso, que, habiéndose hecha efectiva la huelga, ésta no fuere de una duración o extensión relevantes que hagan necesaria la imposición de limitación alguna, en cuyo caso el instituto de los servicios mínimos resultaría improcedente por innecesario.”⁵¹

2.3 Plazos del Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos.⁵²

Los plazos que regulan el procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, son de dos tipos plazos legales y plazos administrativos.

Los plazos legales se encuentran regulados en el artículo 312 del Código del Trabajo, el que establece dos reglas, la primera es que los plazos son de días corridos, y la segunda que cuando un plazo venciere en día sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado hasta el día hábil siguiente.

perspectiva y serenidad necesarias”. (OIT, 1994a, párrafo 161) Citado en Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.33

⁵¹ Castro, D. (2017). Op. Cit., P.21

⁵² Información obtenida de: Dirección del Trabajo. *Orden de Servicio N°1 que imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia* (2017). P.8

Mientras que los plazos administrativos, que son los que se han fijado para la realización de los trámites y actuaciones de la administración, se regirán por lo dispuesto en la ley 19.880, de modo que serán de días hábiles contabilizados de lunes a viernes.

2.4 Duración de los Servicios Mínimos.

Si bien no se ha señalado un plazo de vigencia máximo o mínimo de los servicios mínimos, el legislador sí fijó en el artículo 359 inciso 3° del Código del Trabajo que *“Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados”*. Su extensión temporal está en directa relación con la duración de la huelga, que es donde tiene lugar, y con los fines que persigue. De esta forma, mientras subsista la huelga y la posibilidad de que la paralización produzca los efectos perjudiciales que buscan evitar, deberán mantenerse los servicios mínimos a fin de no afectar otros derechos.

2.5 Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos.

El procedimiento de calificación de servicios mínimos se encuentra regulado en el artículo 360 del Código del Trabajo. En la siguiente figura, se puede observar las distintas etapas que puede enfrentar la calificación.

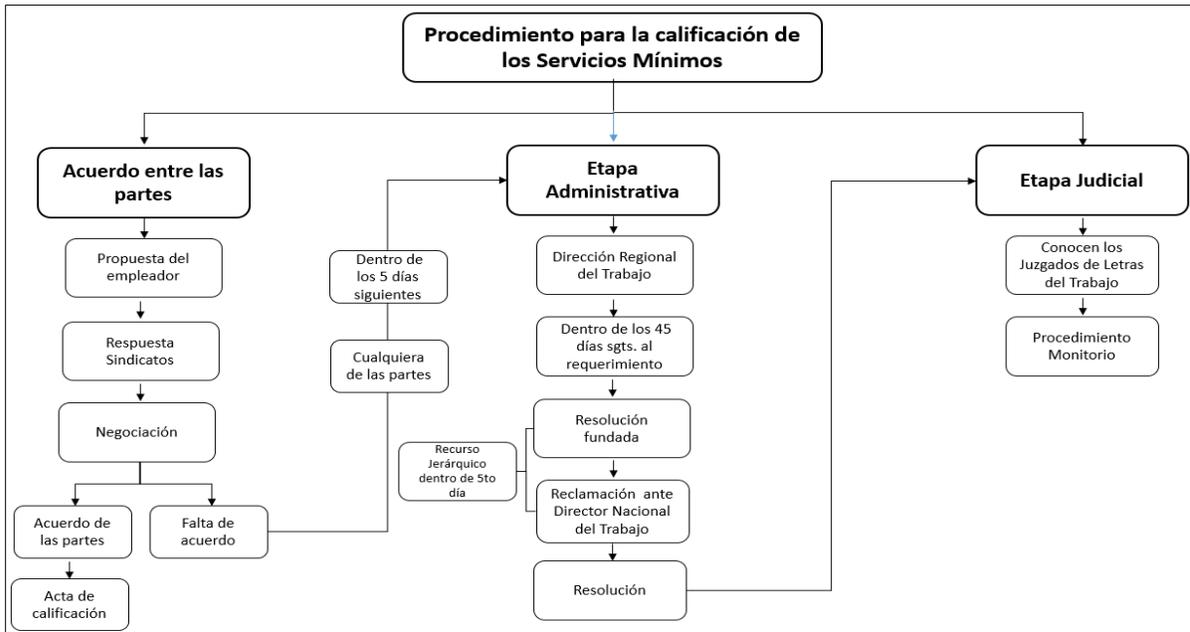


Figura 1 Procedimiento de Calificación de Servicios Mínimos

Como se observa de la Figura 1, el procedimiento de calificación de Servicios Mínimos contempla el desarrollo de tres etapas. La primera de ellas es la etapa de acuerdo entre las partes, la cual se inicia por medio de la propuesta del empleador y culmina, ya sea, por la suscripción del acta de acuerdo o el vencimiento del plazo sin alcanzarlo. La segunda etapa es la administrativa, la que se inicia a petición de parte, una vez que haya fracasado la posibilidad de llegar a acuerdo en la etapa anterior, esta fase se sustancia ante la Dirección Regional del Trabajo quien debe emitir una resolución fundada calificando los servicios mínimos. Cualquiera de las partes puede impugnar dicha resolución ante la Dirección Nacional del Trabajo por medio del recurso jerárquico establecido en el artículo 360 inciso 11°. La tercera etapa es la controvertida etapa judicial, la cual para quienes siguen la tesis de la existencia de un control judicial estiman debe desarrollarse ante los Juzgados de Letras del Trabajo.

2.5.1 Calificación de Servicios Mínimos realizada por acuerdo entre empleador y sindicatos.⁵³

La calificación realizada por acuerdo entre empleador y sindicatos consta de 3 fases:

1. Primera fase: Propuesta del empleador:

El artículo 360 inciso tercero señala que el empleador deberá proponer por escrito a todos los sindicatos existente en la empresa su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia para la empresa. Es decir, es el empleador el que tiene la obligación de iniciar el procedimiento con una anticipación de a lo menos ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente.

Esta propuesta debe:

1. **Debe ser formulada por escrito.**
2. **Debe ser general**, es decir, debe comprender la calificación de los servicios mínimos de toda la empresa incluyendo todos los establecimientos o faenas, que estime pertinentes de ser calificados. Y asimismo debe ser informada a todos los sindicatos existentes en la empresa.

Ahora, si bien el texto legal nada dice respecto a la forma o el medio por el cual debe ser comunicada la propuesta del empleador a los sindicatos, la Dirección del Trabajo señala que:

“Se entenderá que el empleador ha cumplido con informar su propuesta a todos los sindicatos existentes en la empresa, si la comunica, a través de carta o correo electrónico, a todos los sindicatos que mantienen un instrumento colectivo vigente y a los que sin mantener un contrato colectivo vigente hubieren cumplido con algunas de las comunicaciones del artículo 225 del Código del Trabajo o hubieren requerido del empleador deducir de las

⁵³ El desarrollo del procedimiento de calificación de servicios mínimos que proponemos, se hizo en base a: i) La regulación legal establecida en el artículo 360 del Código del Trabajo, ii) La Orden de Servicio N°1 de la Dirección del Trabajo que imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia, iii) Guía de Negociación Colectiva 2017 de la Dirección del Trabajo, recuperada el 5 de febrero de 2018 desde http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-111529_recurso_1.pdf

remuneraciones de sus afiliados la cuota sindical de conformidad al artículo 262 de este mismo cuerpo legal”.⁵⁴

3. **Debe registrarse ante la Dirección del Trabajo:** el empleador deberá remitir copia de la propuesta a la Inspección del Trabajo.
4. **Debe ser oportuna,** el empleador debe comunicar su propuesta de servicios mínimos a los sindicatos existentes en la empresa, pero para saber el plazo dentro del cual lo deber realizar, debe distinguir, primero si existen o no sindicatos en la empresa, y luego si estos sindicatos cuentan o no con instrumentos colectivos vigentes.

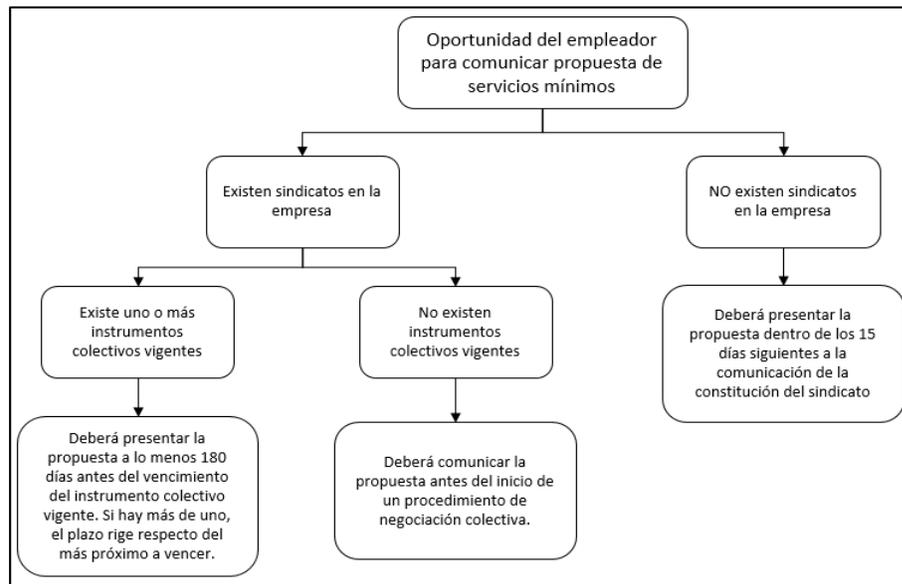


Figura 2 Oportunidad del Empleador para Comunicar Propuesta de Servicios Mínimos

Así, si en la empresa hay sindicatos con instrumentos colectivos vigentes, la propuesta deberá comunicarse, a lo menos, ciento ochenta días antes del vencimiento del instrumento colectivo, y en caso de existir más de uno, el plazo se cuenta desde el que se encuentre más próximo a vencer.

⁵⁴ Dirección del Trabajo (2017). *Guía de Negociación Colectiva 2017*, Chile. Recuperada el 5 de febrero de 2018 desde http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-111529_recurso_1.pdf

Ahora si al interior de la empresa hay un sindicato sin instrumento colectivo vigente, el empleador deberá comunicar la propuesta antes del inicio de un procedimiento de negociación colectiva.

Finalmente ante la última hipótesis, es decir que no existan sindicatos, el empleador tiene la obligación de formular su propuesta dentro de los quince días siguientes a la comunicación de la constitución del sindicato, efectuada de conformidad al artículo 225 del Código del Trabajo, plazo durante el cual no se podrá iniciar la negociación colectiva. Habiéndose formulado el requerimiento por parte del empleador, tampoco se podrá iniciar la negociación colectiva en tanto no estén calificados los servicios mínimos y equipos de emergencia.

2. Segunda Fase: Respuesta del Sindicato.

La respuesta del sindicato se encuentra regulada en el inciso quinto del artículo 360 del Código del Trabajo, el que establece que recibida la propuesta del empleador, los sindicatos tendrán un plazo de quince días para responder, en forma conjunta o separada.

La respuesta del sindicato deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. **Debe ser formulada por escrito**, pese a que la norma no dice expresamente que deba realizarse por escrito, la Dirección del Trabajo por medio del Dictamen Ordinario N°5346/92, ha establecido este requisito.
2. **Debe ser oportuna**, los sindicatos cuentan con un plazo de 15 días para responder la propuesta del empleador, en forma conjunta o separada. Si responden en forma separada, el plazo que tendrá cada sindicato se contará desde el día siguiente a la comunicación practicada a él. Si se responde en forma conjunta se computará el plazo desde el día siguiente a la última comunicación practicada a ellos.

3. Tercera fase: Negociación y acuerdo general.

Las partes tendrán un plazo de treinta días para alcanzar un acuerdo de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, desde formulada la propuesta del empleador. El acuerdo de calificación de servicios mínimos, tiene el carácter de general y único para la empresa.

Dado que se trata de un proceso común de negociación para todos los intervinientes, es decir, todos los sindicatos existentes en la empresa y el empleador, el plazo de negociación se computará desde la última comunicación de la propuesta al o los sindicatos existentes en la empresa.

Si dentro del plazo descrito las partes arriban a un acuerdo, el artículo 360 en su inciso séptimo establece que, se levantará un acta que consigne los servicios mínimos y los equipos de emergencia concordados, la que deberá ser suscrita por el empleador y por todos los sindicatos que concurrieron a la calificación.

Copia del acta deberá depositarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes al acuerdo.

De la regulación que realiza el legislador y la Dirección Nacional del Trabajo, podemos extraer ciertas características de este acuerdo:

1. **Deber ser oportuno:** el acuerdo debe ser alcanzado dentro del término de 30 días contados desde la última comunicación que el empleador realiza de su propuesta al o los sindicatos existentes en la empresa.

En todo caso las partes siempre y en cualquier momento podrán llegar a un acuerdo directo sin sujeción al procedimiento contemplado en el artículo 360 del Código del Trabajo, en el evento que dicho acuerdo directo tenga lugar mientras esté pendiente la calificación ante la Dirección del Trabajo, el cual pondrá término al procedimiento iniciado.⁵⁵

2. **En cuanto a su Contenido**⁵⁶, el acuerdo debe abarcar todas las materias propias del proceso de calificación, es decir, debe:
 - a) Indicar las funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de la empresa que son calificados como servicios mínimos, y los supuestos definidos por el legislador que pretenden garantizar o proteger.

⁵⁵ Esta conclusión es expresada por la Dirección del Trabajo en el *Dictamen Ordinario N°5346/92* de fecha 28 de octubre de 2016, en el que *"Informa respecto del 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"*.

⁵⁶ La ley no establece las características del contenido del acuerdo alcanzado por las partes, cuestión que la Dirección del Trabajo se hace cargo a través del *Dictamen Ordinario N°5346/92*

- b) Respecto a los equipos de emergencia, señalar las competencias técnicas y profesionales de los trabajadores que deberán integrar tales equipos, así como el número necesario para el cumplimiento de las tareas calificadas como servicios mínimos.
- c) El acuerdo debe constar en un acta firmada por el empleador y todos los sindicatos que concurrieron al acuerdo de calificación.

En relación con el acuerdo interno al que deben llegar los sindicatos, el legislador nada ha previsto respecto a la forma o quórum en que deba adoptarse, pero la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ordinario N° 5346/0092, de fecha 28 de octubre de 2016 que informa respecto al sentido y alcance de la Ley N° 20.940, establece que en cuanto a la manifestación de voluntad por parte del o los sindicatos, cabe sostener que al no haber señalado la ley normas especiales en materia de adopción del presente acuerdo, regirán al efecto las disposiciones de los estatutos de cada organización, y en subsidio, procederá aplicar el principio general de la legislación, de que las decisiones de órganos pluripersonales se adoptan por la mayoría absoluta de sus integrantes, en este caso, la mayoría absoluta del directorio de cada organización sindical que suscribe el acuerdo.

- d) Tiene un efecto vinculante y obligatorio para todos los intervinientes.

Finalmente, si al vencimiento el plazo de negociación las partes no logran acuerdo o este no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de ellas podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a este vencimiento.

2.5.2 Calificación realizada por la Dirección Regional del Trabajo.

El artículo 360 inciso octavo del Código del Trabajo, señala que se podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, ante dos situaciones:

- 1) Si las partes no alcanzan un acuerdo total.

- 2) Cuando el acuerdo alcanzado, no involucra a todos los sindicatos existentes en la empresa.

La intervención podrá ser solicitada por cualquiera de las partes, sindicatos o empleadores, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de 30 días establecido para negociar directamente entre las partes.

El inciso noveno del artículo en comento, señala qué ocurre cuando la empresa tiene establecimientos en dos o más regiones del país, señalando que será la Dirección Nacional del Trabajo la que determinará cuál de las Direcciones Regionales decidirá todos los requerimientos planteados, produciéndose así una figura similar a la acumulación de autos, el que dispone lo siguiente:

Artículo 360 inciso 9. En caso 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 ella resolverá todos los requerimientos.

Requerida la intervención de la Dirección del Trabajo, la Dirección Regional competente, adoptará las medidas necesarias para calificar los servicios mínimos y los equipos de emergencia, de manera general y única para la empresa, para ello deberá oír a las partes y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Asimismo, dispondrá de los informes técnicos de organismos públicos o privados acompañados por las partes. Y a su vez el legislador señala que de oficio o a requerimiento de parte, podrá realizar visitas inspectivas.

Para la calificación, el Director Regional deberá considerar los estándares técnicos de carácter general utilizados para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia, considerando el tamaño y las características de la empresa, según versa la parte final del inciso primero del artículo 359 del Código del Trabajo.

El Director Regional del Trabajo al momento de resolver sobre la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, tomará en consideración como un

antecedente fundado, los acuerdos a que el empleador hubiere llegado con él o los sindicatos existentes en la empresa.

La resolución adoptada por la Dirección Regional que califica los de servicios mínimos tiene como características:

- a) Que debe ser fundada
- b) Tiene un efecto general, en cuanto deberá ser aplicada en toda la empresa
- c) Debe ser emitida dentro de los 45 días siguientes al requerimiento y notificada dentro de los 5 días siguientes a la emisión de la resolución.

El legislador en el inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo, establece que la resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo, sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo, es decir, establece que procede el recurso jerárquico propio del procedimiento administrativo. En fin, establece el agotamiento de la vía administrativa previo a la judicialización del asunto.

2.5.3 Calificación administrativa realizada por la Dirección Nacional del Trabajo.

Será necesaria la intervención del Director Nacional del Trabajo, cuando cualquiera de las partes, se encuentre en disconformidad con la resolución emitida por el Director Regional del Trabajo, y reclame de ella oportunamente.

El artículo 360 inciso 11 parte final del Código del Trabajo, consagra que la resolución administrativa que emitida por la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa, sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.

Ha sido la propia Dirección del Trabajo, por medio del Dictamen Ordinario N°5346/92 del 28 de octubre del año 2016, la que establece que esta reclamación conforme a su naturaleza, se asimila al recurso jerárquico contemplado en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. En virtud de dicha normativa, la reclamación deberá interponerse dentro de quinto día desde la notificación de la resolución emitida por el Director Regional del Trabajo.

El plazo que tiene el Director Nacional del Trabajo para resolver la reclamación ante él interpuesta, no podrá exceder el plazo de 30 días hábiles. Pudiendo mediante su resolución confirmar, modificar, reemplazar o dejar sin efecto la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia emitida por el Director Regional del Trabajo.

Si bien la Dirección del Trabajo se refirió a la naturaleza y procedimiento de la reclamación respecto de la resolución emitida por el Director Regional del Trabajo, tal como se mencionó en el párrafo anterior, nada ha dicho respecto al alcance que tiene la parte final del inciso 11 del artículo 360, en cuanto señala que: *“sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.”*

El alcance de esta norma ha generado debate entre quienes, por una parte consideran que el referido acto administrativo –*resolución del Director Nacional del Trabajo*- cierra el debate respecto a la calificación de los servicios mínimos, razón por la que aseguran que ésta decisión administrativa no podría ser objeto de una revisión judicial. Y entre quienes sostienen que la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo es plenamente recurrible ante los tribunales de justicia, puesto que la regla del inciso 11° dice relación exclusivamente con la etapa administrativa, pero que nada dice sobre la judicial, la que el virtud de las normas generales de competencia en materia laboral, y las normas y principios constitucionales procedería respecto de ésta, por ser la decisión administrativa una resolución de clausura.

Este debate se tratará en los próximos capítulos, pero resulta conveniente desde ya señalar resumidamente los fundamentos en los que se basan cada una de las tesis:

A. Argumentos para sostener que la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo no es recurrible ante los tribunales de justicia.

- a) El principal fundamento utilizado por quienes sostienen esta postura, dice relación con una interpretación literal del inciso décimo primero del artículo 360 del Código del Trabajo, en cuanto establece que: *la resolución emitida por el Director Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos...sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo*”, dicha norma implicaría una suerte de clausura del debate, tanto

a nivel administrativo como judicial, quedando vedado a los tribunales el conocimiento de la materia a los tribunales de justicia.

- b) Según los términos del artículo 420 letra e) del Código del Trabajo, regla mediante la cual se otorga competencia, establece la competencia de cargo de los tribunales de justicia laboral las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social. De dicha norma se infiere que las acciones deben ser instauradas expresamente por una norma de rango legal, sin embargo, no hay ninguna norma especial dentro del Código del Trabajo, ni en ninguna otra ley, que otorgue competencia a los tribunales de justicia para conocer de la calificación de los servicios Mínimos.
- c) Además de no existir norma que otorgue competencia a los tribunales de justicia, no existe norma que haga aplicable un procedimiento judicial para conocer de la materia.
- d) La historia fidedigna de la ley, esta establece que en un principio el mensaje presidencial incluía en el proyecto original de manera directa la competencia de los tribunales para el conocimiento de las reclamaciones de las partes en contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo en la que se pronunciara sobre los servicios mínimos, entonces durante el debate surgido en la tramitación de la reforma Laboral Ley 20.940, se eliminó esa referencia directa a la competencia judicial, entonces se optó por no dar competencia a los tribunales de justicia en materia de servicios mínimos.
- e) La Corte Suprema se pronunció a través del oficio 154-2017 mediante el cual informa un proyecto de ley presentado por moción por el senador Jorge Tarud, en dicho proyecto se busca modificar el Código del Trabajo en el sentido de dar competencia directa a los tribunales para conocer de la calificación de los servicios mínimos cuando las partes reclamen contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo que los califica. Entonces al pronunciarse la Corte Suprema de manera favorable a la

modificación legal propuesta, implica que reconoce la incompetencia actual de los tribunales de justicia.

B. Argumento para sostener que la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo es recurrible ante los tribunales de justicia.

- a) El artículo 399 del Código del Trabajo otorga competencia a los Juzgado de Letras del Trabajo respecto de todas las cuestiones que se originen por aplicación del Libro IV De la Negociación Colectiva. Señala al respecto: *Competencia. Será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de este Libro el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante*”.
- b) En la misma línea argumentativa, dentro del Libro V sobre la Jurisdicción Laboral, en el Capítulo que trata “De los Juzgados de Letras del Trabajo y de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional”, el artículo 420 letra b y e señalan: *“Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:*
 - i. *b) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo:*
 - ii. *e) las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social;*
- c) El Derecho a Accionar, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de nuestro país.
- d) La Jurisdicción junto al Principio de Inexcusabilidad, consagrado en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales
- e) El principio de impugnabilidad del acto administrativo consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política de la República

- f) La libertad sindical, en su esfera de derecho a huelga consagrado como derecho fundamental.
- g) El principio protector, como principio aplicable tanto en la esfera de las relaciones individuales de trabajo, como es su esfera colectiva.
- h) La esencia de los derechos fundamentales se encuentra resguardada por el artículo 19 n° 26 de la Constitución Política de la República, que establece una limitación a las restricciones que se impongan a los derechos.

Consideramos que respecto de la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo, procede el control judicial, y que una interpretación contraría resultaría atentatoria contra el principio de impugnabilidad del acto administrativo consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, principio de inexcusabilidad, debido proceso, entre otros principios aplicables. Lo que trataremos en profundidad en el Capítulo IV del presente trabajo. Del mismo modo consideramos que una conclusión que niegue el control judicial, además de ser errada, trae aparejada consecuencias adversas y que van en contra de los principios básicos y fundamentales del ordenamiento jurídico nacional.

2.6 Criterios para una correcta Calificación de los Servicios Mínimos.

Luego de haber revisado el procedimiento legal de calificación de los servicios mínimos incorporado por el legislador en la Ley 20.940, es necesario ver si existe a la luz de su propia regulación, ciertos principios, criterios o parámetros que nos permitan acercarnos a un correcto entendimiento, interpretación, aplicación y determinación respecto del procedimiento calificación de éstos.

El Código del Trabajo regula los servicios mínimos en un capítulo llamado limitaciones al ejercicio del derecho a huelga (Libro IV, Título IV, Capítulo VII), lo que nos da una señal clara que los servicios mínimos son una institución laboral consagrada con el fin restringir el derecho a huelga cuando se produce la colisión de éste con algún otro derecho fundamental. Porque si bien, como ya se analizó en el capítulo anterior, el

derecho a huelga es un derecho fundamental, éste tipo de derechos suelen tener como limite el ejercicio de otro de igual importancia y rango.

El artículo 359 del Código del Trabajo señala *“Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante ésta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para...”*.

A raíz del citado texto legal, es la propia Dirección del Trabajo quien señala como criterio general de aplicación e interpretación de la norma, que es necesario tener presente que el derecho a huelga constituye un derecho fundamental y, como tal, debe ser reconocido y protegido en su esencia, sin perjuicio de que en su ejercicio deba ser armonizado con la protección del ejercicio de los demás derechos fundamentales amparados por la Constitución. Ahora bien, *“por tratarse de un derecho fundamental, las limitaciones o restricciones que afecten el ejercicio del derecho a huelga solo proceden ante situaciones calificadas por el legislador y, por ello, deben interpretarse restrictivamente”*.⁵⁷

Al establecerse que los servicios mínimos tienen como limite la no afectación del derecho a huelga en su esencia, y debido a que en la ley no hay un criterio específico que nos permita determinar cuándo se produce una afectación de este tipo, es necesario remitirnos a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en cuanto, *“el derecho a huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”*⁵⁸, de modo tal que cualquier determinación de servicios mínimos que atente contra la posibilidad que otorga la huelga en defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores o sus organizaciones, generaría un desequilibrio que afectará la esencia de este derecho, puesto que lo vaciaría de eficacia y contenido.

En este mismo sentido, la doctrina ha señalado que la esencia del derecho a huelga es constituir una herramienta de presión efectiva para cumplir la labor equilibradora de

⁵⁷ Dirección del Trabajo en el *Dictamen Ordinario N°5346/92* de fecha 28 de octubre de 2016, en el que *“Informa respecto del 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”*.

⁵⁸ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. Op. Cit., P.11

poderes dentro de una relación intrínsecamente desigual, razón por lo cual bajo ninguna circunstancia se podrán imponer condiciones a su ejercicio que lo tornen ineficiente en consideración a las circunstancias del caso, toda vez que “*los derechos fundamentales son mandatos de optimización y, como tales, son normas y principios que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.*”⁵⁹

De este modo, el principio de proporcionalidad adquiere relevancia como una herramienta para poder determinar los servicios mínimos, que corresponden en cada uno de los presupuestos legales establecidos por el legislador (interpretación restrictiva), en función a las circunstancias propias de cada caso, debido a que al ser una institución que limita un derecho fundamental, debe ser casuísticamente analizada. En esta misma dirección, la parte final del inciso primero del artículo 359 nos otorga dos reglas que deberán considerarse para la determinación de los servicios mínimos “los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena”. Lo cual resulta importante y determinante en la ponderación de derechos fundamentales que debe realizarse cuando la huelga se vea limitada por el establecimiento de servicios mínimos.

Un supuesto, en el que se debe efectuar una ponderación de derechos en colisión durante el desarrollo de una huelga, puede darse en un establecimiento de salud, servicio para el cual el legislador estableció la obligación de fijar servicios mínimos como limitación al derecho a huelga, a fin de proteger la salud de las personas, lo que genera una colisión entre el derecho fundamental de huelga y el derecho fundamental a la vida y la integridad física y psíquica de las personas. Frente a esto, es necesario que los servicios mínimos establecidos sean proporcionales a los fines perseguidos, es decir, por una parte garantizar el derecho a la vida, y por el otro que no se limite en su esencia el derecho a huelga.

⁵⁹ Alexy, R. (2009), “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 11. México. P.8

Para poder realizar la ponderación de derechos fundamentales en colisión, es necesario tener en cuenta las reglas determinadas por el legislador respecto al tamaño y características de la empresa, siguiendo con el ejemplo anterior respecto del establecimiento de salud en huelga, se debe analizar: i) si los ciudadanos cuentan o no con un establecimiento de salud alternativo en el territorio donde tiene lugar la huelga, ii) el número de pacientes que se atienden en él, iii) la existencia de algún brote epidémico que afecte a la población en el momento de la determinación de los servicios mínimos, etc.

En conclusión se puede establecer que bajo el análisis desarrollado, existirían cuatro criterios que nos ayudarían en la determinación de los servicios mínimos bajo la óptica de la nueva regulación laboral:

- a) El derecho a huelga es un derecho fundamental, por ende cualquier limitación a éste no puede afectar su esencia.
- b) Las limitaciones establecidas al derecho a huelga deben ser determinadas por el legislador, por ende deben ser interpretadas de forma restrictiva.
- c) Se debe aplicar el principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales enfrentados, a fin de no lesionar ninguno.
- d) En todo el proceso de determinación se debe tener en cuenta el tamaño y las características de la empresa, establecimiento o faena.

Los criterios que aquí hemos propuesto, son parámetros que deben tener en cuenta los intervinientes en la calificación de los servicios mínimos, ya sea que ésta se realice por medio de: i) Acuerdo directo entre las partes interesadas (sindicatos y empleadores), ii) Por medio de la administración, cuando se solicite la intervención del Director Regional del Trabajo o del Director Nacional del Trabajo, iii) A través, de los tribunales de justicia cuando sea requerida su intervención.

Son mínimos y obligatorios los criterios planteados, para todos los intervinientes, y sobre todo para la judicatura, en vista de que ésta es la única que puede analizar y comprender jurídicamente, y a cabalidad, la esencia del derecho a huelga, interpretar de forma restrictiva los supuestos normativos que limitan el derecho a huelga

planteados por el legislador, además de a aplicar el principio de proporcionalidad en base al tamaño y características de la empresa.

Capítulo III

Las diversas interpretaciones Jurídico-Procesales frente al Control Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.

La Normativa aplicable al conflicto jurídico que se ha suscitado, en torno a los servicios mínimos y la posibilidad de recurrir ante los tribunales de justicia en caso de no estar de acuerdo con la calificación que de ellos haga el Director Nacional del Trabajo, ha sido motivo de diversas interpretaciones por parte de los distintos actores que participan de la discusión jurídico procesal, así nos encontramos con la interpretación: a) de la Dirección del Trabajo, b) de los Juzgados de Letras del Trabajo, c) de las Cortes de Apelaciones, d) de la Corte Suprema y e) próximamente el Tribunal Constitucional.

Desde su entrada en vigencia la figura de los servicios mínimos ha generado una alta judicialización de las relaciones laborales,⁶⁰ en cuanto a la necesidad de revisión judicial de la calificación que emite el Director Nacional del Trabajo.

Cuestión que no ha resultado del todo fluida, en vista de la negativa a la que se han visto enfrentados tanto sindicatos como empleadores, respecto de sus demandas ante los Juzgados de Letras del Trabajo, quienes se han declarado, por regla general, incompetentes para conocer del asunto.

En el presente capítulo se analizan las posiciones e interpretaciones adoptadas por la Dirección del Trabajo, por los Juzgados de Letras del Trabajo, por las Cortes de Apelaciones, por la Corte Suprema y finalmente por el Tribunal Constitucional.

Para ello se hará un estudio de los argumentos contenidos en dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo, respecto a la temática. Así como los fundamentos contenidos en las resoluciones que los tribunales han emitido respecto del control judicial de la

⁶⁰ La prensa lo ha señalado de ese modo, pese a que el Consejo Superior Laboral en entrevista con el Diario Financiero han asegurado que entre abril y diciembre de 2017, el 10% de las empresas que negociaron y cerraron sus procesos solicitaron servicios mínimos, y que de las empresas que negociaron, sólo un 2% se ha judicializado.

calificación administrativa de los servicios mínimos, en diferentes causas a lo largo de su tramitación en las diferentes instancias judiciales.

Cabe mencionar, que en la actualidad existen pocas causas que hayan agotado todas las instancias judiciales, es por esta razón que contamos con escasas resoluciones emitidas por los tribunales de superiores de justicia, que traten sobre el fondo de la problemática, en vista del corto tiempo que la legislación se encuentra en aplicación. Sin embargo, eso no ha obstado para que tengamos pronunciamientos con acercamientos y desencuentros respecto a la materia que tratamos en la presente tesis, y que nos permitan representar y comprender las diversas interpretaciones que respecto a la legislación se han adoptado.

Como se verá, dichos pronunciamientos son relevantes debido a que nos permiten hacer un diagnóstico respecto a: i) la procedencia de la revisión judicial de la calificación sobre servicios mínimos que realiza la autoridad administrativa, ii) el tribunal competente para conocer del asunto y iii) el procedimiento aplicable.

Cabe mencionar que no abordaremos las consideraciones que se realicen respecto a la determinación de las funciones o criterios utilizados para la calificación de los servicios mínimos, puesto que se aleja del objetivo del presente trabajo.

3.1 Interpretación Jurídico-Procesal de la Dirección del Trabajo frente al Control Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.

La Dirección del Trabajo desde la entrada en vigencia de la ley 20.940 ha emitido una serie de dictámenes, con el fin de motivar la aplicación coherente y uniforme de la nueva ley, tanto por parte de los funcionarios de la institución como la de trabajadores y empleadores.

Los dictámenes de la Dirección del Trabajo son instrumentos públicos, que fijan y uniforman el sentido y alcance de las normas laborales, y constituyen la jurisprudencia laboral administrativa.⁶¹ Pueden ser pronunciados por dos motivaciones, por una

⁶¹ Información obtenida desde la Página Web de la Dirección del Trabajo, recuperado el día 26 de marzo de 2018 desde <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyvalue-22762.html>

interna del servicio o a consecuencia de una solicitud proveniente de cualquier persona o empresa, en caso que tenga alguna duda o controversia acerca del modo en que debe interpretarse alguna disposición de la legislación laboral.

Ahora bien, la jurisprudencia que surge de la Dirección del Trabajo por medio de sus dictámenes, pese a que tiene plena validez en el ámbito administrativo, carece de fuerza obligatoria para los tribunales de justicia, por lo que sus apreciaciones no afectan las decisiones de éstos. De este modo, los dictámenes pueden ser parámetros o pautas que el juez tome en consideración al momento de resolver las contiendas puesta bajo su conocimiento, pero jamás podrán restringir o determinar el contenido de sus pronunciamientos, y menos determinar o limitar la competencia que un tribunal de la república tenga para conocer respecto a un determinado asunto.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo existente respecto a los servicios mínimos, la posibilidad del control judicial respecto a la resolución administrativa que califica servicios mínimos, está compuesta fundamentalmente por los siguientes dictámenes ordinarios:

- a) Dictamen Ordinario N° 5346/0092, de fecha 28 de octubre de 2016, en el que *“Informa respecto del 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”*.
- b) Dictamen Ordinario N° 1563/38 de fecha 7 de abril de 2017, en el que *“Informa sobre la suspensión del inicio de la negociación colectiva como consecuencia del proceso de calificación de servicios mínimos y la prórroga del instrumento colectivo, concluyendo que la negociación colectiva se puede iniciar una vez que se encuentre ejecutoriada la calificación de los servicios mínimos”*.
- c) Dictamen Ordinario N°6064-139, de fecha 15 de diciembre de 2017, en el que *“Informa sobre la determinación de la ejecutoriedad de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, concluyendo que corresponde considerar únicamente los recursos administrativos pertinentes*

y no las eventuales acciones jurisdiccionales que procedan, las que de admitirse, no afectan la ejecutoriedad del acto”.

3.1.1 Dictamen Ordinario N° 5346/92 de fecha 28 de octubre de 2016.

Este dictamen fue el primero emitido por la Dirección del Trabajo en relación a la implementación del nuevo sistema de relaciones laborales, e informa respecto al sentido y alcance de la ley 20.940, en lo referido a la calificación de servicios mínimos, y en particular respecto al procedimiento de calificación de éstos señala que es: *“un proceso eminentemente técnico y bilateral, entre el empleador y el o los sindicatos existentes en la empresa, con eventual intervención resolutive de la Dirección del Trabajo, que se desarrolla antes de iniciarse la negociación colectiva.”*⁶²

Si analizamos la descripción que se hace de la fase consensual, podemos determinar diversas características del procedimiento de calificación: 1) la bilateralidad, la cual es debido a que se produce por medio del acuerdo sostenido por empleador y el o los sindicatos existentes en la empresa. 2) técnico: para comprender esta características consideramos necesario remitirnos a la Orden de Servicio N°001, que imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para la calificación de servicios mínimos, emitido por la Dirección de Trabajo con fecha 27 de enero de 2017, en particular respecto a su punto 2.4 “Depósito, registro y admisibilidad del acuerdo” en donde señala que respecto de la copia del acta que se debe depositar en la Inspección del Trabajo, esta institución deberá dejar registro de que contenga e) Consignar la calificación de servicios mínimos acordados, indicando las funciones, tareas, procesos o áreas de gestión servicios de la empresa calificadas para la procedencia de los servicios mínimos y clasificándolos según su finalidad en virtud de los supuestos definidos por el legislador que se pretende garantizar o proteger”, de lo que se desprende que la determinación de los servicios mínimos deberá realizarse en base a las reglas y supuestos normativos señalados por el legislador, sin observancia a

⁶² Dirección del Trabajo. ORD. N° 5346/92 que *“Informa respecto del 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”* de fecha 28 de octubre de 2016. P.5

ningún otro motivo o regla. Es esta característica de “procedimiento técnico” la que a nuestro parecer impediría que una calificación de servicios mínimos, pese a realizarse por acuerdo entre las partes, pueda estar dotado de un contenido que exceda las hipótesis señaladas por el legislador. 3) la calificación de servicios mínimos deberá realizarse de forma previa al inicio de la negociación colectiva, sobre este punto el presente dictamen sostiene: “De conformidad a lo previsto por el inciso primero del artículo 360, los servicios mínimos y equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva. En este sentido, cabe hacer presente que en el evento que el empleador o el sindicato hayan ingresado oportunamente el requerimiento ante la Dirección Regional del Trabajo, no se podrá iniciar el proceso de negociación colectiva en tanto la Dirección no haya emitido un pronunciamiento respecto al requerimiento de calificación de servicios mínimos formulado, mediante resolución ejecutoriada”.

En cuanto a la etapa administrativa, establece que es una etapa eventual, esto debido a que, sólo se produce cuando las partes no logran acuerdo. En lo referente, al requerimiento ante la Dirección Regional del Trabajo, su resolución y reclamación, el dictamen repite lo establecido en el inciso undécimo del artículo 360 del Código del Trabajo en cuanto señala, *“La resolución sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”*, agregando que esta reclamación se asemeja al recurso jerárquico contemplado en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos, razón por la cual deben aplicarse los plazos que el legislador establece respecto de éste, es decir, la reclamación deberá interponerse dentro de quinto día, y para resolverlo no se podrá exceder el plazo de 30 días hábiles, pudiendo mediante este acto confirmar, modificar, reemplazar o dejar sin efecto la calificación de los servicios mínimos.

Ahora bien, debemos señalar que respecto a la posibilidad de un control judicial de la calificación de servicios mínimos emitida por el Director Nacional del Trabajo, o sea, a la existencia de una tercera etapa, la cual tendría el carácter judicial, el presente dictamen nada dice, limitándose a regular exclusivamente los correspondientes a la fase administrativa, sin pronunciarse directamente respecto a la posibilidad o exclusión de un control judicial, el tribunal competente o el procedimiento aplicable, lo que nos

permite concluir que la Dirección del Trabajo no considera la etapa de revisión judicial como una etapa propia de la calificación de servicios mínimos.

3.1.2 Dictamen Ordinario N° 1563/38 de fecha 7 de abril de 2017.

Como pudimos apreciar en el dictamen N°5346/92 y de lo establecido en el artículo 360 del Código del Trabajo, los servicios mínimos y equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva. Cuestión que no debe pasarse por alto, debido a que tiene repercusiones trascendentales tanto en el procedimiento de calificación administrativa, como también para quienes seguimos la tesis de la procedencia de la revisión judicial de la determinación de los servicios mínimos. Esto debido a que los plazos determinados por el legislador para calificar los servicios mínimos, podrían eventualmente superar la duración del contrato colectivo acordado durante la negociación colectiva inmediatamente anterior.

Precisamente este Dictamen tiene por finalidad dar respuesta a la problemática respecto a ¿Qué sucede si estando suspendido el inicio de la negociación colectiva por estar pendiente la resolución sobre la calificación de servicios mínimos, se produce la extinción del instrumento colectivo vigente? ¿Quedarían expuestos los trabajadores a perder ciertos beneficios pactados en dicho instrumento? ¿Precluye la oportunidad legal para presentar el proyecto de contrato colectivo?

Para comprender como es posible que se produzca una superposición de plazos en el procedimiento de calificación de servicios mínimos y la vigencia del contrato colectivo, se deben tener en consideración los siguientes artículos:

Art. 324: Duración y vigencia de los instrumentos colectivos. Los contratos colectivos, los acuerdos de grupo negociador y los fallos arbitrales tendrán una duración no inferior a dos años ni superior a tres.

Art. 327: Inicio de la negociación colectiva reglada. La negociación colectiva se inicia con la presentación de los proyectos de contrato colectivo por parte de el o los sindicatos al empleador.

Art. 333: Oportunidad de presentación del proyecto de contrato colectivo por el sindicato cuando tiene instrumento colectivo vigente. La presentación de un proyecto de contrato colectivo realizada por un sindicato que tiene instrumento colectivo vigente 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.

Art. 334: Consecuencias de la no presentación o presentación tardía del proyecto de contrato colectivo. Si el sindicato no presenta el proyecto de contrato colectivo o lo presenta luego de vencido el plazo, llegada la fecha de término del instrumento colectivo vigente se extinguirán sus efectos y sus cláusulas subsistirán como parte de los contratos individuales de los trabajadores afectos a él, salvo las que se refieren a la reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, el incremento real pactado, así como los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente.

Art.360 inc 1: Calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia. Los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva.

A continuación presentamos un esquema que busca graficar la situación planteada en el presente Dictamen, en cuanto se produce la superposición del procedimiento de calificación de servicios mínimos, con la oportunidad que tienen las organizaciones sindicales para presentar el proyecto de contrato colectivo y el fin de la vigencia del instrumento colectivo.

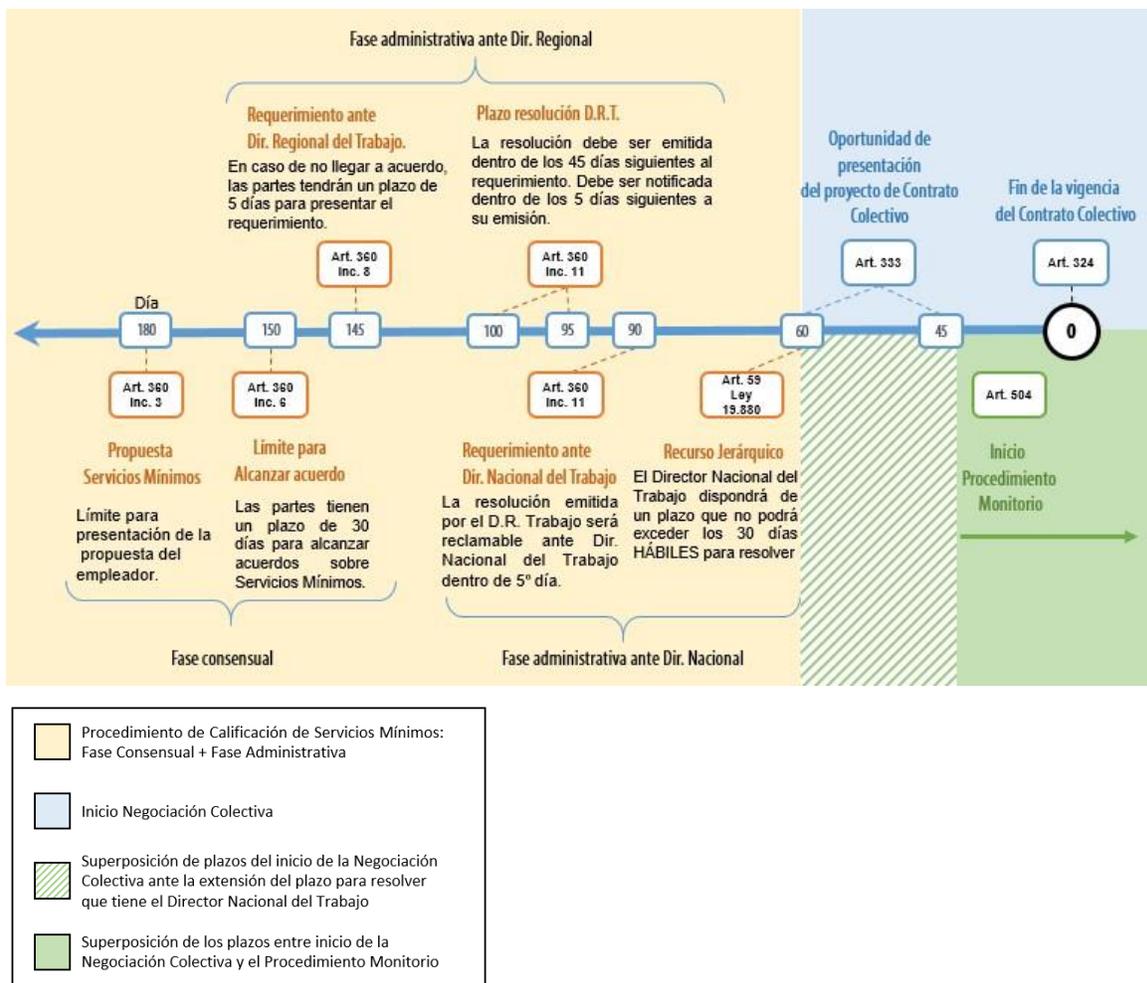


Figura 3 Explicación problemática planteada en el Dictamen Ordinario N° 1563/38

Si analizamos la Figura 3 podemos observar que el fin de la vigencia del instrumento colectivo resulta ser un momento fundamental por dos razones:

- 1) Debido a que desde el vencimiento pactado respecto de éste, se cuenta de forma retroactiva el plazo que tienen las organizaciones sindicales para presentar el proyecto de instrumento colectivo, el que 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. Recordemos que la presentación de dicho proyecto representa el inicio de la Negociación Colectiva.

- 2) De la fecha de vencimiento del instrumento colectivo asimismo, se cuenta de forma retroactiva el plazo que tiene el empleador para presentar el proyecto de calificación de servicios mínimos, el cual debe presentarse con al menos 180 días de anticipación a éste.

Ahora, si nos detenemos en la zona achurada de la Figura 3. se muestra el instante en el que se superponen los plazos planteados para la calificación de servicios mínimos y el plazo fijado para que las organizaciones sindicales presenten su proyecto de contrato colectivo. Al respecto es necesario hacer énfasis, en el hecho que el artículo 59 de la ley 19.886 en relación al recurso jerárquico, señala que para resolverlo no se podrá exceder el plazo de *30 días hábiles*, es decir que el Director Nacional del Trabajo cuenta con el plazo máximo de 30 días hábiles para resolver el requerimiento presentado, cuestión que dista con el tipo de plazos que se aplican en el procedimiento de calificación de servicios mínimos, que son de días corridos, según lo establecido en el artículo 312 del Código del Trabajo, cuestión que en la práctica podría resultar en una diferencia aproximada de 15 días. Lo que podría repercutir en que durante el plazo legal fijado para la presentación del proyecto de contrato colectivo, que representa a su vez el inicio de la negociación colectiva, aún no se tenga una resolución administrativa que califique los servicios mínimos. Lo que implicaría la imposibilidad de iniciar la negociación colectiva en base a la regla del artículo 360 del Código del Trabajo, y por ende la imposibilidad de que las organizaciones sindicales presenten su proyecto de instrumentos colectivo, con la eventualidad de que se produzca el fin de la vigencia del instrumento colectivo.

Finalmente si observamos, el día cero, es decir, el día en que se produce el vencimiento del instrumento colectivo, y lo comparamos con el inicio de un eventual procedimiento monitorio, se hacen aún más latente la superposición de plazos entre la calificación de servicios mínimos en particular en su fase judicial, con el plazo de presentación de un nuevo proyecto de contrato colectivo, y el fin de la vigencia del anterior.

El escenario planteado origina la problemática que busca resolver este dictamen, en cuanto a:

- 1) Determinar si se prorroga la vigencia del instrumento colectivo mientras no se produzca la calificación de servicios mínimos.
- 2) Determinar si se produce la suspensión de los plazos para presentar el proyecto de contrato colectivo.

Al respecto la Dirección del Trabajo ha sostenido que la distancia temporal que existe entre la oportunidad para dar inicio al proceso de calificación y el vencimiento del instrumento colectivo vigente, hacen poco probable el acaecimiento de una situación como la planteada, pero no la descarta, estableciendo que en el evento de plantearse un caso como el de la especie, debería producirse:

- 1) La suspensión del inicio de la negociación colectiva, como consecuencia del proceso de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, conlleva necesariamente la prórroga del instrumento colectivo vigente y la suspensión de los plazos para presentar el proyecto de contrato colectivo.
- 2) La extensión de la prórroga, abarcará todo el periodo de calificación de servicios mínimos y terminará el día sesenta, contados desde el día siguiente de producida la ejecutoria de la resolución de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.
- 3) En cuanto a la oportunidad para iniciar la negociación colectiva, ello deberá ocurrir una vez que la Dirección Regional del Trabajo haya resuelto sobre la calificación de servicios mínimos, mediante resolución ejecutoriada.

Al respecto, lo primero que debemos señalar es que tal como se observa en la Figura 3 la posibilidad de que el procedimiento de calificación de servicios mínimos sobrepase la vigencia el instrumento colectivo, no es poco probable como lo sostiene la Dirección del Trabajo, sino más bien un evento totalmente posible, en casos que se rijan por los plazos límites establecidos por el legislador para el procedimiento de calificación de servicios mínimos y agoten todas las instancias de la fase administrativa. Lo anterior se ve agudizado por la discrepancia existente entre el tipo de plazos establecidos para el procedimiento de calificación y el recurso jerárquico, lo que se traduce en el hecho

de que la resolución y posterior notificación de la decisión del Director Nacional del Trabajo pueda producirse en momentos en que se encuentre corriendo el plazo del que gozan las organizaciones sindicales para presentar su proyecto de contrato colectivo, y el fin de la vigencia del instrumento colectivo, si el Director Nacional se toma los 30 días hábiles de los que goza para resolver el asunto. Finalmente, sobre este punto es necesario señalar que para quienes adherimos a la tesis de la procedencia de la revisión judicial respecto a la calificación de servicios mínimos emitida por la administración, no resulta bajo ningún punto de vista, poco probable que se superpongan el procedimiento de calificación de servicios mínimos, con el plazo que tienen los sindicatos para presentar el proyecto de contrato colectivo y el fin de la vigencia del instrumento colectivo, puesto que, cada vez que alguna de las partes recurra respecto de la resolución del Director Nacional del Trabajo, se produciría el vencimiento de la vigencia propia del instrumento colectivo.

Ahora, si analizamos la primera conclusión a la que arriba la Dirección del Trabajo, en cuanto determina que, “la suspensión del inicio de la negociación colectiva, como consecuencia del proceso de calificación de servicios, conlleva necesariamente la prórroga del instrumento colectivo vigente y la suspensión de los plazos para presentar el proyecto de contrato colectivo”, adherimos completamente, tanto en lo que dice relación con la prórroga y la suspensión de los plazos para presentar el proyecto del contrato colectivo, como con el razonamiento realizado por la Dirección del Trabajo para arribar a dichas conclusiones.

El razonamiento jurídico utilizado para fundamentar su determinación, se basa en que no existe normativa que regule lo que ocurre cuando la no presentación del proyecto de contrato colectivo *-en la oportunidad legal correspondiente-* obedece a un impedimento establecido en la ley, y no un hecho atribuible al sindicato, lo que plantea la necesidad de abordar tal situación a la luz de principios como el pro operario, el carácter protector del derecho laboral y la historia fidedigna de la ley, puesto que no podrían aplicarse las consecuencias del artículo 334 debido a que ellas responden a una suerte de sanción por el no cumplimiento de una carga legal.

La Dirección del Trabajo señala al respecto⁶³:

“De la historia fidedigna de la ley se observa que el espíritu del legislador ha sido resguardar los derechos colectivos de los trabajadores, para lo cual ha introducido una figura que no había sido recogida antes, denominada piso de la negociación, en virtud de la cual se pretende garantizar un estándar mínimo que asegure a los trabajadores mantener los beneficios colectivos de que gozan

...de igual manera, cabe tener presente que el carácter eminentemente protector del derecho del trabajo determina que toda interpretación de la ley laboral debe hacerse con estricto apego al principio pro operario, ampliamente reconocido por nuestra jurisprudencia judicial como regla obligatoria de la interpretación legal, según la cual existiendo dudas sobre la interpretación que ha de darse a una determinada norma laboral, debe primar la que sea más favorable a los trabajadores.”

Es por medio de estos argumentos que la Dirección del Trabajo reconoce la relevancia que reviste para el legislador la perdurabilidad del instrumento colectivo, señalando incluso que *“La conclusión anotada precedentemente se aviene y permite cumplir íntegramente el mandato del legislador, en cuanto impide que los trabajadores se vean privados de los beneficios pactados colectivamente por una circunstancia ajena a su voluntad”*.⁶⁴

En relación a las conclusiones sobre la extensión de la prórroga y la oportunidad para iniciar la negociación colectiva, concordamos en que la extensión de la prórroga del instrumento colectivo, termine el día sesenta, contados desde el día siguiente de producida la ejecutoria de la resolución de calificación de servicios mínimos. Pero no estamos de acuerdo en el punto en que sostiene que la oportunidad para iniciar la negociación colectiva, se determine sólo en base a la ejecutoriedad de la resolución

⁶³ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1563/38 que *“Informa sobre la suspensión del inicio de la negociación colectiva como consecuencia del proceso de calificación de servicios mínimos y la prórroga del instrumento colectivo de fecha 7 de abril de 2017. P.4*

⁶⁴ Dirección del Trabajo. Dictamen 1563/38. Op. Cit., P. 4

administrativa, puesto que dicha conclusión no hace más que desconocer la posibilidad de que el acto administrativo sea impugnado judicialmente.

En resumen, la importancia de este dictamen radica en que concluye que, en el caso de que los plazos de calificación de los servicios mínimos y los plazos de la negociación colectiva se superpongan, se produce la prórroga de la vigencia del instrumento colectivo actual y la suspensión de la negociación colectiva mientras no se encuentre ejecutoriada la calificación de los servicios mínimos. Nos parece muy importante la forma en que la Dirección del Trabajo razona para llegar a esta conclusión, pues lo hace en base a los principios del derecho laboral, aplicando la función integradora e interpretativa.

3.1.3 Dictamen Ordinario N° 6064-139, de fecha 15 de diciembre de 2017.

Lo primero que haremos en este apartado es exponer el razonar y las conclusiones a las que arriba la Dirección del Trabajo en el Dictamen 6064-139, ello con el fin de hacer las críticas que consideramos que merece el razonar de la autoridad, pues indirectamente niega la intervención judicial en la calificación de los servicios mínimos, señalando que la ejecutoriedad de la calificación de los servicios se produce en la etapa administrativa con indiferencia de las reclamaciones judiciales que se interpongan.

Mediante este dictamen la Dirección del Trabajo busca resolver dos consultas que se le presentan, la primera referente a determinar el momento en que se produce la ejecutoriedad de la resolución que califica los servicios mínimos, a la luz de lo resuelto en el Dictamen N°1563-38 de fecha 7 de abril de 2017 –*tratado en el apartado anterior*-. La segunda consulta busca determinar si la resolución administrativa que emite el Director Nacional del Trabajo calificando los servicios mínimos es susceptible de reclamo judicial.

La Dirección del Trabajo plantea que la primera pregunta realizada reviste importancia en la situación de prórroga del instrumento colectivo vigente, pues tal como señala la misma Dirección del Trabajo en su dictamen 1563/38 de fecha 7 de abril de 2017, la

oportunidad para dar inicio a la negociación colectiva, depende del momento en que se produzca la ejecutoriedad de la resolución que califica los servicios mínimos.

La Dirección del Trabajo señala que para precisar el momento en que la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia adquiere el carácter de ejecutoriada, se debe recurrir al artículo 51 inciso 1° de la Ley 19.880 que establece los Procedimientos Administrativos que rigen a los Órganos de la Administración del Estado, el que dispone:

“Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

Señala la Dirección del Trabajo que la Administración del Estado, se encuentra dotada de potestad de creación de normas, las que se traducen en decisiones ejecutorias que generan una carga o derecho, sin requerir para ello la intervención de otro poder del Estado.

Luego agrega que la excepción a la ejecutoria ocurre sólo cuando la norma así lo disponga o cuando se necesite la aprobación o autorización de un superior, lo cual debe ser entendido sólo dentro de la propia administración, es decir, la ejecutoriedad se verifica en cada poder del Estado, pues resulta improcedente sostener que un acto administrativo no se encuentra ejecutoriado mientras no exista una sentencia ejecutoriada en un proceso judicial de impugnación, pues ello equivale a confundir los planos del control intrapoderes.

Así, la conclusión a la que arriba la Dirección del Trabajo es que:⁶⁵

“...una vez terminado el procedimiento administrativo, el acto administrativo adquiere plena ejecutoriedad, vale decir, para determinar la condición de ejecutoria que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, corresponde considerar, únicamente, los recursos administrativos

⁶⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 6064-139 de fecha 15 de diciembre de 2017.

pertinentes, y no las eventuales acciones jurisdiccionales que procedan, las que, de admitirse, no afectan la ejecutoriedad del acto”.

Continúa la Dirección del Trabajo en ese orden de ideas, y dando respuesta a la primera de las preguntas planteadas, señala que:

“la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, se encuentra ejecutoriada una vez transcurrido el plazo que la ley concede para interponer el recurso ante el Director Nacional; o cuando, habiendo sido interpuesto el mismo, éste ha sido resuelto mediante resolución expresa.”

Respecto de la segunda pregunta planteada, esto es, si procede admitir acciones judiciales recursivas en contra de la resolución que califica los servicios mínimos, señala que se abstiene de emitir un pronunciamiento al respecto, sin embargo, acto seguido señala que de estimarse procedentes *-las acciones judiciales-* éstas no afectan la ejecutoriedad del acto *-administrativo -*.

La razonabilidad e interpretación, que aplica la Dirección el Trabajo, de las normas administrativas, para llegar a sus conclusiones adolece de graves problemas. Así, considerar que la ejecutoriedad de un acto o resolución emanada de la administración se produce en sede administrativa desde que se han agotado los recursos en dicha fase y que independientemente de los recursos judiciales que se interpongan dicha ejecutoriedad no se ve alterado, implica serios problemas, a saber:

- a) Primero, existe una interpretación aislada de las demás normas de la misma ley de Bases de Procedimientos que rigen los Órganos del Estado, en la cual se basa para hacer sus conclusiones, citando y basándose únicamente en el artículo 51 de ella.
- b) El segundo problema que avizoramos, es que la conclusión se basa en una interpretación sesgada de las demás normas que forman parte del derecho chileno y que tratan el tema de la ejecutoriedad, como lo hace el Código de Procedimiento Civil.

- c) El tercer problema que surge, es que dicho razonar genera una idea de omnipotencia de la administración, haciendo parecer que los actos administrativos son inmodificables por la judicatura.
- d) El cuarto problema que surge, es que genera un desmedro a la parte que haya recurrido a los tribunales en contra de la resolución del Director Nacional, pues pese a que existan recursos judiciales, el órgano administrativo considera que la resolución se encuentra ejecutoriada, y en ese entendido la negociación colectiva sigue adelante, por lo que en caso de producirse la huelga, será determinante en ella lo que se haya resuelto en la resolución que califica los servicios mínimos, por lo que aunque se encuentre sometida a un recurso judicial que pueda modificarla, la resolución administrativa surtiría sus efectos antes de que el tribunal se pronuncie.
- e) El quinto problema que se desprende de las conclusiones de la Dirección del Trabajo es que, en la práctica deja sin validez las resoluciones judiciales que dicten los tribunales de justicia conociendo de la calificación de los servicios mínimos, pues el acto administrativo habrá sido cumplido y no habrá manera de retrotraer sus efectos, pues es altamente probable que a la fecha del pronunciamiento por el tribunal la negociación colectiva ya se haya realizado.

Para hacer patentes dichas críticas o problemas que surgen a raíz de la conclusión a la que llega la Dirección del Trabajo nos basaremos en la misma Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en adelante “Ley de Procedimientos Administrativos”, en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Del Estado, en adelante “Ley de Bases”, en el Código del Trabajo, los principios del Derecho del Trabajo y los principios del Derecho Procesal Laboral y en la doctrina nacional representada por el catedrático Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Como ya señalamos el primer problema de las conclusiones a las que llega la Dirección del Trabajo es que sólo apoya su argumentación en el artículo 51 de la Ley de Procedimientos Administrativos y si bien dicho artículo rige la ejecutoriedad de los actos de la Administración Pública, existen otros preceptos legales dentro de la misma “Ley de Procedimientos Administrativos” y también en la “Ley de Bases”, que nos

permiten llegar a la conclusión diversa a la que llega el órgano administrativo, es decir, que los actos administrativos no causan ejecutoria cuando existen acciones judiciales en su contra.

Para poder defender y desarrollar la idea planteada en este apartado, debemos remitirnos al principio y regla de impugnabilidad de los actos administrativos, recogido en ambas leyes citadas en el párrafo anterior, dicho principio nos permitirá hacer una conexión con las normas del Código del Trabajo y también del Código de Procedimiento Civil.

En este orden de ideas las reglas de impugnabilidad recogidas en ambas leyes administrativas, son las siguientes, primero el artículo 10 de la “Ley de Bases Generales” que dispone:

“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.”

Luego debemos traer a colación el artículo 15 de la “Ley de Bases de Procedimientos”, que establece el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, de la siguiente manera:

“Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.”

Sumado a lo anterior, encontramos nuevamente en la “Ley de Bases de Procedimientos” el artículo 41 inciso 4º, que refuerza la regla de la impugnabilidad de los actos administrativos, ya que a través de este artículo se dispone mandato expreso que la misma administración debe señalar en sus resoluciones las vías o recursos, ya sean administrativos o judiciales, con los que cuentan las partes para poder recurrir de las mismas, sin embargo, la norma va más allá y señala que la impugnación se puede

realizar a través de las vías que los interesados estimen oportunas. Dicho artículo dispone:

“Las resoluciones -administrativas- contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.”

De dichos artículos podemos dilucidar claramente que los actos administrativos son impugnables por la vía administrativa y por la vía judicial. De este modo la impugnación que se siga administrativamente, se llevará a cabo a través de los recursos típicos de esta sede, es decir, a través del recurso de reposición y del recurso jerárquico, o excepcionalmente a través del recurso extraordinario de revisión. A su vez la acción o reclamación a través del cual se realice la impugnación judicial será el que se establezca en una ley especial, o que las partes interesadas consideren oportuno ejercer, cuando sea distinto al que propone o no la misma autoridad en sus resoluciones.

Respecto de la impugnación judicial del acto administrativo, en especial de la reclamación judicial en contra de la resolución del Director Nacional que califica los servicios mínimos, podemos establecer que el mecanismo de impugnación lo encontramos en el Código del Trabajo, y para ello nos remitiremos a lo que diremos más adelante, en el capítulo IV de este trabajo en donde defenderemos la tesis de la competencia judicial, haciendo aplicable la conclusión a la que arribamos allí, esto es, que los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones administrativas que califican los servicios mínimos.

Entonces, con lo razonado hasta aquí, podemos concluir que la impugnación judicial que se realice del acto administrativo que califica los servicios mínimos, será la que determine en definitiva la naturaleza, entidad, cantidad y condiciones en que se deban prestar los servicios mínimos en caso de huelga, por lo que no puede considerarse que la regla de ejecutoriedad dada por la dirección del trabajo sea lo correcto, pues en

caso de recurrir a los tribunales de justicia laboral debemos tener presentes las reglas judiciales respecto de la ejecutoriedad y firmeza de la resolución judicial que determine en definitiva los servicios mínimos, pues desde que se produzca la ejecutoriedad en sede judicial podrá considerarse que se ha agotado las etapas a la calificación de los Servicios Mínimos.

En este orden de ideas, el Código del Trabajo hace una remisión al Código de Procedimiento Civil, mediante la cual se hace aplicable la regla de ejecutoriedad contenida en el artículo 174 de este último cuerpo normativo.

La remisión se basa en el artículo 432 del Código del Trabajo, el que señala:

“En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento.”

Entonces, considerando que la regla de ejecutoriedad judicial se encuentra el artículo 174 del Libro I del Código de Procedimiento Civil, y dicho artículo no es contrario a los principios del régimen procesal laboral, es plenamente aplicable la norma.

Para determinar entonces desde qué momento se produce la ejecutoriedad de la calificación de los servicios mínimos, habrá que considerar las acciones que tomen las partes y la etapa en que se determina de manera definitiva los servicios mínimos, teniendo cabida los siguientes escenarios:

1. En primer lugar, de producirse la calificación de común acuerdo por las partes, no se generará la etapa administrativa ni la judicial, por lo que celebrado el acuerdo e informado a la Inspección del Trabajo respectiva se considera ejecutoriada la decisión de los servicios mínimos.
2. En segundo lugar, habiéndose requerido la intervención de la Dirección del Trabajo, y pronunciándose ésta, las partes interesadas no recurren judicialmente, la ejecutoriedad de la resolución se producirá cuando transcurra el plazo legal dentro del cual se puede accionar, sin que las partes realicen actuación tendiente a poner en marcha la jurisdicción de los tribunales laborales.

3. En tercer lugar, habiéndose requerido la intervención de la Dirección del Trabajo, y pronunciándose ésta, las partes interesadas recurren judicialmente en contra la resolución que emita el la Dirección del Trabajo a través de su Director Nacional, solo podrá considerarse ejecutoriada la calificación de los servicios mínimos en los términos que dispone el Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil el que dispone:

“Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites.”

Nuestra postura respecto del tema, también puede ser vista y apoyada desde la óptica de los principios del derecho del trabajo, los que nos dan luces para considerar que el acto administrativo que califica los servicios mínimos no puede ser ejecutoriado antes del pronunciamiento definitivo de los tribunales. En apoyo a ello, nos encontramos con el principio protector, el principio de la libertad sindical, y por el lado del derecho procesal laboral, vienen a colación los principios de economía procesal, la buena fe, la celeridad y la actuación de oficio de los tribunales. Todos estos principios refuerzan que la idea de suspender la ejecutoriedad de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos, es a lo menos conveniente en términos tales que la decisión judicial pueda incidir en el desarrollo de las negociaciones que se produzcan en el proceso de negociación colectiva. Es decir, es una necesidad básica que los pronunciamientos judiciales puedan surtir sus efectos en los asuntos que se someten a su conocimiento y fallo, pues de no ser así, la etapa judicial se vacía de contenido y las resoluciones judiciales se vuelven vacuas e inoperantes. Para revertir estas nocivas consecuencias es necesario que la resolución administrativa, respecto de la cual se ha agotado la etapa recursiva administrativa, no se pueda considerar

ejecutoriada, bajo ningún respecto, cuando alguna de las partes haya recurrido en su contra ante los tribunales de justicia, debiendo considerarse ejecutoriada la calificación de los servicios mínimos sólo cuando se haya agotado la etapa judicial y desde ese momento entonces podrá llevarse a cabo el proceso de negociación colectiva.

Para finalizar lo que en este punto hemos defendido, en cuanto a señalar que la ejecutoriedad de los actos administrativos se ve impedida por la interposición de recursos judiciales, encontramos en la apoyo en la doctrina nacional, en las palabras del catedrático Juan Carlos Ferrada Bórquez:

Los actos administrativos son actos jurídicos emanados de un órgano de la Administración del Estado que poseen ciertas cualidades y características que los hacen, en cierto sentido, excepcional dentro del ordenamiento jurídico. Esa excepcionalidad les permite, entre otras cosas, gozar de una presunción de legalidad o validez desde su inicio, lo que lleva aparejado su ejecutividad, ejecutoriedad y aún su ejecución forzosa, en ciertos casos (artículo 3 y 51 de la Ley N° 19.880: sobre Bases de los Procedimientos Administrativos).

Lo anterior supone un privilegio para la Administración del Estado, que es consecuencia de la importante finalidad que tiene a su cargo, la protección de los intereses públicos, pero que desde la perspectiva del administrado impone una carga procedimental adicional para su resistencia: la impugnación del acto administrativo. En efecto, el administrado si desea resistirse u oponerse al cumplimiento del acto administrativo o discutir su validez, debe impugnarlo por los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico, ya que de no hacerlo la Administración contará con un título habilitante para poner en ejecución el mismo, por la(s) vías administrativas o judiciales dispuestas por la ley. A esto es lo que la doctrina comparada denomina “autotutela declarativa”, y que supone un desplazamiento de “la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir

la eficacia inmediata que, por su propia fuerza, alcanzan las decisiones administrativas.⁶⁶ [El subrayado es nuestro].

3.2 Análisis de causas en las cuales los Tribunales de Justicia se han pronunciado respecto de la Revisión Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.

El segundo interviniente en este asunto son los tribunales de justicia, entendiéndose por tales tanto los Juzgados de Letras del Trabajo, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

Los tribunales laborales de base, han asumido una posición categórica en cuanto a declarar su incompetencia absoluta frente a las demandas que se han entablado en contra de las resoluciones del Director Nacional del Trabajo cuando éste ha entrado a conocer sobre la calificación de los servicios mínimos.

Las Cortes de Apelaciones, por su parte no han mantenido una postura definida frente a la problemática en comento, así encontramos pronunciamientos en los cuales han declarado que los tribunales laborales son competentes para conocer de dichas reclamaciones y otras resoluciones que sostienen que no existiría competencia judicial para conocer respecto de las controversias que surgen con respecto a la resolución dictada por el Director Nacional de Trabajo calificando los servicios mínimos.

Ahora bien, la Corte Suprema ha tomado conocimiento del asunto, a través, de los recursos de queja interpuestos en contra de los ministros de Corte de Apelaciones, tras considerar la parte recurrente, que las sentencias en la que éstos declaraban la incompetencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, se habían dictado con falta o abuso grave por parte de los magistrados de la Corte de Apelaciones. Al respecto podemos señalar que, si bien, la Excelentísima Corte Suprema ha optado, por regla general, por rechazar los recursos de queja sin emitir un pronunciamiento de oficio respecto al fondo del asunto, recientemente la Primera Sala tras rechazar el recurso

⁶⁶ Ferrada, J. (2011) *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (36). P. 251-277.

de queja, emitió un pronunciamiento de oficio en donde determinó la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer respecto de las resolución administrativa que califica los servicios mínimos dictada por el Director Nacional del Trabajo⁶⁷.

En este devenir del asunto, hoy en día existe en el Tribunal Constitucional un Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de dos preceptos legales del Código del Trabajo, ellos son: el vocablo “solo” del inciso 11 del artículo 360, y del vocablo “que procedan” contenido en la letra e) del artículo 420 de dicho cuerpo legal. Dicho requerimiento⁶⁸ de declaración de inaplicabilidad aún no se ha fallado por parte del Tribunal Constitucional, sin embargo, los alegatos se produjeron con fecha 16 de octubre de 2018, por lo que próximamente tendremos a la vista la interpretación de este tribunal. Este requerimiento incide directamente en la causa que conoce la Corte Suprema,⁶⁹ la cual se encuentra suspendida desde el 12 de diciembre del 2017 hasta que se falle el recurso por el Tribunal Constitucional.

Para analizar la postura de los diferentes tribunales de justicia con respecto al control judicial de la calificación de servicios mínimos, se han estudiado una serie de causas judiciales, seleccionando las tres que han resultado más atractivas por la combinación que existe tanto por la argumentación jurídica que realiza cada tribunal para dictar sentencia, como por el desarrollo que la causa ha adquirido a medida que avanza en las instancias judiciales.

⁶⁷ Recurso de Queja, Rol N° 832-2018, de fecha 18 de abril de 2018. Corte Suprema.

⁶⁸ Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 4136-2017-INA. Tribunal Constitucional.

⁶⁹ Recurso de Queja Rol N° 41.455-2017.Corte Suprema

3.2.1 Juicios escogidos para el análisis.

En las imágenes siguientes se observan las causas que hemos escogido y que analizaremos en los próximos apartados:

1) Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A con Dirección del Trabajo



2) Sociedad de Instrucción Primaria con Dirección del Trabajo



3) Tecnoglobal S.A con Dirección el Trabajo



3.3 Pronunciamiento de los Juzgados Laborales.

3.3.1 Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A en contra de la Dirección del Trabajo, RIT: M-1806-2017, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Esta causa es una reclamación judicial en contra de la resolución administrativa del Director Nacional del Trabajo que califica servicios mínimos, interpuesta el 24 de julio del año 2017, por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. en contra de la Dirección Nacional del Trabajo. La reclamación se interpone respecto de la resolución N° 539 del 11 de julio de 2017 del Director Nacional del Trabajo, por cuanto rechazó el recurso jerárquico interpuesto por el mismo Sindicato en contra de la resolución N° 359 de 12 de mayo de 2017 dictada por la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente, y acogió parcialmente la pretensión de calificación de servicios mínimos solicitada por la empresa Banco Ripley S.A.

La resolución del tribunal laboral establece lo siguiente:

Vistos:

1° Que la demanda que se presenta en esta causa versa sobre un reclamo en contra de la resolución emanada del Director del Trabajo que rechazó un recurso jerárquico que se pronunció sobre calificación de servicios mínimos.

2° Que, el artículo 420 del Código del Trabajo comprende las materias de competencia de los Tribunales Laborales, norma en que la parte demandante sustenta su acción y conforme a la letra e) de la misma, por la cual se pone a cargo de los tribunales de la especialidad las reclamaciones que procedan en contra de resoluciones dictadas por las autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social.

3° Que el artículo 360 del Código del Trabajo, en su nueva redacción introducido por la Ley 20.940, en vigencia, señala que en el caso de la calificación de servicios mínimos, en caso de no alcanzarse acuerdo entre las partes, es determinada por vía administrativa, previo requerimiento, por

la Dirección Regional del Trabajo; y en el inciso undécimo de dicha norma se prescribe que dicha resolución, “sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”.

4° Que la letra b) del artículo 420 del código laboral, señala que, además, son competencia de los tribunales del trabajo “b) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo”.

5° Que de las normas transcritas se infiere, que este tribunal no tiene competencia para conocer de la reclamación deducida, toda vez que la misma quedó entregada al conocimiento de la autoridad administrativa, no estableciéndose por el legislador competencia para los juzgados laborales, por cuanto las reclamaciones que procedan en contra de resoluciones de autoridad administrativa en materia laboral, en este caso específico de negociación colectiva, quedo radicada solo en la instancia administrativa, máxime por cuanto tanto la letra e) como la letra b) del citado artículo 420, señalan que tales materias son de conocimiento de un tribunal con competencia en materia laboral en los casos que la ley entregue tal atribución, lo que aquí no acontece.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 447 del Código del Trabajo, me declaro incompetente para conocer del asunto.

Proveyó doña LORENA RENATE FLORES CANEVARO, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

3.3.2 Sociedad de Instrucción Primaria en contra de la Dirección Nacional del Trabajo, RIT: I-343-2017 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

La presente causa es una reclamación judicial interpuesta con fecha 24 de julio de 2017, por la Sociedad de Instrucción Primaria en contra de la resolución administrativa N°0535 dictada por la Dirección del Trabajo con fecha 11 de julio de 2017, en cuanto

rechazó el recurso jerárquico interpuesto en contra de la resolución N°000362 del Director Regional del Trabajo, debido a que esta resolvió otorgar sólo parcialmente los servicios mínimos solicitados por la empresa.

Antes de entrar a conocer esta causa, es relevante señalar ciertas razones que la hacen particular e interesante de analizar. 1) Es una de las primeras causas que ha obtenido una revisión respecto a la problemática por la Corte de Apelaciones, tribunal de alzada que resolvió y declaró la competencia de los tribunales laborales para conocer de las reclamaciones que se hagan respecto de la calificación de servicios mínimos que realiza la Dirección del Trabajo. 2) Es una de las primeras causas, que obtiene una calificación de servicios mínimos declarados por la justicia, esto debido a que el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, tras la resolución emitida por la Corte de Apelaciones, en donde revocó la resolución que declaraba su incompetencia absoluta, tuvo que conocer y decidir la reclamación que ante él se interpuso. Precisamente esta sentencia ha originado un nuevo debate respecto a la calificación de servicios mínimos y su control judicial, en cuanto a si los tribunales deben o no limitar su control a la simple verificación de la legalidad del procedimiento, como lo hizo el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, o bien deben conocer respecto al fondo del asunto.

Como ya se señaló, esta causa se inicia por una reclamación presentada por la Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago, por considerar que la calificación de servicios mínimos establecida por la Dirección Regional del Trabajo y posteriormente ratificada por la Dirección Nacional de Trabajo, le resultaban atentatorios, en cuanto accedieron sólo parcialmente a los servicios mínimos por ella solicitados.

En la audiencia celebrada con fecha 19 de octubre de 2017, la Dirección Nacional del Trabajo interpone la excepción de incompetencia absoluta, la que es acogida por el tribunal, fundamentando su decisión con los argumentos que se pasan a exponer:

De acuerdo a lo establecido en los artículo 429 y 447 del Código del trabajo y la regla de competencia del artículo 420, letra b) y e) del Código del trabajo, el tribunal entiende que la calificación de los servicios mínimos conforme a lo que dispone los artículo 360 del Código del Trabajo es en

primer término de carácter convencional y de no alcanzarse acuerdo entero por las partes es determinada por vía administrativa previo requerimiento, por la Dirección Regional del Trabajo. Esa decisión según prescribe el inciso décimo primero, es reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo y ahí cierra la posibilidad de impugnación. No existiendo una norma que entregue competencia para conocer de aquella resolución que ha sido dictada por el Director Nacional del Trabajo.

El Tribunal hace presente que de la relación de las normas antes indicadas se puede concluir que esta reclamación es improcedente pues se dedujo por un conducto procesal ante un órgano que no está establecido por la Ley para conocerla.

Siendo de orden público las normas de competencia, y no pudiendo hacer una interpretación extensiva de este marco regulatorio normativo.

El Tribunal hace presente los fallos en causa I-371-2017 y 317-2017 de este Tribunal que se encuentran firmes y también por lo resuelto por la Cuarta Sala de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, 1635-2017 respecto de un proceso seguido ante el 2° Juzgado de Letras del Trabajo Santiago.

Además se tiene presente el informe de proyecto de Ley evacuado mediante oficio 154 – 2017 por la Excelentísima Corte Suprema, en razón del cual, el Presidente del máximo Tribunal ha emitido un informe favorable para una modificación del Código del Trabajo, y se entregue competencia a estos Tribunales para conocer de la resolución emanada por la Dirección Nacional del Trabajo y de esta forma la parte pueda recurrir al Tribunal de acuerdo a lo establecido en el artículo 504 del Código del Trabajo. No puede desatenderse dicho antecedente que es un documento Público fechado el día 4 de septiembre de 2017 del que se desprende que, no hay el día de hoy competencia entregada a este Tribunal. Así resolviendo en la misma línea y en el mismo sentido se entiende que este Tribunal no tiene competencia para conocer de esta reclamación sino que corresponde a la Dirección Nacional del Trabajo.

Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 423, 429, 447, 420, 360 del Código del Trabajo es que este Tribunal acoge la excepción de incompetencia absoluta.

Dirigió la audiencia doña GLORIA MARCELA CARDENAS QUINTERO, Juez del Primer Juzgado de Letras de Santiago.

3.3.3 Tecnoglobal S.A en contra de la Dirección Nacional del Trabajo, RIT: I-405-2017 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

La presente causa es una reclamación judicial interpuesta con fecha 28 de agosto de 2017 por Tecnoglobal S.A en contra de la resolución administrativa N°0630 dictada por la Dirección del Trabajo con fecha 21 de agosto de 2017, en cuanto rechazó el recurso jerárquico interpuesto en contra de la resolución N°000486 de fecha 16 de junio de 2017, resolución que resolvió la improcedencia de los servicios mínimos y equipos de emergencia solicitados por Tecnoglobal S.A

En la audiencia preparatoria llevada a cabo el día 5 de octubre de 2017, la Dirección del Trabajo interpuso la excepción de incompetencia absoluta, ante lo cual el tribunal resuelve:

1° Que la regla de competencia del artículo 420 letra e) del Código del Trabajo, pone de cargo de los tribunales de la especialidad las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social, de la que se infiere que tal clase de acciones deben ser instauradas expresamente en una norma de rango legal;

2° Que la calificación de servicios mínimos, conforme dispone el artículo 360 del Código del ramo es, en primer término, convencional y, de no alcanzarse acuerdo entre las partes, es determinada por vía administrativa, previo requerimiento, a la Dirección Regional del Trabajo. Dicha decisión, será reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo;

3° Que, de la relación de las normas indicadas es posible inferir que la reclamación impetrada en estos antecedentes es improcedente, pues ella se dedujo mediante un conducto procesal y ante un órgano decisorio, no establecidos expresamente por la ley para conocerla. Siendo de orden público las normas de competencia y procedimiento, las que en el caso de autos, no han sido previstas por el legislador y no resulta posible asentarla mediante la interpretación extensiva de normas de rango legal.

3.3.4 Análisis de la interpretación de los Tribunales Laborales.

Tras la lectura de las diversas sentencias que hemos citado, podemos señalar que la posición de los tribunales laborales se basa en una interpretación literal, sesgada y errónea de las normas del Código del Trabajo.

Su interpretación se basa en un análisis literal y sesgado respecto de lo que señala en la parte final del inciso undécimo del artículo 360:

“La resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa deberá ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento. Esta resolución deberá ser notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”.

Los jueces de letras del trabajo en su argumentación para declarar su incompetencia, relacionan la norma anterior con la del artículo 420 letra b) en cuanto establece que:

Art.420: Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

*b) Las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva **que la ley entrega al conocimiento** de los juzgados de letras **con competencia** en materia del trabajo.”*

Siguiendo la literalidad de los artículos en estudio, los jueces laborales realizan el siguiente análisis; no son competentes los Juzgados de Letras del Trabajo, debido que

pese a que los servicios mínimos son parte de las cuestiones derivada de la negociación colectiva, la ley no habría sometido a su competencia la reclamación sobre la calificación de servicios mínimos emitida por la entidad administrativa, en cuanto señala *“sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”* (inciso undécimo del artículo 360).

Utilizando el mismo método, los jueces laborales analizan el artículo 420 letra e), también del Código del Trabajo, el que dispone:

“Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social.”

Ante este punto entienden que la palabra “procedan” es determinante en cuanto limita la posibilidad de otorgar competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo, respecto de la calificación de servicios mínimos, en vista de que el artículo 360 establece que sólo es reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.

Así, podemos señalar que no compartimos la visión sostenida por los Juzgados de Letras del Trabajo, en cuanto la consideramos una interpretación sesgada y errónea debido a que confunde temas muy importantes:

1) Primero, consideramos que los jueces laborales, más allá de sostener la falta de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, aluden a la falta de jurisdicción por parte del poder judicial, pues niega que tanto los tribunales laborales, como cualquier otro tribunal puedan conocer en caso alguno de las reclamaciones en contra de las resoluciones administrativas de la Dirección del Trabajo en relación a la calificación de servicios mínimos.

2) Segundo, la interpretación de los tribunales laborales, es una interpretación aislada, en cuanto no considera normas legales y constitucionales que contiene además principios básicos del derecho procesal chileno, tal como lo son el Derecho a Accionar, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de nuestro país, y el Principio de Inexcusabilidad, consagrado en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

3) El tercer inconveniente que vislumbramos respecto a esta interpretación, dice relación con la desnaturalización del artículo 420 b) y e), en cuanto resulta un sin sentido, sostener que el legislador estableció una norma con el fin de otorgar competencia, señalando en su encabezado “Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo”, para luego en sus numerales decir que esa competencia existe siempre y cuando en normas previas la ley le haya entregado competencia, lo que carece de total armonía, debido a que si existiera competencia previa no sería necesaria la alusión al artículo 420 b) y e).

4) Como cuarto inconveniente, consideramos que los tribunales laborales incurren en un error interpretativo al sostener que la frase “sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo” (art.360 inc.11) determina la incompetencia para conocer de los Juzgados de Letras de Trabajo, puesto que se encuentra inserto dentro de la regulación del procedimiento administrativo de calificación de servicios mínimos, por lo que representa el cierre del procedimiento de calificación de servicios mínimos en su fase administrativa, no una exclusión de su revisión judicial, puesto que sostener lo contrario sería desconocer el principio general de la revisión judicial de los actos de la administración consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, creemos que no podemos perder la perspectiva de que la interpretación literal y aislada, que han venido sosteniendo los Juzgados de Letras el Trabajo respecto de la reclamación judicial contra la resolución administrativa que califica los servicios mínimos, en cuanto no se han hecho cargo de aplicar ciertas reglas y principios legales y constitucionales, ha dejado en indefensión judicial a los afectados con las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa. Dejando vedado de judicialización un tema trascendental que puede determinar el curso de la negociación colectiva, y más aún puede afectar el derecho huelga, derecho que tal como se explicó en extenso en el primer capítulo de la presente, es un derecho de carácter fundamental, el cual no puede lesionarse en su esencia, y que por ende resulta natural, que pueda y deba ser conocido y protegido por los tribunales de justicia, quienes son los llamados a ponderar y apreciar los diversos derechos fundamentales que confluyen y se enfrentan en este asunto.

3.4 Postura de las Cortes de Apelaciones respecto de la Revisión Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.

Tras la entrada en vigencia de la nueva ley laboral, y el surgimiento de los conflictos respecto a la competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de los servicios mínimos, las Cortes de Apelaciones han dictado una serie de resoluciones, que han dejado de manifiesto que dentro del mismo tribunal, existen posiciones totalmente contradictorias respecto de esta materia.

En un primer momento, las diferentes Cortes de Apelaciones en su mayoría, optaron por confirmar las decisiones de los tribunales laborales, en cuanto declarar su incompetencia para conocer de las reclamaciones sobre la calificación que hace el Director del Trabajo respecto de los servicios mínimos. Por medio de resoluciones que con su análisis jurídico procesal, poco podía aportar a la discusión ya instalada respecto del control judicial de la calificación de servicios mínimos, puesto que se limitaba a repetir la argumentación de los juzgados laborales.

Con posterioridad se dictaron fallos que atrajeron la atención pública puesto que, revertía la hasta entonces posición de las Cortes de Apelaciones. Estos nuevos fallos declaraban la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de la reclamación de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos. La primera causa en la cual se vio un cambio en la posición de la Corte de Apelaciones, se dictó en diciembre de 2017 en la cual la Sociedad de Instrucción Primaria se enfrentaba a la Dirección el Trabajo, en esta oportunidad la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió y realizó una fundamentación en la que se hacía cargo de una de las principales falencias de las decisiones judiciales que hasta entonces declaraban la incompetencia de los tribunales laborales: la confusión entre jurisdicción y competencia. Tan sólo unos días después, la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, llegaba a la misma conclusión al declarar la competencia del tribunal laboral en la causa de Farmacias Ahumada con la Dirección del Trabajo.

Si bien en un primer momento se pensó que estas posiciones contradictorias podrían deberse a una evolución en el tratamiento de la problemática por la Corte, es decir, un cambio en las interpretaciones que se dieron respecto a la primera oleada de

decisiones en las cuales se confirmaban las resoluciones que declaraban la incompetencia, esta tesis tuvo que ser rápidamente desestimada debido a que la Corte continuó emitiendo fallos en favor y en contra de la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos, agudizándose de esta forma la incertidumbre jurídica que rodea la reestrenada institución de los servicios mínimos.

3.4.1. Recurso de Apelación Rol 1635-2017, pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A en contra de la Dirección del Trabajo,

En esta causa la Corte conoce del recurso de apelación interpuesto en contra de la de resolución incompetencia, dictada con fecha 27 de julio del 2017, en la causa RIT: M-1806-2017, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, la cual citamos con el N° 1 en el apartado anterior, en donde se analiza la postura de los tribunales laborales.

En esta causa la Corte de Apelaciones niega la competencia de los tribunales laborales para conocer de la reclamación respecto de la calificación de servicios mínimos emitida por la entidad administrativa.

En su sentencia nos encontramos con el considerando N° 1 hace un resumen de la reclamación interpuesta por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A, y luego en su considerando N° 2 un resumen de la resolución del tribunal de base. En los siguientes considerandos señala su postura frente al caso, la que culmina con la confirmación de la sentencia interlocutoria de primera instancia, pues considera que la ley laboral no tiene una norma habilitante para recurrir judicialmente en contra de las resoluciones que dicte el Director Nacional del Trabajo con motivo de la calificación de los servicios mínimos, señalando que la única opción prevista por el legislador ante la imposibilidad de las partes para llegar a acuerdo en la determinación de los servicios mínimos, es la instancia administrativa, que se debe iniciar ante el Director Regional del Trabajo con la posibilidad de revisión por el Director Nacional del

Trabajo, siendo así el artículo 360 una norma de clausura, que prohíbe el conocimiento de dichas materias por parte de la judicatura.

Lo dicho hasta acá, la Corte de Apelaciones lo expresa en los siguientes términos:

TERCERO: Que, se debe anotar en este sentido que, el objeto de pronunciamiento de esta Corte no se extiende, en caso alguno, a la posibilidad o imposibilidad de controlar judicialmente un acto de la Administración, en particular de la Dirección del Trabajo, sino que el asunto versa sobre si tal revisión puede efectuarla, con arreglo a la ley, un tribunal del trabajo y, más acotado todavía, si ese juzgado de la especialidad tiene asignada por ley la facultad de conocer y resolver una reclamación cuya finalidad es dejar sin efecto una resolución administrativa, emanada de dicha Dirección del Trabajo, en materia de negociación colectiva y, en concreto, en aquella que ha sido objeto de discusión ante dicho organismo, en cuanto a la calificación de servicios mínimos.

CUARTO: Despejado lo anterior, debe indicarse que el artículo 420, letra e), del Código del Trabajo, dispone, textualmente, lo siguiente: "Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social".

Esta regla general aparece concebida bajo una fórmula flexible, general, o abierta, en el sentido que está llamada a su integración con otra norma legal, preexistente o posterior, dado que se atribuye competencia al tribunal del trabajo para conocer de tales reclamaciones, pero sólo de aquellas "que procedan", es decir, al contrario de lo sostenido por el recurrente, se precisa de otra disposición legal que establezca la posibilidad de ejercer la reclamación y de hacerlo específicamente ante un juzgado laboral, lo que en el caso concreto, tal y como lo deja asentado la juez a quo, no ocurre.

QUINTO: Que, por el contrario, se cuenta en la materia con lo previsto expresamente por el artículo 360, inciso undécimo, en el sentido de que "La resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo calificando los

servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa deberá ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento. Esta resolución deberá ser notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo".

Acierta en este sentido la juez a quo al señalar en la resolución recurrida que la norma antes transcrita, en lo pertinente, ha limitado expresamente el conocimiento de la reclamación deducida al ámbito de competencia de la autoridad administrativa, en este caso, del Director Nacional del Trabajo, no estableciéndose instancia de reclamación judicial alguna en la materia laboral que nos ocupa, relativa a la negociación colectiva, por lo que no cabe sino concluir que los Juzgados de Letras del Trabajo carecen de competencia al efecto.

SEXTO: Que, por consiguiente, al no dar curso a la reclamación deducida, declarándose incompetente, la juez del grado no ha incurrido en un error susceptible de enmendarse por la vía del arbitrio intentado.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto, además, en los artículos 465 y 472, del Código del Trabajo, se confirma la resolución apelada de fecha veintisiete de julio de dos mil diecisiete, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT N° M 1806 2017, caratulada "Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo.

Dictada por los ministros MIREYA EUGENIA LÓPEZ MIRANDA y VIVIANA CECILIA TORO OJEDA."

3.4.2 Recurso de Apelación Rol 2347 – 2017, emitida por la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Sociedad de Instrucción Primaria con la Dirección Nacional del Trabajo.

En esta causa la Corte de Apelaciones de Santiago conoce del recurso de apelación interpuesto en contra de la de resolución de incompetencia, dictada por el primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el 19 de octubre del 2017 en la causa RIT: I-343-2017, causa que citamos en el N° 2 apartado anterior al analizar la postura de los tribunales laborales.

Esta sentencia, marca un precedente importante, pues la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque en fallo dividido, hace un giro, al reconocer que los Juzgados de Letras del Trabajo se encuentran llamados a conocer de las reclamaciones que se realicen respecto a las resoluciones administrativas que dicte la Dirección del Trabajo calificando los servicios mínimos y equipos de emergencia, en otras palabras reconoce la competencia de los tribunales laborales sobre esta materia.

La Corte de Apelaciones de Santiago se hace cargo de desvirtuar cada una de las argumentaciones utilizadas por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago para declararse incompetente en la causa, para ello aplica e interpreta las normas laborales en armonía con el resto de las normas y principios constitucionales y legales vigentes en nuestro país, específicamente el derecho a la acción y el principio de inexcusabilidad.

A continuación citaremos extractos del fallo, el cual resume el cambio de interpretación de la Corte de Apelaciones de Santiago en torno al tema, y como desvirtúa los argumentos del tribunal laboral.

En relación a los argumentos de tipo jurídico emitidos por el tribunal laboral, que concluye que la reclamación es improcedente debido a que se dedujo por un conducto procesal ante un órgano que no está establecido por la ley para conocerla, esto basado en la interpretación que hace de los artículos 429 y 447 del Código del Trabajo en relación con el literal b) y e) del artículo 420, y lo preceptuado en el artículo 360 del mismo cuerpo legal. La duodécima sala de la Corte de Apelaciones de la capital, tras un análisis del artículo 399 del Código del Trabajo desvirtúa la conclusión a la que

arribó el tribunal en la decisión de primer grado, y concluye que todas y no solo algunas de las cuestiones que dé origen la aplicación del Libro IV de ese estatuto laboral deben ser conocidas y resueltas por el Juzgado de Letras del Trabajo, por ende la reclamación respecto de la calificación de servicios mínimos, debe ser resuelta por el tribunal laboral. Así se observa en los considerandos tercero y cuarto:

TERCERO: *Que el artículo 399 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:*

“Competencia. Será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de este Libro el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante”.

Así, cuando el legislador hace referencia a las cuestiones que den lugar a la aplicación de “este Libro”, obviamente se refiere al Libro IV del Código del Trabajo, que gobierna la Negociación Colectiva. En esa sección se encuentran los Títulos I, normas generales; II, sobre derecho a información de las organizaciones sindicales; III, sobre instrumentos colectivos y titularidad sindical; IV, sobre negociación colectiva reglada; V, sobre negociación colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa; VI, acerca de los pactos sobre condiciones especiales de trabajo; VII, de la mediación laboral de los conflictos colectivos y el arbitraje; VIII, procedimientos judiciales de la negociación colectiva; IX, sobre prácticas desleales, otras infracciones en la negociación colectiva y su sanción; y X, que reglamenta la presentación efectuada por federaciones y confederaciones.

El Título IV del Libro IV, sobre negociación colectiva, está dividido, a su vez, en distintos capítulos, a saber:

I.-, reglas generales;

II.-, oportunidad para presentar el proyecto y plazo de negociación;

III.-, de la respuesta del empleador;

IV.-, sobre impugnaciones y reclamaciones;

V.-, del período de negociación;

VI.-, sobre el derecho a huelga; y

VII.- acerca de las limitaciones al ejercicio del derecho a huelga.

CUARTO: *Que la descripción enunciada en el razonamiento que antecede permite llegar naturalmente a una conclusión opuesta a la enunciada en la decisión de primer grado. En efecto, el sentido preciso y exacto del artículo 399 del Código del Trabajo es que todas y no solo algunas de las cuestiones a que dé origen la aplicación del Libro IV de ese estatuto laboral deben ser conocidas y resueltas por el Juzgado de Letras del Trabajo. Dicho de otro modo: si el legislador hubiera querido estatuir excepciones a esta regla, así lo habría dicho en términos explícitos. Y si la ley hubiera entendido que contra las decisiones de la autoridad administrativa competente en materia laboral no procede recurso alguno, así también lo habría dispuesto. En conclusión, sin excepciones a la regla competencial mencionada, no cabe entender que la justicia laboral haya sido privada de jurisdicción que está llamada a ejercer en términos perentorios.*

Ahora si nos detenemos en la conclusión final del considerando cuarto, en cuanto señala que “*sin excepciones a la regla competencial mencionada, no cabe entender que la justicia laboral haya sido privada de jurisdicción que está llamada a ejercer en términos perentorios.*” y lo señalado en el considerando octavo, que se cita a continuación, podemos observar como la Corte de Apelaciones se hace cargo de una de las grandes confusiones que hemos detectado en los argumentos de los diferentes actores que participan de la discusión respecto a si procede o no la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos, esto es la confusión entre los conceptos de jurisdicción y competencia.

“OCTAVO: *Que ninguna interpretación presuntamente restrictiva de las normas de competencia que estatuye el Código del Trabajo puede llevarnos a concluir que los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para conocer reclamaciones contra resoluciones dictadas por la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones. Lo contrario llevaría a negar la vigencia del*

principio de revisión judicial en materia laboral, afirmación se contradice con la noción misma de jurisdicción, así como con los preceptos y principios recogidos por la Ley número 19.880, sobre Bases Generales del Procedimiento Administrativo.

Sostener, como se dijo en estrados durante la vista de la causa, que la labor de la autoridad administrativa no admite revisión de sus fundamentos y decisiones por el Poder Judicial atendido que estamos ante el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, es una afirmación de la cual esta Corte disiente. La potestad jurisdiccional existe precisamente para impedir la autotutela y evitar que alguna autoridad, persona o grupo de personas se transforme en el supremo juez de sus propias decisiones. El sentido de la intervención judicial a requerimiento de parte es precisamente la materialización y posibilidad de ejercicio de otras libertades y derechos a los que no dudamos en llamar también como esenciales que deben ser considerados para decidir el conflicto, tales como la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley ante el ejercicio de los derechos de persona, la prohibición de enjuiciamiento por comisiones especiales, el derecho al juez predeterminado, la tutela judicial efectiva, el racional y justo procedimiento, la libertad de trabajo, la libre contratación en materia laboral, el derecho a negociar colectivamente, el derecho a desarrollar una actividad económica lícita y tantos otros que esta Corte, por mandato constitucional, está llamada a apreciar y ponderar.

Ahora en cuanto al argumento entregado por el tribunal laboral en el cual hace alusión a la existencia del oficio N°154-2017 de la Excelentísima Corte Suprema, con el fin de demostrar la falta de competencia de los Juzgados del Letras del Trabajo, debido a que dicho documento contiene un informe en el cual el Presidente del Máximo Tribunal muestra estar a favor de la modificación del código laboral para que se reconozca la competencia de los tribunales laborales y el procedimiento monitorio para conocer de la resolución emanada por la Dirección Nacional del Trabajo, la Corte de Apelaciones arremete contra argumentando que la existencia de un informe favorable emitido por la Corte Suprema, tendiente a propiciar una reforma al Código que permita

explícitamente la posibilidad de reclamar en la determinación de cuáles son los servicios mínimos, no lleva en absoluto a concluir que los juzgados del trabajo son incompetentes para conocer reclamaciones deducidas en procedimiento monitorio contra decisiones de la autoridad administrativa.

“SEXTO: este documento no forma parte de la historia fidedigna del establecimiento de ninguna ley vigente, sino que constituye una opinión vertida en el contexto de la tramitación legislativa. No es, por tanto, una fuente de derecho...tiene valor en el contexto del trámite de un proyecto de ley aún no concluido como es el de autoría del diputado Sr.Tarud, pero de ningún modo es parte de la historia fidedigna de la Ley 20.940...Sobre este aspecto, conviene dejar constancia que si por mandato legal sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, con mayor razón cabe entender que la opinión de la Corte Suprema contenida en una respuesta al Congreso Nacional, por mucho que esté contenida en un oficio al cual podemos atribuir la calidad de documento público, no es vinculante para los tribunales de justicia que conozcan solicitudes de incompetencia promovidas ante ellos”

Finalmente y por los fundamentos que ya hemos analizado la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revoca la resolución pronunciada en autos por el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, declarándose en consecuencia que ese tribunal es competente para conocer y decidir la reclamación que ante él se interpuso contra la Resolución número 0535 de 11 de julio de 2017, dictada por don Christian Melis Valencia, abogado, Director del Trabajo.

Es relevante señalar que esta decisión no fue unánime, si no que fue acorado con el voto en contra de la Ministra Marisol Rojas Moya, quien compartiendo los fundamentos de la resolución en alzada, estuvo por confirmar la misma.

Este pronunciamiento fue realizado el día 4 de diciembre de 2017, por los ministros Juan Cristóbal Mera Muñoz y Marisol Andrea Rojas Moya, y el Abogado Integrante Héctor Antonio Mery Romero.

3.4.3 Recurso de Apelación Rol 2173 – 2017, emitida por la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulado Tecnoglobal S.A en contra de la Dirección Nacional del Trabajo.

En esta causa la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago conoce del recurso de apelación interpuesto en contra de la de resolución de incompetencia, dictada por el primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago con fecha 5 de octubre del 2017 en la causa caratulada “Tecnoglobal S.A con Dirección Nacional del Trabajo”, causa que citamos en el N°3 del apartado anterior al analizar la postura de los tribunales laborales.

Con fecha 3 de enero de 2018, la Corte de Apelaciones de Santiago se limita a confirmar la resolución apelada. Con ello hace suyo la interpretación del tribunal de base que determinó su incompetencia, por lo que le son plenamente aplicables todas las críticas hechas a la interpretación de los jueces de letras del trabajo.

Del mismo modo podemos evidenciar lo señalado en la introducción de este apartado, en cuanto sostenemos que la Corte de Apelaciones ha sido errática en sus decisiones, y no ha mostrado cohesión y evolución en sus resoluciones sobre el control judicial de la calificación de servicios mínimos.

3.5 Postura de las Excelentísima Corte Suprema respecto de la Revisión Judicial de la Calificación de Servicios Mínimos.

El máximo tribunal de nuestro país se ha pronunciado en escasas oportunidades respecto a la competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de servicios mínimos, esto debido a que la entrada en vigencia de la ley 20.940 se produjo en abril del año 2017, cuestión determinante debido a que sólo ha transcurrido poco más de un año desde su implementación, lo que limita la posibilidad de agotar

las diferentes instancias judiciales y acceder a un pronunciamiento de la Corte Suprema.

Ahora, si analizamos la vía a través de la cual las primeras causas han logrado llegar a la Corte Suprema, no deja de llamar la atención el hecho de que sea por medio del recurso de queja, debido a su carácter intrínsecamente disciplinario.

Del actuar de los abogados patrocinantes que han interpuestos los recursos de queja, se puede desprender que buscan de manera forzosa, poner en conocimiento del máximo tribunal del país, la problemática de la competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de servicios mínimos emitida por la Dirección del Trabajo, a fin de obtener un pronunciamiento, ya sea, por medio de la queja propiamente tal o por una actuación de oficio de los ministros que componen la sala.

Finalmente, el recurso de queja se ha transformado en el único medio para obtener un pronunciamiento de la Corte Suprema y entregarnos los primeros atisbos del pensamiento de este excelentísimo tribunal.

Así hasta el momento, a nuestro parecer, tres han sido los recursos de quejas que han marcado el desarrollo de la discusión, dos de los cuales han generado interpretaciones contradictorias respecto a la postura adoptada por el máximo tribunal, y una tercera queja, que no admite interpretaciones debido a los fundamentos entregados por la Corte en su fallo.

Para el análisis del pensamiento de la Corte Suprema, sumaremos a las tres causas que venimos desarrollando en el presente trabajo, una cuarta causa, el recurso de queja presentado por CAR S.A, debido a que representa la primera declaración en juicio del máximo tribunal, respecto del control judicial de la calificación de los servicios mínimos.

De igual modo, debemos hacer mención a que la Corte Suprema, emitió un Oficio en respuesta a una moción parlamentaria presentada por el diputado Jorge Tarud para modificar el artículo 360 Código del Trabajo, y sustituir la frase donde se establece que “sólo será reclamable ante el Director Nacional de Trabajo” [la calificación de servicios mínimos emitida por el Director Regional del Trabajo], e incorporar de forma expresa que la resolución emanada del Director Nacional del Trabajo, podrá ser recurrida ante

el tribunal laboral de conformidad a lo establecido en el artículo 504 del Código del Trabajo.

3.5.1 Recurso de Queja Rol 41455-2017, interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A.

Este recurso de queja fue interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. contra los ministros Mireya Eugenia López Miranda y Viviana Cecilia Toro Ojeda, en razón de la sentencia de fecha 13 de octubre de 2017, que confirmó el fallo de primera instancia por la que el tribunal laboral se declaró incompetente para conocer de la reclamación de resolución administrativa que califica servicios mínimos.

En la actualidad, el recurso de queja se encuentra suspendido, debido a que, con fecha 5 de diciembre de 2017 el Tribunal Constitucional decreta la suspensión tras declarar admisible el Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A., a través del cual ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los vocablos “sólo”, del inciso undécimo del artículo 360, y “que procedan”, contenido en la letra e) del artículo 420, ambos, del Código del Trabajo.

3.5.2 Recurso de Queja Rol I-343-2017, interpuesto por la Dirección del Trabajo en contra de los ministros que componen la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El presente recurso de queja, forma parte de la causa de Sociedad de Instrucción Primaria contra la Dirección del Trabajo.

El recurso fue interpuesto por la Dirección del Trabajo en contra de los ministros que componen la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, tras considerar que la resolución del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que revocaba la decisión del primer juzgado del trabajo de Santiago y en su lugar declaraba que el

tribunal laboral era competente para conocer de la reclamación de la resolución que califica los servicios mínimos, fue dictada con falta y abuso grave.

La Corte Suprema con fecha veinte de diciembre de dos mil diecisiete, resuelve declarar inadmisibile el recurso de queja dando argumentos de tipo procesal, basados en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el que establece los requisitos copulativos para que proceda la queja. El máximo tribunal señaló:

Primero: Que de conformidad con el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de queja sólo procede en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución y siempre que no sean susceptibles de ningún otro recurso, sea ordinario o extraordinario.

Segundo: Que la resolución que se impugna en estos antecedentes es aquella que revocó la de primera instancia y declaró que el tribunal es competente para conocer de la reclamación deducida; la que no participa de la naturaleza jurídica antes indicada, razón suficiente para declarar inadmisibile el recurso intentado.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Ricardo Blanco H., Gloria Chevesich R., Carlos Cerda F. y los Abogados (as) Integrantes Álvaro Quintanilla P., Carlos Pizarro W. Santiago, veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

Si analizamos la resolución emitida por la Corte de Apelaciones, a la luz de los requisitos establecidos por el legislador, podemos darnos cuenta, que efectivamente no comparte la naturaleza de las sentencias que el legislador estipuló como susceptible de recurso de queja, debido a que no pone termino al juicio ni hace imposible su prosecución, si no que por el contrario, es una resolución que declara que el tribunal a quo debe resolver el asunto principal de la causa.

Ahora, si observamos el presente recurso de queja, desde la perspectiva de obtener atisbos del pensamiento de la Corte Suprema respecto a la necesidad de un control judicial respecto a la calificación de servicios mínimos, poco se puede conseguir, puesto que el recurso, fue declarado inadmisibile por argumentos de forma, sin entrar

en las consideraciones de fondo respecto a la competencia o incompetencia de los tribunales laborales para conocer del establecimiento de los servicios mínimos

Pese a esto, hubo quienes consideraron que la resolución “podría suponer que la Corte Suprema está de acuerdo con la competencia de los tribunales laborales”⁷⁰, debido a que desestimó la queja en contra de la resolución emitida por la Corte de Apelaciones, que declaraba que el tribunal laboral era competente para conocer de la calificación de servicios mínimos.

Por su parte, el director del trabajo de ese entonces, Christian Melis, insistía en la tesis de la incompetencia judicial respecto de la calificación de servicios mínimos, y aseguraba que “La Corte al declarar la inadmisibilidad se pronuncia sobre un aspecto estrictamente procesal, no se pronuncia sobre la pertinencia de lo obrado por la Dirección del Trabajo en la calificación ni sobre el tema de la competencia”⁷¹.

Consideramos que la resolución de la Corte Suprema en este caso, pese al revuelo mediático que lo rodeo, en cuanto a las diversas interpretaciones que se hicieron de él, no es relevante respecto al asunto que analizamos, debido a que nada dice respecto del fondo de la competencia o incompetencia del tribunal laboral para conocer. El único punto relevante es que, tras la declaración de inadmisibilidad del recurso, por primera vez un tribunal laboral se pronunciará respecto a la calificación de servicios mínimos, ya no desde una perspectiva de competencia o falta de competencia del tribunal laboral, si no que respecto de la legalidad de la determinación de los servicios mínimos realizada por la Dirección del Trabajo.

⁷⁰ Juan Vergara en Revista Pulso La Tercera: *Suprema le quita el piso a la Dirección del Trabajo y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos. 22 de diciembre de 2017*. Recuperado el 20 de junio de 2018 desde <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-le-quita-piso-la-dt-confirma-competencia-judicial-ver-servicios-minimos/>

⁷¹ Christian Melis en Revista Pulso La Tercera: *Suprema le quita el piso a la Dirección del Trabajo y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos. 22 de diciembre de 2017*. Recuperado el 20 de junio de 2018 desde <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-le-quita-piso-la-dt-confirma-competencia-judicial-ver-servicios-minimos/>

3.5.3 Recurso de Queja 1180-2018 Corte Suprema, interpuesto por CAR S.A. en contra de los ministros de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Este recurso de queja fue presentado por CAR S.A.⁷² en contra de los integrantes que componen la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de la capital, señores Omar Astudillo Contreras, Guillermo De La Barra Dunner y el ministro suplente señor Alejandro Aguilar Brevis, por haber dictado con faltas o abusos la resolución de doce de enero del año dos mil dieciocho, por medio de la cual confirmaron la que declaró la incompetencia absoluta del tribunal laboral para conocer de la reclamación deducida en contra del Director Nacional del Trabajo.

Este recurso de queja resuelto por la cuarta sala de la Corte Suprema, si bien se rechazó, tras considerarse que el proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los jueces, no puede ser revisado por la vía del recurso de queja, causó impacto, debido a que por primera vez la Corte Suprema abrió el debate respecto a si procede o no el control judicial de la calificación de servicios mínimos, debido a que en el voto de minoría, específicamente los ministros don Hugo Dolmestch y Ricardo Blanco, estuvieron por actuar de oficio y declarar la competencia para conocer sobre la reclamación en contra de la resolución que califica los servicios mínimos emitida por la Dirección del Trabajo, en base a los argumentos que citamos a continuación:

“Ellos tienen en consideración que de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 420 del Código del Trabajo, serán de competencia de los juzgados de letras del trabajo, las reclamaciones que procedan en contra de resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales y de seguridad social, precepto que debe ser interpretado en relación con los artículos 360, 420 letra b) y 504 del referido cuerpo legal. Tal entendimiento armoniza con el principio de inexcusabilidad recogido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República en relación con el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. De este modo, aparece que la sentencia recurrida privó a la quejosa, en último

⁷² Recurso de Queja 1180-2018, caratulada CAR S.A., Corte Suprema Chile.

término, de su derecho a obtener tutela judicial efectiva al declararse incompetente de conocer una determinada reclamación”.

Este fallo ha generado diversas interpretaciones de los juristas; por una parte, hay quienes observan la decisión como una declaración implícita de la Corte Suprema determinando la incompetencia de los tribunales laborales respecto a la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos, así encontramos la visión del profesor Luis Lizama quien declaró: *“este es un fallo demoledor, desde el punto de vista de quienes han sostenido que el juez laboral podría conocer de una reclamación de lo resuelto por la Dirección del Trabajo, por razones de forma y de fondo no es posible hacerlo”*⁷³

A nuestro parecer una aseveración de ese tipo, es errada y un tanto apresurada, debido que implicaría suponer que los tres ministros que optaron por no actuar de oficio y declarar la competencia del tribunal laboral, lo hicieron motivados por su convencimiento de que legalmente no existente competencia de los juzgados del trabajo para conocer sobre los servicios mínimos, cuestión que no puede desprenderse de la resolución emitida por la Corte Suprema. Y del mismo modo sería desconocer el hecho de que los ministros eventualmente puedan haber evitado entrar en el fondo del asunto, en virtud de que se rechazó la queja en razón de que no procede éste recurso, respecto a la interpretación que hace el tribunal, porque ello constituye una labor fundamental, propia y privativa del juez.

Por su parte, Juan Vergara, asesor sindical, al comentar respecto a la resolución emitida por el tribunal supremo hace alusión a la causa de la Sociedad de Instrucción Primaria, *“La Suprema ya antes rechazó un recurso de queja por las mismas razones que en el caso de CAR. En ese caso tampoco quiso anular de oficio, con ello parecía ratificar competencia de los tribunales, pero ahora desiste declararla, pese a que se*

⁷³ Luis Lizama en Revista Pulso La Tercera: *“Suprema por primera vez entra al fondo y valida incompetencia por servicio mínimo.”* 8 de marzo de 2018. Recuperado el 15 de julio de 2018 desde <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-primera-vez-entra-al-fondo-valida-incompetencia-servicio-minimo/>

*abrió una discusión y dos ministros se manifestaron expresamente por anular de oficio para ratificar la competencia de los tribunales”.*⁷⁴

Finalmente, del recurso de queja de la presente causa, sólo podemos concluir que una parte minoritaria de los miembros que componen la cuarta sala de la Corte Suprema consideran que los juzgados del trabajo son competentes para conocer de la reclamación de la resolución que califica los servicios mínimos, esto según lo establecido por el artículo 420 b) del Código del Trabajo, es decir, por ser competente para conocer de las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre la negociación colectiva, y en concordancia con el principio de inexcusabilidad consagrado tanto a nivel legal como constitucional. Del mismo modo, establece que el procedimiento aplicable es el procedimiento monitorio del artículo 504 del código laboral.

3.5.4 Recurso de Queja Rol 832-2018, interpuesto por Tecnoglobal S.A contra los ministros de la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Este recurso de queja fue interpuesto por la empresa Tecnoglobal S.A. contra los ministros de la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Alejandro Rivera Muñoz, don Rafael Andrade Díaz y la abogada integrante doña Claudia Chaimovich Guralnik, en razón de la resolución de fecha 3 de enero de 2018, que confirmó la resolución apelada de 5 de octubre de 2017 dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en donde declaraba su incompetencia para conocer de la reclamación de resolución administrativa que califica los servicios mínimos.

El recurso fue rechazado con fecha 18 de abril de 2018 por un fallo dividido de la Primera Sala de la Corte Suprema, por considerar que el mérito de los antecedentes no le permitía concluir que los jueces recurridos hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sea necesario enmendar mediante el ejercicio de

⁷⁴ Juan Vergara en Revista Pulso La Tercera: *Suprema le quita el piso a la Dirección del Trabajo y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos. 22 de diciembre de 2017.* Recuperado el 20 de junio de 2018 desde <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-le-quita-piso-la-dt-confirma-competencia-judicial-ver-servicios-minimos/>

las atribuciones disciplinarias. Esto debido a que consideran que el proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los jueces en cumplimiento de su cometido, no puede ser revisado por la vía del recurso de queja, porque constituye una labor fundamental, propia y privativa de los jueces, tal como había declarado el máximo tribunal con anterioridad en el recurso de queja presentado por CAR S.A.

En palabras de la Corte Suprema:

CUARTO: *Que, conforme al artículo 545 de ese cuerpo legal, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves.*

QUINTO: *Que, en el presente caso, el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos –al decidir como lo hicieron– hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sea necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte. En efecto, el recurso gira en torno a la interpretación que los sentenciadores hicieron de las normas que rigen la procedencia de la reclamación judicial que regula el artículo 504 del Código del Trabajo, en relación con la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión administrativa que se pronuncia sobre la calificación de servicios mínimos, concluyendo que tal pronunciamiento sólo es reclamable por vía administrativa ante el Director Nacional del Trabajo, excluyéndose, de ese modo, la sede judicial.*

SEXTO: *Que, al respecto, se debe señalar que, como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, el proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los juzgadores en cumplimiento de su cometido no puede ser revisado por la vía del recurso de queja, porque constituye una labor fundamental, propia y privativa de los jueces, razón por la cual, el presente arbitrio debe ser desestimado.*

Ahora bien, hasta aquí la forma de resolver de la Corte Suprema no reviste una novedad, debido a que los argumentos que fundamentan el rechazo del recurso, son

los mismos datos en quejas anteriores. Lo diferenciador, relevante e histórico del presente recurso de queja, guarda relación con la actuación de oficio que llevó a cabo la Excelentísima Corte tras rechazar el recurso de queja.

A través de su facultad para actuar de oficio, en fallo dividido la Primera Sala del tribunal integrada por los ministros Guillermo Silva, Rosa María Maggi, Rosa Egnem, Gloria Ana Chevesich y Rodrigo Biel, resolvió *dejar sin efecto* la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmaba la de primera instancia y que acogía la excepción de incompetencia deducida por la Dirección del Trabajo. Y en su reemplazo el máximo tribunal del país, declaró la competencia del juzgado laboral.

De este modo, por primera vez la Corte Suprema reconoce, la necesidad de un control judicial respecto a la calificación de servicios mínimos que realiza la administración, a través de un fallo que contiene una detallada descripción de los argumentos que fundamentaron su decisión.

Así, podemos observar tres principales líneas argumentativas, la primera dice relación con los principios y normas consagradas a nivel constitucional; la segunda con las normas contenidas en el Código del Trabajo; y la tercera que guarda relación con el ordenamiento jurídico internacional y las recomendaciones entregada por la OIT.

La Corte reconoce que el problema se suscita por una errada interpretación del inciso undécimo del artículo 360 en donde se expresa que la decisión del Director Regional del Trabajo “sólo será reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo”, en cuanto los jueces desprenden de esta frase, que con la reclamación ante la dirección nacional no sólo se agota la sede administrativa, sino también la judicial, razón por la cual los tribunales del trabajo serían incompetentes para conocer del asunto.

Al respecto señalan los miembros de la primera sala del máximo tribunal, que una conclusión como aquella implica una clara vulneración de los principios básicos que gobiernan un estado de derecho, en cuanto, a que la incompetencia absoluta declarada por los jueces, en estricto rigor, privaría a los interesados de su derecho a acceder a la jurisdicción y del mismo modo se le impediría a los tribunales de justicia, ejercer el cometido que le es propio, lo que atentaría contra el principio de inexcusabilidad y debido proceso, entre otros.

Así, la Corte reconoce que el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental, se encuentra íntimamente vinculado con el debido proceso y especialmente con el derecho de acción, “en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no sólo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama”⁷⁵, al respecto concluye:

4°... De esta manera, no es extremo reconducir este concepto a la idea de que la inexcusabilidad, además de expresarse como una prohibición al juez de eludir la decisión de la cuestión que se somete a su conocimiento, también configura la prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que, cumpliendo las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política de la República, deba caer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente...

De este modo, la Corte es enfática en señalar que el desconocer la competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de servicios mínimos, infringe el principio constitucional de inexcusabilidad, en su doble dimensión, puesto que implicaría que el juez está eludiendo de resolver la cuestión que se somete a su conocimiento, y asimismo, se estaría apartando del control jurisdiccional un asunto que corresponde ser evaluado por un órgano judicial.

Con el fin de demostrar y no dejar lugar a dudas respecto a que la revisión de la calificación de servicios mínimos emitida por el Director del Trabajo, es de aquellos asuntos que corresponde ser evaluado por un órgano jurisdiccional, la excelentísima Corte, acude al principio de revisión judicial de los actos de la administración, consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de nuestra Constitución Política de la República el que señala: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad*

⁷⁵ La frase forma parte de una cita realizada por la Corte Suprema en el considerando 4° de su fallo, de los profesores Luis Guilherme Marinoni, Álvaro Pérez Ragone, y Raúl Nuñez Ojeda, en su obra “Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación”, de Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010, pp195-206.

que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". De esta forma los miembros de la Primera Sala concluyen:

"Ninguna duda cabe que en la especie se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica que genera y hace operativo el poder-deber entregado a los tribunales para conocer de él y de resolverlo por la vía del instrumento denominado proceso, y con efecto de cosa juzgada.

5° Que en concordancia con lo anterior, no es posible soslayar que el ordenamiento jurídico, partiendo por la carta magna, otorga al ciudadano la garantía básica de un justo y racional procedimiento para ser sustanciado y resuelto ante un juez imparcial, que debe sujetarse a la ritualidad que la ley contempla para llevar adelante el proceso, y, lo que es de suyo relevante, quedando aquél también sujeto al sistema de ponderación de las pruebas que ha predeterminado el legislador".

Ahora bien, la Corte asegura que por medio de una correcta interpretación de las normas legales contenidas en el Código del Trabajo, se arriba a la misma conclusión a la que llevan las normas y principios constitucionales, es decir, que los tribunales laborales gozan de la competencia y jurisdicción para conocer de la reclamación de la calificación de servicios mínimos emitida por la Dirección Nacional del Trabajo.

En efecto, en relación a la competencia absoluta para conocer de la materia, la Corte se remite a lo establecido en el artículo 420 letra e) del Código del Trabajo el que señala "serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: e) Las reclamaciones que procedan contra las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materia laborales, previsionales o de seguridad social", considerando que las calificación de servicios mínimos se enmarca dentro de las cuestiones de naturaleza laboral, en vista de que se desarrolla durante la vigencia de una vinculación de este tipo.

Del mismo modo, señala que el artículo 399 del Código, aborda directamente lo concerniente a la competencia en relación a los conflictos que genere la aplicación del Libro IV del Código el Trabajo que versa sobre la negociación colectiva y dentro del cual se encuentra regulada la institución de los servicios mínimos, "Será competente

para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de este Libro el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presenten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante”

Por su parte, asegura que el procedimiento aplicable efectivamente es el procedimiento monitorio contenido en el artículo 504 del Código en comento.

Al finalizar su argumentación de tipo legal y constitucional, la Corte Suprema agrega un fundamento que no puede pasarse por alto, debido a que demuestra el profundo entendimiento que el tribunal tiene respecto a la institución de los servicios mínimos, y dice relación con la naturaleza éstos, es decir, los entiende como una limitación a un derecho fundamental, motivo por el cual se hace imprescindible que un juez imparcial, por medio de un debido proceso y respetando el sistema de ponderación de derechos y pruebas pueda eventualmente revisar la decisión de un ente meramente administrativo, como lo es la Dirección del Trabajo

“9° Que al margen de lo indicado en todo lo que precede, cabe resaltar que un conflicto relativo a la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia -más allá de la enorme relevancia y entidad que es posible apreciar respecto de lo que en esta materia se decida por los efectos que puedan generarse-, resulta ser un problema de suyo complejo, tanto por la necesidad de aportación de pruebas de índole técnico y pericial, sino que también por las decisiones de naturaleza propiamente jurídicas que eventualmente pueda ser preciso abordar y resolver, como la relativa a determinar si tal prestación de servicios mínimos y equipos de emergencia -en una determinada situación-, está o no afectando “el derecho a huelga en su esencia”, como lo expresa el artículo 359 ya citado en el motivo segundo de estas consideraciones de oficio”.

Cómo último argumento, el máximo tribunal de justicia en nuestro país, se remite al ordenamiento jurídico internacional que reconoce el derecho a recurrir ante el juez correspondiente para los efectos de resolver las controversias surgidas en el ámbito de la libertad sindical

10° ...Así lo reconoce, por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, que al pronunciarse a propósito del derecho de huelga, y específicamente, acerca de sus restricciones, como las referidas a los servicios mínimos, en específico, respecto las situaciones y condiciones en que puede imponerse tal calificación, señala que “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga.”

Para finalizar el análisis de la resolución del recurso de queja es necesario señalar que fue pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, en fallo dividido debido al opinión disidente de la ministra Gloria Ana Chevesich, e integrada por los ministros Guillermo Silva, Rosa María Maggi, Rosa Egnem y el ministro suplente Rodrigo Biel.

“La ministra Chevesich fue de opinión de no obrar de oficio, porque, en su concepto, dicha manera de proceder en sede laboral solo está consultada en los artículos 429, inciso 2°, del Código del Trabajo y 545 del Orgánico de Tribunales, no configurándose, en el presente caso, el presupuesto que, para ese efecto, establece el primero, y tratándose del segundo, que consagra el recurso de queja, porque el deducido fue rechazado por los argumentos señalados en la primera parte de esta resolución, en concreto, porque los requeridos no incurrieron en alguna conducta que la ley reprueba y que sea necesario reprimir y enmendar mediante las atribuciones disciplinarias de que está Corte esta investida. Por último, en opinión de la disidente, tampoco aplica lo que dispone el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, en el entendido que se está conociendo de una incidencia, porque no se dan los supuestos que expresamente señala.

3.5.5 Oficio N°154-2017 de la Excelentísima Corte Suprema.

Este informe fue emitido como parte del primer trámite constitucional de la moción parlamentaria presentada por el diputado don Jorge Tarud, proyecto de ley que propone facultar a los particulares para recurrir a los tribunales de justicia contra la resolución de la Inspección del Trabajo que califique los servicios mínimos y de los equipos de emergencia, en los casos de existir negociación colectiva en materia laboral.

Esto debido a que el parlamentario, considera que el legislador estableció que la resolución pronunciada por la Dirección Regional del Trabajo, sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo, sin otorgarle al interesado la facultad de recurrir a un Tribunal Laboral para que dirima el conflicto.

Motivo por el cual propone se modifique el actual artículo 360 el código del trabajo, de la siguiente forma:

1) la parte final del inciso 11 del artículo 360, sustituyéndose la frase “y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”, por la frase “La resolución emanada por la Dirección Regional del Trabajo, será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

2) Y del mismo modo se agregue un nuevo inciso 12 al artículo 360, que verse de la siguiente manera: “De la resolución emanada del Director Nacional del Trabajo, la parte afectada podrá recurrir al tribunal laboral de conformidad a lo establecido en el artículo 504 de este Código.”

La Corte Suprema a través de su presidente señor Hugo Dolmestch Urra, se muestra a favor de la moción en cuanto, a la determinación del tribunal competente y procedimiento propuesto por el parlamentario, al respecto señala:

SÉPTIMO: *Que parece acertado lo propuesto en el proyecto en cuanto al tribunal que conocerá de la reclamación y lo relativo al procedimiento aplicable, por la necesidad de obtener una pronta resolución acerca del asunto que se someterá a la decisión de los tribunales de justicia.*

NOVENO: *Que cabe hacer presente que la remisión que realiza el proyecto al artículo 504 del Código del Trabajo -haciendo sólo hace aplicables las normas del procedimiento monitorio contenidas en los artículos 500 a 502-, y no directamente al procedimiento monitorio, resulta correcta, pues éste considera una etapa de mediación ante la Inspección del Trabajo, y como son sus resoluciones las reclamadas, sería inconducente.*

Sin embargo, advierte una falencia en el proyecto, pues señala que no se indica el plazo dentro del cual la parte afectada por la resolución del Director Nacional del Trabajo podrá recurrir al tribunal laboral a través del procedimiento monitorio, para subsanarlo la Corte propone un plazo de 15 días, mismo plazo que el establecido en el procedimiento aplicable a los procesos contenciosos administrativos especiales, fuera de las sedes especializadas, contemplado en el artículo 151 letras d) a i) de la Ley Orgánica de Municipalidades, el cual fue planteado por esta misma Corte durante la discusión de la ley 20.940 para impugnar la resolución que determina las empresas en donde no puede ejercerse la huelga.

DÉCIMO: *Que cabe hacer presente que a propósito del proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, coloquialmente conocida como “reforma laboral” (boletín 9835-2013, de 13 de febrero 2015), y referido a la impugnabilidad de la resolución que -dictada por un conjunto de ministros- identifica a las empresas que no tendrán derecho a huelga, esta Corte señaló mediante oficio 15-2015 que: “(...) de acuerdo a lo expresado con anterioridad por esta Corte, el procedimiento aplicable a los procesos contenciosos administrativos especiales, fuera de las sedes especializadas, debe ser el contemplado en el artículo 151 letras d) a i) de la Ley Orgánica de Municipalidades, que, en lo sustancial, es similar al procedimiento regulado en el proyecto, variando el plazo de interposición, pues es de quince días”. Respecto de las otras reclamaciones contra resoluciones administrativas, que entregaban competencia a los juzgados laborales para conocerlas a través del procedimiento monitorio, se informó favorablemente.*

Ahora bien, si analizamos el presente oficio desde el propósito planteado en éste apartado, es decir, identificar el pensamiento de la Corte Suprema respecto de la revisión judicial de la calificación de los servicios mínimos, consideramos, en primer

lugar, que nada dice respecto a si conforme la situación actual los tribunales laborales son o no competentes para conocer de la reclamación de la resolución administrativa que fija los servicios mínimos, por lo que no compartimos los argumentos utilizados por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en cuanto sostuvo que, “*este oficio era un documento público fechado el día 4 de septiembre de 2017 del que se desprende que, no hay el día de hoy competencia entregada a este Tribunal para conocer de la resolución emanada por la Dirección Nacional del Trabajo*”, fundamento que carece de toda lógica puesto que, el oficio forma parte de un proyecto de modificación legal que aún se discute, tal como lo señaló la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de la apelación presentada respecto de la resolución que contenía ese argumento, ese fallo señala:

SÉPTIMO: *Que es preciso añadir, a lo precedentemente reflexionado, que la circunstancia de haber advertido el autor de la moción parlamentaria un supuesto vacío en la reforma laboral que impediría deducir recursos judiciales contra la Dirección Nacional del Trabajo, encontrando eco en un informe favorable emitido por el Máximo Tribunal en aras de propiciar una reforma al Código que permita explícitamente la posibilidad de reclamar en la fijación de cuáles son los servicios mínimos, no lleva en absoluto a concluir que los juzgados del trabajo son incompetentes para conocer reclamaciones deducidas en procedimiento monitorio contra decisiones de la autoridad administrativa.*

Finalmente, y de una lectura del numeral sexto del oficio emitido por la Corte Suprema, es posible concluir que el máximo tribunal comparte con el diputado Jorge Tarud, la necesidad de determinar de manera **expresa** la posibilidad de impugnar la calificación de servicio mínimos emitida por la Dirección del Trabajo, de lo que se desprende que actualmente nuestra legislación lo considera y permite.

SEXO: *Que si bien la resolución del Director Regional es actualmente recurrible ante el Director Nacional -en conformidad con el principio de impugnabilidad contenido en el artículo 15 de la Ley N° 19.880- **el proyecto incorpora de manera expresa** la posibilidad de acudir a los tribunales*

laborales para reclamarla, quienes deberán conocer de este asunto, en conformidad con las reglas del procedimiento monitorio.

CAPITULO IV:

Fundamentos Jurídico-Procesales para el Control Judicial de la Calificación de los Servicios Mínimos.

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos analizado la institución de los servicios mínimos desde diferentes aristas, la función asignada por el legislador, el tratamiento que de ellos hace la OIT, los supuestos normativos que fueron recogidos en la norma laboral y el procedimiento a través del cual deben ser calificados, todo con el propósito de comprender el contexto en donde se originó la controversia respecto de si la calificación administrativa de los servicios mínimos realizada por el Director Nacional del Trabajo, es susceptible o no de revisión por parte de los tribunales de justicia.

Con posterioridad presentamos a través de *-una pequeña muestra representativa-* la forma en que se está desarrollando ésta discusión en los distintos tribunales de justicia de nuestro país, de la cual pudimos extraer los principales argumentos que fundamentan las posturas adoptadas por los juristas, ya sea en favor o en contra del reconocimiento de la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto.

Durante el presente capítulo nos dedicamos a dar sustento a la tesis de la competencia de los tribunales de justicia laboral para conocer de las reclamaciones en contra de la calificación de los servicios mínimos que realiza la Dirección del Trabajo a través de su Director Nacional.

Para ello primero abordaremos una cuestión previa, para dilucidar cuál es el tema de fondo que contrapone a las tesis, es decir si se trata de un problema de competencia o de jurisdicción.

Resuelto lo anterior y con el fin de aportar a la discusión, y de fundamentar nuestra tesis es que seleccionaremos del catálogo de principios generales de derecho y de derecho laboral, aquellos que en palabras de Dworkin nos dan pautas o estándares que nos guían hacia la justicia y equidad.

Precisamente, teniendo como base los principios haremos a continuación una exposición de los argumentos normativos que a nuestro parecer la sustentan.

Para luego, presentar los argumentos esgrimidos por quienes esbozan la tesis de la incompetencia de los tribunales laborales para conocer respecto de la calificación administrativa de los servicios mínimos, haciéndonos cargo de presentar los contraargumentos que a nuestro parecer desvirtúan dicha postura.

Lo anterior nos permitirá determinar cuáles son las consecuencias negativas que se siguen de adoptar el criterio de la incompetencia de los tribunales, así como los derechos que trabajadores, sindicatos y empleadores ven conculcados con dicha interpretación.

Luego de establecer la vigencia de la tesis de la competencia de los tribunales, en la etapa final dedicaremos dos apartados a tratar una cuestión posterior y no menos importante, primero responderemos a la pregunta ¿Cuál es el procedimiento aplicable para sustanciar el reclamo judicial de la calificación de los servicios mínimos? y en segundo lugar abordaremos la pregunta ¿Qué conoce el tribunal mediante el procedimiento de reclamación, Forma o Fondo del asunto?

4.1 Cuestión previa ¿Competencia o Jurisdicción?

El debate que se ha producido en torno la procedencia del control judicial respecto de la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo que califica los Servicios Mínimos, ha apuntado a la determinación de la existencia de competencia o falta de ésta por parte de los tribunales laborales para conocer de la reclamación, sin embargo, consideramos que el punto de derecho sobre el cual realmente se discrepa, es sobre la existencia de jurisdicción de los tribunales de justicia para resolver acerca de la reclamación presentada por el empleador o los sindicatos, cuando consideran que la calificación de servicios mínimos de carácter administrativa afecta sus derechos. Así lo han hecho patente los tribunales superiores de justicia, cuando se han pronunciado sobre el asunto.

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 4 de diciembre de 2017 recaída en el Recurso de Apelación Rol 2347 – 2017, caratulado Sociedad de

Instrucción Primaria con la Dirección Nacional del Trabajo ⁷⁶, sostuvo en el considerando 8° *“Que ninguna interpretación presuntamente restrictiva de las normas de competencia que estatuye el Código del Trabajo puede llevarnos a concluir que los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para conocer reclamaciones contra resoluciones dictadas por la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones”*, es decir, asegura que la argumentación entregada por los tribunales laborales tendientes a declarar su incompetencia, generaría no sólo un problema de falta de competencia, si no, uno mucho mayor, sería afirmar la falta jurisdicción de los tribunales de justicia, o sea, se estaría restando de la judicatura el conocimiento sobre la calificación de los servicios mínimos, con lo cual, las resoluciones de la Dirección del Trabajo calificando los servicios mínimos se transformarían en una materia no sujeta a revisión judicial por parte de ningún tribunal de la república. Cuestión que carece de total sentido, en vista de los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el principio de revisión judicial sobre los actos de la administración, el que la misma Corte de Apelaciones señala que si se desconoce, se estaría contradiciendo la noción misma de jurisdicción, a la vez se estaría asegurando que la Dirección del Trabajo es supremo juez de sus propias decisiones en relación a los servicios mínimos.

El mismo reparo realiza la Corte Suprema en el fallo de fecha 18 de abril de 2018, recaído en el Recurso de Queja Rol 832-2018, interpuesto por Tecnoglobal S.A contra los ministros de la novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago,⁷⁷ señalando en el considerando cuarto que: *“Aun cuando se acude por los jueces al concepto de incompetencia absoluta, lo cierto es, que en estricto rigor se priva a los involucrados, en la especie al recurrente, de su derecho de acceder a la jurisdicción”*, sobre este punto la Excelentísima Corte añade que una conclusión como la arribada por los tribunales laborales, desatiende principios como el de Inexcusabilidad, principio al cual le reconoce no sólo la capacidad de prohibir al juez el declinar emitir una decisión del asunto que se somete a sus conocimiento, sino que, le reconoce además el deber de

⁷⁶ Ver Capítulo III, apartado 3.4.2 del presente trabajo.

⁷⁷ Ver Capítulo III, apartado 3.4.3 del presente trabajo.

no apartar del control jurisdiccional asuntos que deban recaer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente.

Al respecto, sólo nos resta volver a señalar lo dicho en el análisis que efectuamos en el capítulo III a los recursos acá citados, en cuanto los tribunales de alzada entienden que la tesis de la incompetencia de los tribunales laborales, es decir la falta de jurisdicción, genera una clara vulneración de los principios básicos que gobiernan un estado de derecho, por cuanto la incompetencia absoluta declarada por los jueces, en estricto rigor, privaría a los interesados de su derecho a acceder a la jurisdicción y del mismo modo se le impediría a los tribunales de justicia ejercer el cometido que le es propio, lo que atentaría contra el principio de inexcusabilidad y debido proceso.

En definitiva, si prevaleciera la interpretación de la incompetencia de los tribunales laborales, lo que en realidad se está resolviendo es la falta de jurisdicción e imposibilidad de recurrir a los tribunales de justicia para conocer sobre las reclamaciones en contra de las resoluciones administrativas que califican los servicios mínimos, y no sólo una mera falta de competencia.

Pese a la aclaración respecto que el debate sobre la reclamación judicial de la calificación administrativa de los servicios mínimos se centra en la existencia o no de jurisdicción por parte de los tribunales, y sólo con la finalidad de no generar confusiones con lo ya analizado a lo largo de este trabajo y lo que trataremos más adelante, es que seguiremos hablando de competencia judicial, en circunstancias de que deberíamos referirnos a jurisdicción.

4.2 Principios del Derecho y su relación con los Servicios Mínimos.

En la base de todo ordenamiento jurídico, siempre encontraremos los llamados principios, los cuales rigen la creación de normas y la interpretación de las mismas para lograr dibujar aquellas zonas en donde la normativa genere pugnas internas o no haya sido comprensiva de todas las situaciones que pueden generarse en la vida jurídica. Del mismo modo, son importantes al momento de aplicar las normas para resolver un conflicto de relevancia jurídica, así como también resolver eventualmente acerca de la ponderación de derechos fundamentales que se encuentren en pugna.

Con el fin de poder determinar que ha de entenderse por los principios del derecho, citaremos las definiciones dadas por la doctrina nacional e internacional que nos parecen más atinentes.

El profesor Ronald Dworkin señala que los principios del derecho son *“estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*⁷⁸

Ahora bien, el catedrático Plá Rodríguez, nos da una tesis acerca de lo qué son los principios del derecho, que si bien, apuntan a los que son conformes al derecho del trabajo, igualmente se logra entregar una definición general. Se han de entender por principios las *“líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”*⁷⁹

La acotación anterior es aplicable también a la definición doctrinaria realizada por el profesor nacional Sergio Gamonal, quien señala que *“Los principios del Derecho del Trabajo son los que informan el sector de una disciplina jurídica, los cuales emanan implícita o explícitamente de las normas jurídicas vigentes, por lo tanto, son creados por el legislador y el constituyente, pueden estar así recogidos en la legislación y no pierden su calidad y dimensión.”*⁸⁰

De estas tres definiciones podemos obtener ideas que nos ayudan a concebir cual es el fundamento de los principios, cómo se produce su creación o existencia, y por último nos permiten determinar cuáles son las funciones que cumplen en el sistema jurídico. Si bien ninguno de estos temas será tratado en profundidad, pues escapa del objetivo trazado en el presente trabajo, resulta trascendental señalar las teorías y como éstas

⁷⁸ Dworkin, R. (1980) *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. P.86

⁷⁹ Plá Rodríguez, A. (1998), *“Los principios del Derecho del Trabajo”*, 3ª ed. actualizada. Editorial Depalma. P. 14.

⁸⁰ Gamonal, S. (2009). *“Fundamentos del Derecho Laboral.”* Santiago. Legal Publishing. P. 102-103

influye en la determinación de los principios del derecho en general y laborales en particular.

Los profesores Plá Rodríguez y Sergio Gamonal, comparten una visión restrictiva respecto a la creación o existencia de los principios del derecho, pues señalan que éstos emanan del mismo ordenamiento jurídico positivo y emergen de las normas jurídicas que los contienen.

Al respecto consideramos, que si bien las normas positivas nos dan luces de los principios en los cuales se sustentan las demás normas, y que en oportunidades recogen directa y explícitamente los principios por los cuales se rigen, como por ejemplo el actual Código Procesal Penal⁸¹, esta teoría positivista, no comprende la dimensión anterior y más amplia de la creación y existencia de los principios del derecho, pues tal como lo afirma el profesor Claudio Palavecino⁸² *-haciendo una interpretación de la definición dada por Dworkin-*, los principios son creaciones que realizan los operadores jurídicos, tanto la jurisprudencia judicial, como la jurisprudencia doctrinal, los cuales en base a la lectura, interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas y de su evolución en el tiempo dan paso a la creación y sustento de los principios del derecho, con el objetivo de impartir y determinar justicia. En palabras del propio catedrático:

“Los principios jurídicos son construcciones teóricas (de los juristas y de los jueces) que no se infieren (o inducen) del ordenamiento jurídico positivo, del sistema de normas, sino que se deducen a partir de las exigencias que impone a la razón la virtud de la justicia. Los principios son formulaciones de la justicia, cuya aplicación permite determinar lo justo en el caso concreto, esto es, realizar la equidad. Por consiguiente, los principios no

⁸¹ En este sentido el actual Código Procesal Penal dedica el Título I del Libro I a tratar los principios que lo rigen. A modo de ejemplo el artículo 1 señala: *Artículo 1º Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.*

⁸² Palavecino, C. (2005) *Los principios del Derecho del Trabajo. Apuntes de clases.* P. 4-5

requieren estar expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados.”

Así ocurre con los principios generales del derecho en nuestro país, que si bien no tienen consagración explícita en el texto constitucional *-salvo determinadas excepciones-*, la jurisprudencia y una parte mayoritaria de los juristas nacionales, están contestes en la existencia de estos principios, así por ejemplo *“El Tribunal Constitucional –ya en su primera jurisprudencia y especialmente en la más reciente- ha hecho constante referencia a los “principios y valores reconocidos en la Carta Fundamental”. De igual forma, la Corte Suprema -extremando posiciones- ha señalado con meridiana soltura que “la Carta Política se limita a establecer principios.”*⁸³ A mayor abundamiento, en el análisis que hemos realizado en capítulos anteriores respecto de resoluciones de los tribunales de justicia que se han mostrado conforme con la necesidad del control judicial respecto de la calificación de los servicios mínimos, en diversas ocasiones se hizo alusión a principios como fundamento de sus decisiones.

Al respecto, debemos señalar que de la lista de principios generales del derechos, consideramos atingentes para fundamentar la existencia de la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos son el principio de tutela judicial efectiva, el principio de revisión judicial de los actos de la administración y el principio de inexcusabilidad, los cuales serán tratados en el acápite siguiente.

Ahora bien, la determinación de los principios del Derecho del Trabajo, tampoco ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, pues se han establecido catálogos con diferentes principios. A modo de ejemplo el catedrático Américo Plá Rodríguez

⁸³ Chandía, S. (2012) *Principios Jurídicos y Ordenamiento Jurídico. Bases Para Una Teoría General De Los Principios Jurídicos en el Sistema Constitucional Chileno*. Derecho y Humanidades. Volumen (20), P. 183-239.

distingue seis principios⁸⁴, la académica nacional Etcheberry Parés enumera diez⁸⁵, mientras que, el profesor Sergio Gamonal reduce el catálogo a sólo dos principios⁸⁶.

Este último autor señala que es necesario establecer un catálogo de principios acotado, determinando que toda la gama de principios del derecho trabajo enumerados por los distintos autores, pueden reducirse sólo a dos: el principio Protector del Trabajador y el principio de Libertad Sindical, puesto que el resto de los principios se subsumen dentro de ellos.

Adherimos a la tesis de este catedrático, por considerar que la reducción que realiza no genera el efecto de menguar los principios, sino más bien logra dar unidad y fortaleza al Derecho del Trabajo, pues la finalidad del derecho laboral desde su origen ha sido dar protección a la parte más débil dentro de las relaciones laborales, de ahí que la libertad sindical al igual que el principio protector buscan garantizar esta vocación de la normativa laboral, siendo los demás principios expresiones o formas a través de los cuales los primeros se utilizan. Es por este motivo que analizaremos ambos principios con el fin de determinar la forma en que fundamentan la necesidad del control judicial de la determinar de los servicios mínimos en sede administrativa.

Habiendo tratado sucintamente qué son los principios del derecho, resta responder a la pregunta ¿Para qué sirven los principios del derecho? Y ¿Cómo pueden aportar en la fundamentación de la existencia de una revisión judicial de la calificación de servicios mínimos?

La respuesta a la primera pregunta está dada por las funciones que cumplen los principios en el ordenamiento jurídico, y siguiendo en esta línea al profesor Claudio Palavecino, coincidimos en que la definición de los principios dada por el profesor Plá

⁸⁴ 1) Principio Protector, 2) Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos, 3) Principio de Continuidad, 4) Principio de Primacía de la Realidad, 5) Principio de Razonabilidad y 6) Principio de Buena Fe

⁸⁵ 1) Principio protector o tutelar, 2) Principio de Irrenunciabilidad, 3) Principio de la continuidad, 4) Principio de la primacía de la realidad, 5) Principio de la buena fe, 6) Principio de la razonabilidad, 7) Principio de la no discriminación laboral, 8) Principio del rendimiento, 9) Principio de la ajenidad de los riesgos y 10) Principio de la gratuidad

⁸⁶ Principio protector y principio de la libertad sindical.

Rodríguez⁸⁷, nos permite entender cuáles son las funciones que los principios cumplen en el campo jurídico.

De este modo, y teniendo en cuenta las definiciones citadas y las teorías desarrolladas al respecto, consideramos que existen tres funciones esenciales que cumplen los principios del derecho: la función informadora, la función interpretativa y la función integradora.

- a) La función informadora tiene como vocación orientar y dar fundamento al legislador para el desempeño de su actividad legislativa y debe tomarse en cuenta en el análisis legislativo, puesto que si así no ocurriese, la normativa creada podría ir en contra de la esencia misma del Derecho del Trabajo⁸⁸.
- b) La función interpretativa tiene como finalidad orientar a los abogados y los demás operadores jurídicos y principalmente a los jueces en la aplicación del derecho en el caso concreto, es decir, orienta al juez al resolver las controversias que se presentan para su conocimiento y resolución.
- c) La función integradora tiene como misión ayudar en la actividad judicial de resolución de casos, cuando existen lagunas legales, lo que no implica que el juez se transforme en legislador.⁸⁹

Al respecto, hay quienes como Alejandro Guzmán Brito consideran que el juez puede recurrir a los principios generales del derecho, cuando las normas sean deficientes porque concitan el problema, pero no contribuyen a la solución, siempre que ellos sean reconocidos, aceptables y pertinentes a la cuestión. En palabras del catedrático: *“El Código de Procedimiento Civil exige a las sentencias contener la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo” (art. 170 N° 5). Si por “defecto” se entiende “carencia o imperfección” –atendiendo al Diccionario de la lengua española–, entonces cuando las normas*

⁸⁷ En esta misma línea se encuentra la definición dada por don Sergio Gamonal.

⁸⁸ Barbagelata, H. (2009). *Curso sobre la Evolución del Pensamiento juslaboralista*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. P. 298.

⁸⁹ Palavecino, C. (2005) Op. Cit., P.5 a propósito de esta función señala que: “Los principios del Derecho del Trabajo, apuntes de clases, página 5 que: Los principios forman parte del ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas y así los principios actúan como fuente supletoria de la ley en silencio de ésta o cuando la ley adolece de una obscuridad insalvable por vía interpretativa.

legales involucradas en un caso sean deficientes porque concitan el problema, pero no contribuyen a la solución, puede el juez acudir a los principios de Derecho Público recogidos en el título I de la LOC N° 18.575 [Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado] o a los principios generales del Derecho, si son reconocidos, aceptables y pertinentes a la cuestión”.⁹⁰

De este modo, podemos ver como estas “líneas directrices” propias de nuestro ordenamiento jurídico, por medio de las funciones que se les reconocen, nos permiten utilizar los principios como una herramienta a través de la cual podemos encontrar una respuesta respecto a la posibilidad de llevar a la justicia la reclamación de la determinación administrativa de los servicios mínimos.

4.3 Los Principios aplicables a la solución del problema.

Como ya lo adelantamos haremos uso de los principios, tanto del derecho en general, como del derecho laboral para sustentar la tesis de la judicialización de los servicios mínimos.

En un primer momento, se tratarán los principios generales del derecho, determinando como por medio de estos, podemos concluir que procede la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos desde una perspectiva general, por medio del derecho a la tutela judicial efectiva que se le reconoce a toda persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el poder-deber del Estado en orden a que el Poder Judicial por medio de sus tribunales de justicia deba conocer y resolver de los asuntos de relevancia jurídica, reconociendo el deber de realizar una revisión judicial de los actos de la administración, a través del principio de revisión.

Para luego profundizar dicha conclusión a la luz de los principios propios del derecho laboral, que nos llevarán a darle un contenido aún más de “necesidad” a la tesis de la judicialización de los servicios mínimos.

⁹⁰ Guzmán, A. citado en Aróstica. I. (2017) *Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva*. Derecho Público Iberoamericano, Volumen (11). P 13-34.

Los principios seleccionados con este fin son:

- 1) Principios Generales del Derecho:
 - a. Principio de la Tutela Judicial efectiva o Derecho a Accionar
 - b. Principio de Impugnación de los actos administrativos
 - c. Principio de la Inexcusabilidad
- 2) Principio del Derecho del Trabajo:
 - a. Principio de Libertad Sindical
 - b. Principio Protector

4.3.1 Principios Generales del Derecho

a) Principio de Tutela Judicial Efectiva.

La tutela judicial efectiva, también conocida como derecho a accionar tiene su origen y protección en la Constitución Política de la República de nuestro país. Ha sido definida por el Tribunal Constitucional como:

“El derecho que tiene toda persona a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la autotutela como solución para los conflictos. La solución del conflicto a través del proceso cumple dos objetivos: la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley”⁹¹

Al analizar ésta definición, nos detenemos en el punto en donde se señala que es “un derecho otorgado en compensación por haberse prohibido la autotutela”, precisamente el Primer Estudio de Tutela Judicial en Chile inicia el desarrollo de su trabajo, explicando este asunto:

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 205, de 2 de febrero de 1995, c. 9, citado en García, G. y Contreras, P. (2013) *El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. Estudios Constitucionales, Volumen (2) P. 229 - 282

“El art. 5º, inc. 1º, Constitución Política de la República (CPR) preceptúa que “la soberanía reside esencialmente en la nación” y “su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas”, pero “también por las autoridades que” dicha Carta establece; precisamente entre estas autoridades aparece el Poder Judicial, único al que el constituyente le asignó expresamente esta denominación y cuya potestad recibe el nombre de jurisdicción, que consiste en el atributo-deber exclusivo “de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado” (arts. 7º y 76, inc. 1º, CPR y 1º Código Orgánico de Tribunales, COT). Pero a la vez le entrega la facultad conservadora (art. 3º COT), en cuya virtud le incumbe velar por los límites funcionales de los Poderes Públicos, en otras palabras, porque cada uno actúe dentro de la órbita de sus atribuciones, evitando desviaciones o abusos”⁹²

De este modo, se logra apreciar como el Estado a través de la soberanía, asume la administración de justicia de forma exclusiva, con el fin de impedir el ejercicio de la autotutela como mecanismo de solución de los conflictos de la ciudadanía. Pero a su vez, otorgando y reconociendo en primer lugar, el derecho de accionar, o sea el derecho de las personas para recurrir a la jurisdicción a fin de defender sus derechos e intereses en condiciones de igualdad. Y en segundo lugar, la correlativa obligación, o también llamado el poder-deber de los tribunales de justicia para conocer y resolver los asuntos que se le presenten.

Así, podemos ver como la Constitución de la República recoge estos derechos:

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

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

14º.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

⁹² Sociedad de Desarrollo Tecnológico USACH Informe N°1 Proyecto Estudio de la Tutela Judicial en recuperado el 8 de julio de 2018 desde <http://servicios.poderjudicial.cl/BID/pdf/12/Informe%201P1.6-1.pdf>

Artículo 76: La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

La Corte Suprema al tratar este principio ha enfatizado en un asunto de vital importancia, y que dice relación ya no sólo con la posibilidad de acceder a la justicia, sino que, con una tutela efectiva del derecho que se reclama, es decir, con una protección real del interés que se somete a su conocimiento. En palabras de máximo tribunal de la nación, el derecho a acción es la *“Prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no solo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama”*⁹³, definición que entregó precisamente cuando resolvió el recurso de queja presentado en la causa Tecnoglobal S.A con Dirección del Trabajo, en orden a fundamentar su decisión de actuar de oficio y declarar la competencia del tribunal laboral para conocer sobre la reclamación en contra de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos.

La doctrina nacional e internacional, al tratar sobre la tutela judicial efectiva ha distinguido tres pilares que la componen: derecho accionar; debido proceso y la cosa juzgada, sin los cuales no puede establecerse una real tutela judicial efectiva.

Ahora bien, si trasladamos lo hasta aquí señalado al caso concreto que nos mueve, es decir, la posibilidad de judicializar la calificación de servicios mínimos emitida por la Dirección del Trabajo, desde ya debemos señalar que consideramos es procedente, en virtud del derecho a accionar que se le reconoce a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjero, al interior de la República de Chile.

Una vez realizado un examen general del asunto, el cual nos permite concluir la procedencia la revisión judicial de la calificación de servicios mínimos, consideramos conveniente ahora, ceñir el análisis a la calidad de acto administrativo del que goza la

⁹³ Corte Suprema, Recurso de Queja Rol 832-2018.

resolución que califica los servicios mínimos, para de este modo ver como el principio de tutela judicial efectiva influye en el control judicial en este tipo de actos.

El profesor Bernardino Bravo reconoce a la tutela judicial respecto de los actos administrativos como un elemento fundamental dentro de un Estado de Derecho, al respecto señala “Es la facultad de los súbditos para obtener la revisión judicial de los actos del poder, la piedra angular e imprescindible sostén de dicho régimen jurídico; cuyos orígenes arrancan en la separación entre gobierno y judicatura.”⁹⁴

Hoy, el Derecho Constitucional vigente no solamente franquea a los particulares determinadas acciones procesales para desafiar las actuaciones de las autoridades administrativas y del gobierno, sino que, además, asegura con amplitud el derecho de acceso a la justicia, seguido de un proceso justo, racional y ante un juez neutral, quien no se ha de doblegar ante los posibles intentos de interferencia estatal; todo ello en los arts. 19 N° 3 y 76 de la Constitución.⁹⁵

Precisamente, en virtud de la consagración constitucional aludida en el párrafo anterior, y a todo lo que hemos venido desarrollando, es que no puede considerarse que la frase “y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo” contenida en el artículo 360 del Código del Trabajo en donde se fija el procedimiento administrativo para calificar los servicios mínimos, constituya una barrera de entrada al acceso de la justicia, sino que sólo una fórmula legal en donde se establece el cierre de la fase administrativa.

Ahora bien, si se determinase que el legislador laboral efectivamente por medio de la frase en comento, hubiese determinado que en contra de la calificación de servicios mínimos realizada por el Director Nacional del Trabajo, no procede recurso alguno, de igual modo por medio del principio de tutela judicial efectiva, llegaríamos a la conclusión que dicha estipulación es inconstitucional. Puesto que se afecta el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 19 N°3 de nuestra Constitución, cuando se impide que las decisiones administrativas sean revisadas por los tribunales

⁹⁴ Aróstica, I. (2017) Op. Cit., P.15

⁹⁵ Soto Kloss, E. Citado en Aróstica, I. (2017) Op. Cit., P.19

como también si se introducen formalidades procesales que hagan ilusorio el ejercicio de este derecho, tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional, en la causa Rol 1173 del año 2009.⁹⁶

Finalmente, con respecto al real ejercicio de la tutela judicial, ya no de una perspectiva de acceso a la justicia, sino que en relación al derecho sustantivo que se reclama, en los términos que lo señala la Corte Suprema, es necesario señalar que el control judicial que realice el tribunal respecto del acto administrativo, en este caso el emitido por el Director del Trabajo, debe versar tanto sobre la legalidad del procedimiento fijado en el artículo 360 del Código del Trabajo, como también sobre el fondo del asunto, es decir sobre las consideraciones que se tienen como fundamento para una correcta determinación de los servicios mínimos, puesto que en ese punto radica la relevancia del control, al ser los servicios mínimos una institución que eventualmente por su característica de ser un límite al derecho de huelga, podrían afectar la esencia de este derecho fundamental y colisionar con otros.

b) Principio de la Inexcusabilidad.

El principio de inexcusabilidad se encuentra recogido en la Constitución Política de la Republica, que en su artículo 76 inciso 2° dispone:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

Mientras que el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 10 inciso 2°, señala:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.”

⁹⁶ Considerando Sexto de los argumentos entregados por los ministros que estuvieron por acoger la Acción de Inconstitucionalidad ROL 1173-2009, Tribunal Constitucional.

Este es el principio rector en materia de judicialización de conflictos, a través del cual todas las controversias que surjan en el territorio nacional deben ser resueltas por la justicia, incluso a la falta de ley que resuelva la contienda.

El principio de inexcusabilidad se encuentra indisolublemente unido al concepto de jurisdicción, ambos regulados en la norma constitucional ya citada, en tanto la jurisdicción entendida como el poder-deber radicado exclusivamente en los tribunales de justicia para que estos como órganos imparciales resuelvan con posibilidad de ejecución, los conflictos jurídicos que las partes o la ley entregan a su conocimiento y fallo. Dicho concepto de jurisdicción se enlaza entonces con el principio de inexcusabilidad en el sentido que serán las partes las que pongan en ejercicio la jurisdicción a través de las acciones judiciales que interpongan reclamando sus derechos ante la judicatura y ésta no podrá resistirse a dicho llamado, pues deberán fallar conforme a derecho, aun cuando no exista ley que resuelva el caso.

Ahora bien, si nos detenemos en el análisis realizado por la Corte Suprema, al conocer del Recurso de Queja presentando en la causa Tecnoglobal S.A con Dirección del Trabajo⁹⁷, podemos observar el principio de inexcusabilidad ya no desde una perspectiva típica de la prohibición de excusarse de ejercer su autoridad, si no que como *“la prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que, cumpliendo las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política de la República, deba caer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente”*, cuestión que en base a los argumentos de la Corte, estaría ocurriendo en el caso concreto cada vez que un tribunal laboral declara su incompetencia para conocer de las reclamaciones de las resoluciones administrativas que califican los servicios mínimos.

c) Principio General de Impugnación de los Actos de la Administración.

Este principio, se ha considerado como un elemento esencial del derecho administrativo de nuestro país, consistente en el llamado derecho a accionar con el fin

⁹⁷ Ver Capítulo III, apartado 3.5.4 del presente trabajo.

de poder defenderse frente a todo acto antijurídico proveniente de la Administración de Estado.

La impugnabilidad de los actos de la administración se encuentra consagrado directamente en la Constitución Política de la República.

Art.38 inc 2°: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

Asimismo tiene un doble tratamiento legal, en el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado⁹⁸ y en el artículo 15 de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.⁹⁹

La Corte de Apelaciones de Santiago, reconoce en el principio de revisión de las decisiones administrativas, la finalidad de *“evitar que alguna autoridad, persona o grupo de personas se transforme en el supremo juez de sus propias decisiones”*¹⁰⁰

Para determinar la importancia de la revisión de los actos administrativos, es necesario comprender qué son y qué los caracteriza, cuestión que resulta bastante fácil, en vista de que tras la entrada en vigencia en mayo el año 2003 de la ley N°19.880, esto dejó de ser una cuestión de doctrina, puesto que la misma ley lo definió y caracterizó de la siguiente manera:

⁹⁸ Artículo 2° Ley 18.575: Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

⁹⁹ Artículo 15. Ley N° 19.880: Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnado por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales. Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

¹⁰⁰ Duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación Rol 2347-2017

Artículo 3º. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Resulta fundamental dentro del concepto de acto administrativo el carácter de decisión o resolutorio que éste tiene. Ello quiere decir que a través del acto administrativo lo que hace la Administración del Estado es tomar una decisión de aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto en una determinada forma. En efecto, lo que hace el ente público a través del acto es resolver una determinada manera de aplicar o ejecutar el ordenamiento jurídico público a un caso en particular que puede afectar o favorecer a una persona, un grupo de personas o incluso a la comunidad en su conjunto.¹⁰¹

De este modo, podemos ver que la labor realizada por la administración no deja de tener cierto parecido a lo que eventualmente realizaría un juez, puesto que aplica el ordenamiento jurídico a un caso particular. Lo que resulta aún más latente, si es que se observa a la luz de las características de las que goza el acto administrativo; presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios.¹⁰²

Así, un acto de la administración, por ende una decisión de aplicar de determinada forma el ordenamiento jurídico público a un caso en particular, puede ser exigido por la administración a una determinada persona, aún en contra de su voluntad e incluso por la fuerza, puesto que *“los actos administrativos son legales mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia Administración del Estado en un procedimiento que*

¹⁰¹ Bermúdez, J. (2010). *Estado Actual Del Control De Legalidad De Los Actos Administrativos. ¿Qué Queda De La Nulidad De Derecho Público?* Revista de Derecho, Volumen (23 N°1).Valdivia. P.103-123.

¹⁰² Ley 19.880 establece en su Art. 3 inciso final: Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.

*tenga como resultado su invalidación (art. 53 LBPA)*¹⁰³, en razón de las características (poder) del acto administrativo y en virtud de las consecuencias determinantes que pueden generar en los ciudadanos, es que debemos enfatizar en la necesidad y relevancia de la existencia de mecanismos de revisión del acto administrativo, y en la importancia del principio que analizamos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad de Instrucción Primaria, el cual analizamos en el presente trabajo, con ocasión de la postura de este tribunal con respecto a la existencia de un control judicial respecto de la calificación administrativa de los servicios mínimos, estimó en su considerando 8° que *“ninguna interpretación presuntamente restrictiva de las normas de competencia que estatuye el Código del Trabajo puede llevarnos a concluir que los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para conocer reclamaciones contra resoluciones dictadas por la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones. Lo contrario llevaría a negar la vigencia del principio de revisión judicial en materia laboral, afirmación que se contradice con la noción misma de jurisdicción, así como con los preceptos y principios recogidos por la Ley número 19.880, sobre Bases Generales del Procedimiento Administrativo.”*

Tal como ocurre en el principio de tutela judicial efectiva, el que tiene una clara conexión con el principio de revisión, consideramos que la impugnación de los actos de la administración no puede agotar su contenido en la mera posibilidad de accionar en contra del acto administrativo, debe necesariamente incluir la posibilidad cierta, efectiva y sustantiva de revisión. Tal como lo establece el artículo 19 N°26 de la Constitución, en orden a que: *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Es por este motivo que concordamos con el argumento esgrimido en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, interpuesto por el Sindicato Nacional de

¹⁰³ Bermúdez, J. (2010). Op. Cit., P.103-123.

Trabajadores de empresa Banco Ripley S.A. ¹⁰⁴ Petición que se fundamenta precisamente entre otros, en el principio de impugnabilidad del acto administrativo y la tutela judicial efectiva al respecto señala:

“Alguien podría sostener que el hecho de que los Juzgados del Trabajo no sean competentes para conocer de las reclamaciones contra la calificación de servicios mínimos, no significa necesariamente una infracción al inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, ya que se podría recurrir a los Juzgados Civiles, que tiene competencia en todo aquello que no ha sido entregado al conocimiento de otro tribunal.

En este sentido, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 324 del Código del Trabajo, que en lo que interesa, dispone que “los contratos colectivos, los acuerdos de grupo negociador y los fallos arbitrales tendrán una duración no inferior a dos años ni superior a tres”. Por su parte, el inciso 1° del artículo 360 del mismo Código establece que los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva”. De esta manera, si se sostiene que la resolución del Director Nacional del Trabajo en lo relativo a la calificación de servicios mínimos debe ser reclamada ante los Juzgados Civiles a través de una nulidad de derecho público, es prácticamente imposible que ello esté resuelto antes de que tenga lugar la posibilidad de una huelga y lo más probable, es que pasen varios procesos de negociación colectiva antes de tener una sentencia firme en materia civil. Por tanto, este camino en los tribunales civiles significaría justamente el caso de un procedimiento no racional, ni justo, que sometería la tutela judicial a las formalidades procesales que harían prácticamente ilusorio el ejercicio de este derecho”.

¹⁰⁴ En el cual solicita se declaren inaplicables, en forma conjunta, el vocablo “sólo” del inciso 11° del artículo 360 y los vocablos “que procedan” del artículo 420 letra e) ambos del Código del Trabajo, o bien en subsidio, el referido vocablo “sólo” en forma exclusiva.

4.3.2 Principios del Derecho Laboral

a) Principio de Libertad Sindical

Como tratamos al inicio de este trabajo¹⁰⁵ y sin perjuicio de remitirnos a lo allí dispuesto, haremos un breve resumen acerca de este principio. Entendemos que la libertad sindical es un derecho fundamental de los trabajadores y sus agrupaciones, que reconoce tanto el derecho para agruparse, o sea organizarse por medio de sindicatos, como el derecho a defender sus intereses comunes. Precisamente como consecuencia de este último punto, es que se ha establecido que la libertad sindical está compuesta por una triple entidad: la asociación-sindicato, la negociación colectiva y la huelga, siendo estas últimas entidades las que dotan de contenido al principio de libertad sindical, puesto que nada se logra al reconocer el derecho a formar sindicatos, si estos no podrán gozar de un procedimiento a través del cual puedan lograr acuerdos con el empleador. Y del mismo modo, un procedimiento para lograr acuerdos, sin una herramienta de presión como la huelga, que permita equilibrar una relación de por sí desigual, no permitiría una correcta negociación, puesto que la obtención de beneficios comunes para los trabajadores, quedaría sujeto a la voluntad del empleador.

La Organización Internacional del Trabajo a través de los Convenios número 87 de 1948 y el número 98 de 1949, ha dado protección al derecho de libertad sindical.

La misma OIT destaca la importancia de este principio:

“El principio de libertad sindical se encuentra en el centro de los valores de la OIT: Está consagrado en la Constitución de la OIT (1919), en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), y en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Se trata también de un derecho proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). El derecho de sindicación y de constitución de sindicatos y organizaciones de empleadores y de trabajadores es el

¹⁰⁵ Ver Capítulo I, apartado 1.1 del presente trabajo.

requisito necesario para la solidez de la negociación colectiva y del diálogo social."¹⁰⁶

En el ordenamiento jurídico nacional, la libertad sindical es un derecho elevado a rango constitucional. El artículo 19 N°19 de la Constitución Política de la República consagra la facultad de constituir organizaciones sindicales. Mientras que el artículo 19 N°16 de la Constitución hace lo propio con el derecho a negociar colectivamente.

Por su parte el derecho de huelga, si bien en la Constitución no tiene una consagración expresa, existe consenso, tanto por una parte de la doctrina nacional como por la jurisprudencia, en señalar que es un derecho constitucional implícito en el artículo 19 N°16, además de reconocérsele el carácter de fundamental, tal como ha sido desarrollado y concluido en el capítulo primero de este trabajo.

Consideramos que este principio es fundamental al momento de determinar y calificar los servicios mínimos, puesto que al ser éstos un límite al derecho de huelga, deben ser ponderados de manera correcta a la luz de los demás principios y derechos en pugna, dado que una errónea calificación podría afectar la esencia del derecho a la libertad sindical, volviendo imposible de ejercer o despojándolo de su contenido esencial. Es en este entendido que la limitación a este derecho debe ser determinado en última instancia por los tribunales de justicia.

b) Principio Protector

Como adelantamos, este principio es la piedra angular en el derecho laboral, dado que a través de él se ha reconocido la diferencia real y material que existe entre las partes en la relación laboral. Sin que se encuentre exento de detractores¹⁰⁷, este principio se encuentra en la actualidad, plenamente vigente.

De este modo el principio protector, tiene en vista que en el derecho laboral la relación entre trabajador y empleador es desigual desde su origen, por lo cual dejar

¹⁰⁶ Información obtenida desde la Página Web de la OIT <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/lang--es/index.htm>

¹⁰⁷ Plá Rodríguez, A. (1998). Op. Cit., P. 66 y ss.

desamparado al trabajador ante el mercado del trabajo, suponiendo una igualdad entre las partes, implica poner al trabajador en una situación gravemente desfavorable, en la cual se le cosificará su labor y persona como una mercadería. Con el fin de evitar esa desigualdad sustancial, el principio protector viene a humanizar la relación de trabajo teniendo como fin último la búsqueda de la igualdad entre empleador y trabajador. Esta búsqueda de la igualdad se realiza a través del instrumento llamado protección¹⁰⁸.

Este principio busca entonces equilibrar la relación existente entre empleador y trabajador entregando un trato diferenciado a las partes, así el sujeto de protección es el trabajador y sus derechos, dado que es la parte más débil.

El profesor Plá Rodríguez, señala que el principio protector *“Es un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza y características; pero este principio preside la actuación en cada una de las fuentes.”*¹⁰⁹

Este principio ha sido nombrado de distintas maneras por la doctrina iuslaboralista, dichas denominaciones son en realidad una fragmentación de las formas que reviste y de la manera en que se desenvuelve. Entendemos que este principio se expresa en tres formas diferentes:

- a) La regla *in dubio pro operario*. Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.
- b) La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, se deba optar por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.

¹⁰⁸ Ermida, O. (2012). *Crítica de la libertad sindical*. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. P. 35.

¹⁰⁹ Plá Rodríguez, A. (1998). Op. Cit., P. 77

- c) La regla de la condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador

El mismo autor se pregunta respecto de los principios del derecho del trabajo, si estos ¿Rigen para todo el derecho del trabajo o sólo sirven para el derecho individual del trabajo? Dicho de otro modo: estos principios ¿son también válidos para el derecho colectivo del trabajo?

La respuesta del autor y que compartimos, es que son aplicables plenamente, pues el derecho colectivo del trabajo es una parte del derecho del trabajo sustancialmente ligada con el derecho individual del trabajo.¹¹⁰

De este modo, podemos observar como por medio de la aplicación del principio en comento, en especial de su regla indubio pro operario, y frente a la existencia de diversas interpretaciones respecto del artículo 360 inciso 11° del Código del Trabajo, se deberá optar por aquel sentido que sea más beneficios para los derechos de los trabajadores. Que en el caso particular y frente a una calificación de servicios mínimos que los trabajadores sindicalizados consideren que daña la esencia del derecho de huelga, necesariamente deba derivar en la revisión de la decisión administrativa por los tribunales laborales, a fin de establecer si dicha vulneración es o no procedente, lo que es una clara aplicación del principio protector.

4.3.3 Importancia de la aplicación de los Principios en la Calificación de los Servicios Mínimos.

Desde nuestra visión acerca de los Servicios Esenciales y los Servicios Mínimos, como quedó expresado en el Capítulo I del presente trabajo, ellos constituyen una limitación del Derecho de Huelga, los cuales se contemplan en la normativa internacional generada por la Organización Internacional del Trabajo, normativa que si bien Chile ha ratificado, no ha sido recogida y tratada en la legislación nacional de manera correcta,

¹¹⁰ Plá Rodríguez, A. (1998). Op. Cit., P.43 y ss.

pues lo ha hecho excediendo los parámetros y finalidades señaladas por la OIT y sus Órganos de Administración y Control.

Teniendo en cuenta dicha crítica y la importancia que revisten los servicios mínimos y su calificación, consideramos que para poder aplicar correctamente su regulación positiva y que ésta no se aparte aún más de los parámetros internacionales, es necesario que tanto en la calificación realizada por el ente administrativo, como en la que posteriormente realicen los tribunales de justicia, se tenga presente la normativa internacional y los principios que hemos tratado en este capítulo, con especial atención a dos de ellos, el principio de libertad sindical y el principio protector.

Por supuesto, una errónea y arbitraria calificación de los servicios mínimos puede afectar no sólo a los trabajadores y los sindicatos, sino que puede a la vez generar situaciones adversas en las que los afectados serán la sociedad, la empresa y los trabajadores que no adhieren al sindicato, ni a la huelga.

Dado que en la determinación de los servicios mínimos entran en juego la ponderación de los derechos de los sindicatos, de los trabajadores no sindicalizados, de la sociedad y por supuesto del empleador. Todos estos actores verán afectados sus derechos, si la calificación de los servicios mínimos es errónea, así en caso de que los servicios mínimos hayan sido fijados de manera excesiva, se volverá imposible negociar colectivamente en igualdad de condiciones, pues la posible huelga no tendría efecto alguno como herramienta de presión de los sindicatos. Por el contrario, si debiendo otorgarse servicios mínimos estos no se otorgan, o se fijan por debajo de un límite mínimo necesario, dicha determinación afectará, primero, a la sociedad, pues no se satisfarán las necesidades básicas de la población y segundo, afectará a los trabajadores no sindicalizados cuando los servicios mínimos no alcancen para mantener las condiciones de seguridad, en tercer lugar, afectará al empleador cuando los servicios mínimos no alcancen para proteger las instalaciones de la empresa.

Pues bien, dada la importancia privada y pública de la determinación de los servicios mínimos, la concurrencia y pugna de los derechos de los distintos sujetos interesados, las implicancias negativas que puede producir una errónea calificación de los servicios mínimos, cuando las partes no logren un acuerdo y discrepen de lo dispuesto por la

administración, concluimos que, para establecer servicios mínimos “estrictamente necesarios”, es indispensable que la ponderación de los derechos en juego en la determinación y calificación de los servicios mínimos se encuentre en última instancia radicada en los tribunales de justicia.

Dada la necesidad de aplicar e impartir justicia a través de la determinación de los servicios mínimos, los principios tratados sirven y deben ser utilizados en dos ámbitos, primero para establecer y determinar que los tribunales de justicia tienen competencia para participar en esta determinación y calificación de los servicios mínimos cuando las partes así lo requieran y segundo, para realizar la determinación de los servicios mínimos que corresponden en el caso concreto.

En el siguiente apartado nos dedicamos a señalar como es que la normativa laboral nacional, interpretada a la luz de los principios tratados acá, nos lleva a concluir que los tribunales de justicia son competentes para conocer de la calificación y determinación de los servicios mínimos en cuanto las partes recurran en contra de la resolución administrativa que los califica.

4.4 Control judicial de la Calificación de los Servicios Mínimos. La correcta interpretación.

Para poder hacer una correcta interpretación de las normas laborales, hay que ir más allá de una interpretación literal y aislada de las normas que rigen la materia, así hay que tener presente los elementos y reglas de interpretación, y junto a ello tener en cuenta todo el ordenamiento jurídico aplicable, esto implica que se debe tener en cuenta las normas del Código del Trabajo, la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, el Código Orgánico de Tribunales, la Constitución de la República. Por supuesto, y como ya lo hemos mencionado, la correcta interpretación también ha de hacerse a la luz de los principios generales del derecho, los principios del derecho del trabajo y las funciones que ha estos se les reconoce.

Todo lo anterior tiene como fin realizar una interpretación armónica, lógica y sistemática del ordenamiento jurídico, que nos permita concluir la existencia de la

competencia de los tribunales de justicia para conocer de las reclamaciones en contra de la calificación de los servicios mínimos que realice la administración a través del Director Nacional del Trabajo.

4.4.1. Tesis de la Competencia Judicial.

a) Jurisdicción, Competencia e Inexcusabilidad.

Jurisdicción, competencia e Inexcusabilidad son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados, y que nos permiten en base a su contenido constitucional y legal concluir que la calificación de los servicios mínimos permite una revisión judicial por parte de los tribunales laborales.

La jurisdicción, entendida como un poder-deber entregado a los tribunales de justicia por el constituyente, se encuentra consagrada en el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Se entiende que es “Poder”, en tanto tiene la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, mientras que “Deber”, en cuanto reclamada su intervención –*en forma legal y en negocios de su competencia*- es imperativo ejercer su autoridad, aún a falta de ley que resuelva la contienda. Precisamente de este “deber” surge el principio de Inexcusabilidad.

El Código Orgánico de Tribunales recoge y recepciona en su artículo 10 el concepto de inexcusabilidad. Este mismo cuerpo normativo trata las reglas de la competencia en sus artículos 108 y siguientes, y define la competencia estableciendo que: “*La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones*”. Doctrinariamente hay acuerdo en que la competencia es un grado o esfera de la jurisdicción, por lo que es válido y replicable para el concepto de competencia todo lo dicho respecto de la jurisdicción, es decir, que es una facultad que trae aparejado el poder-deber de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, *aún a falta de ley que resuelva la contienda*, razón por la cual rige también para ella el principio de Inexcusabilidad.

Luego, el Código del Trabajo establece la competencia de los tribunales laborales, señalando así cuales son las cuestiones o “negocios” que se encuentran en la esfera de las atribuciones de dichos tribunales.

Este cuerpo normativo dentro de su Libro V que trata sobre la Jurisdicción Laboral, en el Título I “De los Juzgados de Letras del Trabajo y de los de Cobranza Laboral y Previsional y del procedimiento, en el Capítulo I “De los Juzgados de Letras del Trabajo y de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional”, señala:

Artículo 420: “Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

b) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo;

De la norma citada, podemos desprender que para que sean de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo determinados asuntos, éstos deben cumplir con dos requisitos copulativos; el primero dice relación con que deben ser de aquellos asuntos derivados de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva, a la que pertenecen indiscutiblemente la calificación de servicios mínimos, en atención a su finalidad y su ubicación dentro del Código del Trabajo. Y el segundo requisito que se debe cumplir es que sean de aquellos asuntos -sobre organización sindical y negociación colectiva- que la ley entrega al conocimiento de los tribunales laborales. Es sobre este punto, donde debemos remitirnos a las reglas de competencia, del Libro IV del Código del Trabajo que regula las materias referentes a la Negociación Colectiva, y en su Título VIII trata de los procedimientos judiciales en la negociación colectiva.

Estableciendo en el artículo 399 la siguiente regla de competencia:

Artículo 399: Competencia. Será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de éste Libro el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

Así, ha sido el artículo 399 el que otorga competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo con respecto a las cuestiones que se susciten en la aplicación del libro IV que trata la negociación colectiva, libro que a su vez contiene la regulación sobre los servicios mínimos, en el Capítulo VII que versa limitaciones al ejercicio del derecho a huelga.

De este modo y considerando que la calificación de servicios mínimos es de aquellas cuestiones que derivan de la aplicación de las normas sobre negociación colectiva, que la ley entrega al conocimiento de los Juzgados de Letras del Trabajo, en virtud del artículo 399, se desprende entonces que la competencia para conocer de las cuestiones que suscite la aplicación de ellos, en este caso el reclamo respecto de la calificación administrativa que emana del Director Nacional del Trabajo, son materias de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, en atención a las reglas de competencia establecidas en los dos artículos citados.

b) El Derecho a Accionar y la Impugnación Judicial de los Actos Administrativos.

Una segunda línea argumentativa que nos permite aseverar la competencia de los tribunales laborales para conocer respecto de la reclamación de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos, es la que surge tras un análisis del derecho accionar y la impugnabilidad de los actos de la administración en su regulación en la normativa laboral, y teniendo siempre presente lo dicho en el apartado anterior respecto de la inexcusabilidad y competencia.

Para comprender su dimensión laboral, debemos tener en cuenta de igual modo las normas constitucionales en donde se consagran, lo dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Al respecto nos remitimos a las conclusiones apuntadas en

el Capítulo III de este trabajo¹¹¹ y lo dispuesto en este mismo capítulo respecto de la materia.¹¹²

Así, y en base a lo ya desarrollado es que utilizamos como premisa que *Siempre se puede reclamar ante los tribunales de justicia respecto de las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa*, esto en base al derecho constitucional de acción y al principio de revisión judicial de los actos de la administración.

Es necesario entonces revisar lo que señala el artículo 360 al tratar los servicios mínimos, y en particular el procedimiento establecido para su calificación administrativa. Al respecto señala que si las partes no llegaron a acuerdo en la calificación o este no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de las partes podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, se establece asimismo en la parte final del inciso décimo primero, que esta resolución *“sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”*.

Creemos que el legislador respecto de la resolución del Director Regional del Trabajo fijo una norma de una clausura estableciendo que para recurrir de ella se debe agotar la fase administrativa, disponiendo que el reclamo respecto de dicha resolución se realice en sede administrativa, por medio del recurso jerárquico que deberá ser resuelto por el Director Nacional del Trabajo.

Ahora, la cuestión que queda por dilucidar es ¿se puede impugnar ante los tribunales de justicia la resolución administrativa emitida por el Director Nacional del Trabajo mediante la cual resuelve el recurso jerárquico y se pronuncia respecto de la calificación de los servicios mínimos.

Al respecto debemos señalar que consideramos que la parte final del inciso 11° del artículo 360:

- No se ha pronunciado respecto de la resolución del Director Nacional del Trabajo, sino que sólo ha establecido que respecto de la resolución del Director Regional del Trabajo sólo procede el recurso jerárquico administrativo.

¹¹¹ Ver Capítulo III, apartado 3.1.3 del presente trabajo.

¹¹² Ver Capítulo IV, apartado 4.3.1 letra c) del presente trabajo.

- No se ha establecido respecto de la resolución del Director Nacional del Trabajo ningún tipo de limitación recursiva.
- No ha declarado la incompetencia de los tribunales para conocer de un reclamo en contra de la resolución que califica los servicios mínimos emitida por el Director Nacional.

Entonces, lo que la norma dispone es el agotamiento de la vía administrativa para recurrir de la resolución del Director Regional del Trabajo, en términos que no se puede recurrir de ella en la sede judicial, sino sólo administrativamente ante su superior jerárquico. Sin embargo, una vez que se pronuncie el superior jerárquico, la resolución de este último será plenamente recurrible ante la judicatura, en atención al principio de impugnabilidad de los actos administrativos.

La conclusión anterior la podemos reafirmar en base la regla de competencia del artículo 420 letra e) del Código el Trabajo, la cual recoge el principio de revisión de los actos administrativos, otorgando competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de los reclamos en contra de las resoluciones administrativas que se pronuncien sobre materias laborales.

Artículo 420: Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

e) las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social;

Así tal como ocurría con el artículo 420 letra b), el supuesto contenido en la letra e) establece un doble requisito copulativo, en orden de que el tribunal laboral será competente para conocer de las reclamaciones que “procedan”, es decir, está exigiendo que no sean de aquellas reclamaciones prohibidas por la ley, y el segundo requisito es que sea respecto de resoluciones dictadas por la autoridad administrativa.

Sobre este último punto no existe discusión, a diferencia de lo que ocurre con el primero de ellos, en razón de que una gran parte de los tribunales laborales han interpretado que en virtud del vocablo “procedan” deben restarse de su competencia las reclamaciones respecto de la calificación de servicios mínimos, en virtud del contenido del inciso 11° del artículo 360.

A nuestro parecer la frase en cuestión “solo será reclamable” debe entenderse asociado a que no es procedente el reclamo judicial en contra de la resolución administrativa del Director Regional del Trabajo, pues “solo” es recurrible jerárquicamente, sin embargo, entendemos que una vez resuelto el recurso jerárquico por el Director Nacional del Trabajo, es decir, agotada la vía administrativa, siendo la resolución del Director Nacional del Trabajo un acto terminal y de clausura de la vía administrativa, es plenamente procedente reclamar contra este, debido a que la regla general es la revisión de los actos de la administración, en virtud del principio de impugnabilidad judicial de los actos administrativos consagrado a nivel constitucional y legal.

En conclusión, todas las normas acá tratadas, deben interpretarse de manera conjunta teniendo en cuenta los elementos lógico y sistemático, así haciendo el ensamble de dichas normas tenemos la siguiente lectura: Los tribunales de justicia son los llamados a ejercer la jurisdicción en virtud del principio de inexcusabilidad según el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Luego la competencia de los tribunales laborales se extiende por un lado, a las cuestiones que se susciten por la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva y por otro, a las reclamaciones que procedan en contra de las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas en materias laborales. Respecto de esta doble competencia y vinculándose con ambas materias nos encontramos con la resolución administrativa del Director Nacional del Trabajo en la que conociendo del recurso jerárquico en contra de la resolución del Director Regional del Trabajo, califica los servicios mínimos, llegamos a la conclusión que la resolución administrativa del Director Nacional del Trabajo calificando los servicios mínimos es recurrible ante los Juzgados de Letras del Trabajo, pues los tribunales son competentes tanto por referirse a una cuestión que involucra la aplicación de las normas sobre negociación colectiva, como por referirse a una resolución administrativa dictada en materia laboral. Refuerza y se suma a lo anteriormente concluido, la garantía constitucional de acción y de revisión judicial de los actos administrativos, pues los sindicatos y los empleadores tienen derecho a reclamar o accionar en contra de los actos de la administración que lesionen sus derechos, en virtud de lo consagrado en el artículo 19

Nº3 y en el artículo 38 inciso 2º, ambos de la Constitución Política de la República, lo que es recogido explícitamente tanto en la LB, la LPA y por el Código del Trabajo en el artículo 420 letra e, luego, las partes pueden recurrir a tribunales reclamando en contra de las resoluciones administrativas que lesionen sus derechos, y estos se encuentran obligados a resolver aun a falta de ley que resuelva la contienda en virtud del principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, consagrado en el artículo 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 10 del COT.

4.4.2 La tesis de la incompetencia judicial. Argumentos entregados para sostenerla.

Esta tesis es sostenida principalmente por la Dirección del Trabajo y recogida por los Tribunales Laborales al momento de acoger las excepciones de incompetencia planteadas por el órgano administrativo.

Los argumentos utilizados por los defensores de la tesis de la incompetencia de los tribunales de justicia para conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que califica los servicios mínimos emitida por el Director Nacional del Trabajo, son los siguientes:

- a. El principal fundamento utilizado por quienes sostienen esta postura, dice relación con una interpretación literal del inciso décimo primero del artículo 360 del Código del Trabajo, en cuanto establece que: *la resolución emitida por el Director Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos...sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo*”, dicha norma implicaría, según quienes adhieren a esta tesis, una suerte de clausura del debate, tanto a nivel administrativo como judicial, quedando vedado a los tribunales de justicia del conocimiento de la materia.
- b. Según los términos del artículo 420 letra e) del Código del Trabajo, establece la competencia de cargo de los Juzgados de Letras del Trabajo las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social. De dicha norma se inferiría que las acciones deben ser instauradas expresamente por una norma

de rango legal, sin embargo, no hay ninguna norma especial dentro del Código del Trabajo, ni en ninguna otra ley, que otorgue competencia a los tribunales de justicia para conocer de la calificación de los servicios Mínimos.

- c. No existe una norma que haga aplicable un procedimiento judicial para conocer de la materia.
- d. La historia fidedigna de la ley da cuenta que en un principio el mensaje presidencial incluía en el proyecto original de manera directa la competencia de los tribunales para el conocimiento de las reclamaciones de las partes en contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo en la que se pronunciara sobre los servicios mínimos, entonces durante el debate surgido en la tramitación de la reforma Laboral Ley 20.940, se eliminó esa referencia directa a la competencia judicial, entonces se optó por no dar competencia a los tribunales de justicia en materia de servicios mínimos.
- e. La Corte Suprema se pronunció a través del oficio 154-2017 mediante el cual informa un proyecto de ley presentado por moción por el senador Jorge Tarud, en dicho proyecto se busca modificar el Código del Trabajo en el sentido de dar competencia directa a los tribunales para conocer de la calificación de los servicios mínimos cuando las partes reclamen contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo que los califica. Entonces al pronunciarse la Corte Suprema de manera favorable a la modificación legal propuesta, implica que reconoce la incompetencia actual de los tribunales de justicia.

Una vez presentados los principales argumentos esgrimidos por quienes sostienen la tesis de la incompetencia de los tribunales, es que podemos señalar que observamos deficiencia que se repiten en los fundamentos expresados en las letras a, b y c, es decir aquellos basados en el artículo 360, 420 letra e) del Código del Trabajo y la supuesta falta de procedimiento aplicable, respectivamente.

En primer lugar, consideramos que son argumentos sesgados por cuanto no tienen a la vista el bloque normativo laboral constituido por; la normativa constitucional, la normativa emanada de la OIT a través del CLS, y las normas de competencia que establece el mismo Código del Trabajo, así como tampoco los principios generales del derecho ni los principios particulares del derecho laboral, pues no analiza los principios

de inexcusabilidad, el derecho a la acción, la revisión de los actos administrativos, tampoco repara en los principios de libertad sindical y protector.

En segundo lugar, para llegar a esa conclusión, no han tenido en cuenta los elementos ni las reglas de interpretación de la ley, consignada por don Andrés Bello en el párrafo 4 del título preliminar del Código Civil. Al respecto, se ha hecho una interpretación literal y errada de dichos artículos (360, 420 letra e, 504 del Código del Trabajo) basada en el elemento gramatical, sin tener en cuenta que en este caso no es aplicable el tenor literal de la norma, pues dicho criterio se aplica cuando la norma en sí misma es clara, cuestión que no ocurre en el caso que analizamos, pues ninguna de las normas aludidas establece directamente la incompetencia de los tribunales para conocer de la calificación de los servicios mínimos.

Si revisamos la regla de interpretación del artículo 19 del Código Civil, el cual recoge los elementos lógico y gramatical, en su inciso 1° dispone:

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.”

La aplicación del tenor literal de la norma, implica que en ella se deben encontrar todas las posibilidades que de ella se reclaman, en este caso, la norma debería entonces sostener directamente la incompetencia de los tribunales, lo que claramente no ocurre. Sobre este punto la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que cuando el legislador ha querido establecer excepciones a la regla, lo habría hecho en términos explícitos. De lo que se desprende que si el legislador laboral hubiese querido interponer una excepción a la regla general y principio de impugnabilidad de los actos de la administración, lo habría realizado en términos claros y expresos, cuestión que no ocurre respecto de los servicios mínimos. Así también lo ha razonado la Corte de Apelaciones de Santiago:¹¹³

“Si el legislador hubiera querido estatuir excepciones a esta regla, así lo habría dicho en términos explícitos. Y si la ley hubiera entendido

¹¹³ Recurso de Apelación Rol 2347-2017, duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando cuarto segunda parte.

que contra las decisiones de la autoridad administrativa competente en materia laboral no procede recurso alguno, así también lo habría dispuesto. En conclusión, sin excepciones a la regla competencial mencionada, no cabe entender que la justicia laboral haya sido privada de jurisdicción que está llamada a ejercer en términos perentorios.”

La norma del artículo 360 del Código del Trabajo es más bien ambigua, en cuanto ha dado origen a diversas lecturas respecto de su contenido.

De frase “solo será reclamable” han emanado conclusiones como que es una norma que resta la competencia a la judicatura para conocer de la calificación de servicios mínimos, mientras que otros de exactamente la misma frase hacen sólo una lectura de un agotamiento de la vía administrativa, mas no una incompetencia judicial. Y del mismo modo, en base a la ubicación de la frase en cuestión, algunos han entendido que se refiere sólo a la resolución que emana del Director Regional del Trabajo, mientras que otros engloban en ella también a la Resolución del Director Nacional del trabajo.

La norma de interpretación del artículo 19 continua y señala en su inciso 2° que en el caso de que la expresión sea obscura –*como la contenida en el inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo*- para interpretarla y desentrañar su sentido se puede: *“Recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”*

En aplicación de esta regla de interpretación, cuando el tenor de la ley no es claro, se debe recurrir a su intención o espíritu de la ley, y dado que la norma en cuestión padece de ambigüedad se debe aplicar este criterio interpretativo.

El mensaje presidencial de la Ley 20.940, nos entrega una clara e inequívoca luz respecto de cuál es la intención o espíritu de la ley:

“En uso de mis facultades constitucionales, y haciéndome cargo de los compromisos programáticos que adquiriré durante mi campaña, tengo el honor de someter a vuestra consideración un proyecto de ley que introduce

modificaciones al Código del Trabajo en el ámbito de los derechos colectivos, con el objeto de modernizar el sistema de relaciones laborales chileno, en pos de garantizar un adecuado equilibrio entre las partes y con pleno respeto a la libertad sindical conforme a los Convenios Internacionales que Chile mantiene vigentes."¹¹⁴

Como se observa, la ley 20.940 busca modernizar el sistema de relaciones laborales, por medio de "garantizar" un adecuado equilibrio entre las partes, equilibrio que el legislador propició mediante el fortalecimiento del derecho fundamental de huelga, al eliminar la facultad de reemplazo de trabajadores en huelga del que gozaban los empleadores, instaurando como contrapartida la obligación de prestar servicios mínimos en los casos estrictamente necesario.

A raíz de este escenario surge la inquietud respecto de ¿Cómo y quién resguardara el equilibrio entre las partes cuando una exagerada calificación administrativa determine una dotación de servicios mínimos vuelva inoperante la huelga como mecanismo de presión en la negociación colectiva? ¿Se puede asegurar que el legislador haya decidido eliminar del control judicial una institución que eventualmente puede dañar la esencia del derecho fundamental de huelga? A nuestro parecer la respuesta es NO, puesto que el espíritu de la ley busca resguardar el equilibrio entre las partes, fortaleciendo la huelga y de este modo también la libertad sindical. Por ende, respecto de una institución que viene en limitar el derecho que precisamente se busca ensalzar con la dictación de la ley, no puede sino entenderse que sean los tribunales de justicia en virtud de la labor que el constituyente les encargó, los llamados a conocer de cualquier posible desequilibrio que origine la determinación administrativa de los servicios mínimos, a fin de resguardar los derechos de cada una de las partes.

Entendiendo que la búsqueda de un equilibrio dentro de la negociación colectiva está dado por la ley y si ésta a la vez fija restricciones a una de las partes como lo son los servicios mínimos, para seguir resguardando dicho equilibrio dentro de la negociación colectiva con respeto de los derechos de las partes negociadoras, es fundamental y

¹¹⁴ Mensaje N° 1055-362/ De S.E. La Presidenta de la República con el que se inicia el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. Santiago, 29 De Diciembre De 2014.

necesario que los tribunales de justicia se pronuncien cuando las partes reclamen contra la calificación administrativa de los servicios mínimos.

Como última vía de argumentación y exacerbando las teorías planteadas por autores como Claudio Palavecino¹¹⁵ y Plá Rodríguez¹¹⁶, y aplicando en extremo el principio protector en su vertiente de la aplicación de la norma más favorable, Logran otorgar competencia a los tribunales para conocer los reclamos planteados en torno a la calificación de los servicios mínimos.

Así, en aplicación de dicho principio, se podría asegurar que las reglas de los artículo 420 letras b) y e) del Código del Trabajo, en relación con el artículo 399 del mismo cuerpo normativo, se aplicarían con preferencia, por sobre el artículo 360, aun cuando el principio de especialidad de las normas determine que debería aplicarse el artículo 360 por ser una norma mucho más específica que las que regulan la competencia de los tribunales del trabajo en materias laborales, esto porque el principio protector permite la aplicación de la norma más favorable a las pretensiones de los trabajadores y sindicatos, sorteando de este modo la tesis de quienes sostienen que el inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo establece la imposibilidad de reclamar de la calificación de servicios mínimos emitida por el Director Nacional.

Ahora bien, si nos detenemos en el argumento señalado en la letra d), es decir, de la historia fidedigna de la ley al que recurren los partidarios de declarar la incompetencia de los tribunales laborales para conocer de los servicios mínimos, reconocemos que es un argumento de mayor peso con el que fundamentan su tesis.

En palabras de Rubén Gajardo¹¹⁷ es posible llegar a esta conclusión si repara en la normativa que regulaba los servicios mínimos previo a la ley 20.940, así se observa que el antiguo artículo 380 establecía expresamente la reclamación judicial en contra de la resolución de la Dirección del Trabajo, lógica que no se siguió en la nueva ley. Y del mismo modo, si se analiza el proyecto de ley que ingresó al congreso, se observa

¹¹⁵ Palavecino, C. (2005) Op. Cit., P.7

¹¹⁶ Plá Rodríguez, A. (1998). Op. Cit., P. 99

¹¹⁷ Gajardo, R. (2018). *Los Servicios Mínimos como Límites al Derecho a Huelga*. Editorial Libromar SPA., Chile. P. 109 y ss.

que éste incorporaba la posibilidad de dicha reclamación, cuestión que tras la tramitación legislativa no fue incorporada expresamente.

Al respecto debemos señalar que independientemente de que la ley promulgada no haya quedado en los mismos términos que se propuso en el mensaje presidencial, en el sentido de no mencionar expresamente la competencia que poseen los tribunales de justicia para conocer de la calificación de los servicios mínimos, esto no es impedimento para asegurar que existe competencia de los tribunales laborales, pues en ninguna parte de la ley se ha señalado expresamente la incompetencia de los tribunales de justicia respecto de la calificación de los servicios mínimos.

Si bien en la historia fidedigna de la ley se esbozan argumentos que señalan que la judicialización de los servicios mínimos puede provocar tardanza en el inicio de la negociación colectiva, discrepamos con la conclusión a la que arriban los partidarios de la incompetencia tras el análisis de las intervenciones de los distintos actores que concurriendo a la tramitación de la ley 20.940.

Así, si observamos con detención parte de las referencias a las que hace mención Rubén Gajardo, ex Director Regional del Trabajo De Antofagasta, para emitir su conclusión de *que “el tema de la instancia judicial en materia de servicios mínimos fue expresamente abordado por el poder legislativo, y en ese sentido se manifestó contrario a la judicialización de los mismos”*¹¹⁸, podemos ver que las apreciaciones citadas se refieren a la sobre judicialización en la huelga en general y no en particular por los servicios mínimos.

De este modo haciendo alusión a lo ocurrido en la tramitación legislativa, el autor cita a los siguientes actores:

- a) Cesar Toledo señaló: *“Respecto de la negociación colectiva, agregó que, contrariamente a lo propuesto en el Mensaje del proyecto, se propone una excesiva judicialización del procedimiento, lo que complejiza el ejercicio de las prerrogativas por parte de los trabajadores. En ese contexto, sostuvo que la*

¹¹⁸ Gajardo, R. (2018). *Ibid.*, P. 109 y ss.

abundancia de atribuciones que se atribuyen a la Dirección del Trabajo explicaría la falta de facultades de los trabajadores en la negociación colectiva”.

- b) José Luis Ugarte: *“coincidió en la sobre regulación del ejercicio del derecho a huelga, la extensión de la intervención de la Dirección del Trabajo y la excesiva limitación que se propone mediante la figura de los servicios mínimos, lo que va a generar una excesiva judicialización”.*
- c) La senadora Goic, manifestó sus dudas respecto al tema de la definición de servicios mínimos y el peligro de que se termine judicializando lo que indudablemente va a afectar el proceso de negociación colectiva. Asimismo, indicó que debe revisarse si la Dirección del Trabajo cuenta con todas las competencias para definir cuáles son los servicios mínimos.
- d) La Senadora Muñoz expresó preocupación por la amplitud de la definición de servicios mínimos y por la complejidad del procedimiento establecido, situación que va a desembocar en el arbitrio de los funcionarios de la Dirección del Trabajo y en la judicialización de la materia.
- e) El Senador Larraín señala: Si bien es cierto que a priori una definición como esta (definición de servicios mínimo) pudiese ser considerada como una ventaja para el empleador, es muy probable que, dada la amplitud de la definición, la determinación de servicios mínimos termine por generar una sobre judicialización del proceso. Lo anterior, podría implicar una extensión artificial por parte del sindicato para la definición de los servicios y, con esto, iniciar la negociación colectiva sin que éstos se encuentren determinados, con las propias consecuencias de ello.

Como puede apreciarse los profesores y las senadoras y el senador manifiestan sus inquietudes en torno dos temas. Primero, la amplitud del concepto de servicios mínimos como limitación a la huelga y que debido a ello puede generar una sobre judicialización. Segundo, manifiestan sus dudas por las competencias de la Dirección del Trabajo para determinar los servicios mínimos (Cuestión esta última que también consideramos necesario tener en vista para otorgar competencia a los tribunales de justicia)

Por ello, si bien el legislador busca evitar la judicialización de la negociación colectiva, no puede decirse que con ello haya limitado la competencia de los tribunales en materia de servicios mínimos, pues la discusión que se generó en relación a ellos se refiere más bien a la amplitud del concepto de los servicios mínimos, y a consecuencia de aquello la posible sobre judicializaría la calificación de los mismos.

Por lo cual el espíritu del legislador sigue siendo aquel señalado en el mensaje presidencial, en el entendido que en materia de servicios mínimos sean concedidos siempre que sea estrictamente necesario y que su regulación se encuentren en la misma dirección que lo señalado por la normativa internacional de la OIT, en cuanto a restringir su procedencia, con el fin de mantener el equilibrio entre las partes negociadoras, sin afectar sus derechos en su esencia.

Finalmente haciéndonos cargo del argumento señalado en la letra e), a través del cual los partidarios de la declaración de incompetencia de los juzgados del trabajo para conocer de los servicios mínimos, le otorgan valor al informe evacuado por la Corte Suprema, debemos decir nuevamente que este informe fue emitido como parte del primer trámite constitucional de la moción parlamentaria presentada por el diputado don Jorge Tarud. Y que por ende nada aporta a la discusión de si conforme a la situación actual los tribunales laborales son o no competentes para conocer de la reclamación de la resolución administrativa que fija los servicios mínimos.

Dicho oficio forma parte de un proyecto de modificación legal que aún se discute, pero que de ningún modo es parte de la historia fidedigna de la Ley 20.940 que regula los servicios mínimos. Y que por ende aun teniendo el carácter de documento público este no es vinculante para los tribunales de justicia, puesto que el único llamado a interpretar de un modo general la ley es el legislador. Tal como lo señaló la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de la apelación presentada respecto de la resolución que contenía ese argumento, ese fallo señala:

SÉPTIMO: *Que es preciso añadir, a lo precedentemente reflexionado, que la circunstancia de haber advertido el autor de la moción parlamentaria un supuesto vacío en la reforma laboral que impediría deducir recursos judiciales contra la Dirección Nacional del Trabajo, encontrando eco en un*

informe favorable emitido por el Máximo Tribunal en aras de propiciar una reforma al Código que permita explícitamente la posibilidad de reclamar en la fijación de cuáles son los servicios mínimos, no lleva en absoluto a concluir que los juzgados del trabajo son incompetentes para conocer reclamaciones deducidas en procedimiento monitorio contra decisiones de la autoridad administrativa.

4.4.3 Los Inconvenientes de la Tesis de la Incompetencia.

Habiendo señalado y analizado cuales son los argumentos principales de cada tesis, pasaremos a revisar los inconvenientes y las consecuencias negativas que se generan al aceptar la tesis de la incompetencia, los que a la vez son argumentos a favor de la competencia por cuanto reforzarán la tesis que defendemos.

a) La Tesis de la Incompetencia vulnera el Principio de Protector.

Tratado también este principio latamente al inicio de este capítulo IV, establecimos que es un principio aplicable tanto en la esfera de las relaciones individuales de trabajo, como es su esfera colectiva. Entonces como la finalidad de este principio es dar protección a la parte más débil, buscando la igualdad o equilibrio dentro de las relaciones laborales, consideramos que se condice con el equilibrio que se ha buscado con la ley 20.940, esto es el equilibrio de las fuerzas negociadoras. En la búsqueda de la igualdad y mantención del equilibrio en las relaciones laborales que establece la ley laboral a través de este principio se deberá necesariamente realizar una ponderación de los derechos en pugna o en colisión y dado que los tribunales de justicia son los llamados a dar vigencia a los principios que sustentan el ordenamiento jurídico laboral, y en particular al principio protector al momento de ponderar los derechos en pugna, en pos de establecer el equilibrio entre las partes. Por ello, sostener que los Tribunales de Justicia son incompetentes, no sólo vulnera el principio de inexcusabilidad, el de tutela judicial efectiva, o el principio protector, si no también se vulnera el espíritu de la ley.

b) La Tesis de la Incompetencia vulnera la Constitución Política y la Doctrina de la OIT.

Por mandato constitucional del artículo 5 inciso 2° la normativa internacional ratificada por el país es aplicable de manera directa en el ordenamiento jurídico chileno. Por ello los convenios 87 y 98 de la OIT y las recomendaciones que sobre ellos dictan los órganos de administración y control, son obligatorios para Chile.

Al respecto el CLS, con el fin de que no se produzcan situaciones que afecten la esencia del derecho a huelga durante el procedimiento de calificación de los servicios mínimos, ha emitido recomendaciones al respecto, señalando como debe ser el procedimiento por el cual se califiquen los servicios mínimos:

*“Debe ser un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”.*¹¹⁹

Lo señalado por el CLS implica que debe ser un tribunal de justicia, quien dirima los conflictos que se susciten en torno a la calificación de los servicios mínimos, por lo cual la tesis de la incompetencia vulnera abiertamente tanto la normativa internacional ratificada por Chile y que se encuentra vigente, como la Constitución Política de la República le da el valor a dicha normativa.

¹¹⁹ Organización Internacional del Trabajo. 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.* (5ªed.). Ginebra. P.31. Recuperado el 10 de enero de 2018 desde https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006_es.pdf

c) La Dirección del Trabajo no es un ente calificado para determinar los Servicios Mínimos.

Si bien la Dirección del Trabajo tiene conocimientos en materias laborales, la calificación de los servicios mínimos implica manejar y poseer un conocimiento técnico especializado en virtud de las distintas áreas económicas que existen, los modelos de negocios y su estructura, dado que estas aristas son muy importantes al momento de la calificación de los servicios mínimos, cuestión que en la práctica no ocurre, pues el conocimiento de la Dirección del Trabajo es más bien general y no técnico, por lo que su resolución podría ser sesgada y tener graves falencias por el desconocimiento en la materia, lo que no es deseable desde ningún punto de vista por los actores en juego.

Lo anterior se ve agravado en tanto la Dirección del Trabajo, además de no contar con los conocimientos técnicos necesarios, tampoco cuenta con poder coercitivo para exigir los informes técnicos solicitados mediante oficios a otras instituciones durante el procedimiento de calificación¹²⁰

Otro inconveniente que aqueja a la decisión que arribe la Dirección del Trabajo se produce por los plazos acotados en los cuales debe resolver. El Director Regional del Trabajo debe resolver dentro de 45 días según el artículo 360 del Código del Trabajo y el Director Nacional del Trabajo debe hacerlo en un plazo de 30 días según el Artículo 59 de la Ley de Procedimientos administrativos.

Atendidas las críticas y falencias anteriores que apuntamos hacia la Dirección del Trabajo, debemos señalar que la principal dice relación con la naturaleza de la Dirección del Trabajo, pues este no es un órgano que tenga mandato de ser imparcial en su actuar, ni tampoco tiene como mandato el de impartir justicia. Cuestión que por si misma debiese bastar para que los tribunales revisen los actos de la autoridad administrativa cuando las partes reclamen de ellos.

Para la tesis de la incompetencia, la Dirección del Trabajo al resolver sobre los servicios mínimos está determinando y clausurando el debate administrativo y judicial sin que quepa al ente judicial resolver algo en torno a la materia.

¹²⁰ Gajardo, R. (2018). *Op. Cit.*, P. 96

Aceptar la tesis de la incompetencia implicaría que las decisiones sesgadas y parciales a las que arribe la Dirección del Trabajo y que de paso afectan derechos fundamentales, no pueden ser revisadas y corregidas por la judicatura, lo cual resulta irracional y alejado de la normativa chilena desde el punto de vista que se le mire.

El ponderar derechos fundamentales lleva aparejada la posibilidad de cometer una vulneración a la esencia de los mismos, más aun si el órgano encargado de resolver no cuenta con la debida experticia e imparcialidad para resolver. Por ello es una aberración jurídica sostener que las resoluciones de la Dirección del Trabajo en materia de calificación de servicios mínimos no son revisables y reclamables ante la judicatura laboral.

Los derechos fundamentales no pueden ser vulnerados en su esencia, ni por las leyes que los regulen, ni mucho menos por la autoridad administrativa y si ello ocurre, será la judicatura la responsable de restablecer el imperio del derecho.

4.5 El Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.

Las limitaciones a los derechos fundamentales solo se pueden establecer por ley, sin embargo, debemos entender que los llamados a definir cómo es que se limitará el derecho a huelga a través de los servicios mínimos, será únicamente, según la tesis de la incompetencia, la Dirección del Trabajo en manos de los Directores Regionales del Trabajo y del Director Nacional del Trabajo. Considerando las críticas que ya hemos apuntado a este organismo en la materia, coincidamos en que su resolución no será satisfactoria y conculcará los derechos de a lo menos una de las partes interesadas, con lo cual surgen las preguntas ¿Es la Dirección del Trabajo la llamada a ponderar derechos fundamentales en pugna como lo son la libertad sindical, la negociación colectiva el derecho a huelga, el derecho a ejercer una actividad económica lícita, el derecho de propiedad, el de libertad de trabajo o cualquier otro que este en pugna? ¿Es un garante de la justicia la Dirección del Trabajo? ¿Tiene el conocimiento técnico para pronunciarse y no incurrir en errores groseros? ¿Es la Dirección del Trabajo soberana de sus propias decisiones? A todas las preguntas, la respuesta es un categórico no.

A la misma conclusión ha arribado la Corte Suprema¹²¹, señalando:

“Que al margen de lo indicado en todo lo que precede, cabe resaltar que un conflicto relativo a la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia -más allá de la enorme relevancia y entidad que es posible apreciar respecto de lo que en esta materia se decida por los efectos que puedan generarse-, resulta ser un problema de suyo complejo, tanto por la necesidad de aportación de pruebas de índole técnico y pericial, sino que también por las decisiones de naturaleza propiamente jurídicas que eventualmente pueda ser preciso abordar y resolver, como la relativa a determinar si tal prestación de servicios mínimos y equipos de emergencia -en una determinada situación-, está o no afectando “el derecho a huelga en su esencia”, como lo expresa el artículo 359 ya citado en el motivo segundo de estas consideraciones de oficio.”

Debemos decir que frente a una limitación de las garantías fundamentales, la misma Constitución Política de la República establece un reguardo, la llamada garantía de las garantías, la cual opera a través del establecimiento de límites a las limitaciones que afecten a los derechos que la constitución establece, a fin de que las limitaciones o restricciones que se impongan respeten la esencia y no entraben el libre ejercicio del derecho.

Entonces ante cualquier afectación o limitación de derechos fundamentales, ya sea a la libertad sindical en cualquiera de sus vertientes como la negociación colectiva o el derecho a huelga, o al derecho a accionar ante los tribunales en contra de las resoluciones administrativas que vulneran derechos de los administrados, dichas limitaciones deben obedecer y regirse por los términos señalados en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República:

“La Constitución asegura a todas las personas:

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o

¹²¹ Corte Suprema, Primera sala, Recurso de Queja 832-2018 Tecnoglobal con Dirección del Trabajo, Considerando 9°

que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Para entender que ha de considerarse como afectación a la esencia de un derecho, nos remitiremos a lo señalado por el Tribunal Constitucional¹²², el que dispone al respecto:

21°.- Que mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

Esta garantía que se establece respecto de la imposibilidad de limitar los derechos en su esencia pesa no sólo sobre el legislador, sino también sobre la administración y todos los poderes públicos.¹²³

Luego, podemos decir que un derecho es vulnerado en su esencia si se le impide el libre ejercicio, ya sea que este haya sido limitado por la ley, o por algún poder público, en tanto lo regule, lo complemente o lo interprete vulnerando su esencia.

El profesor Paulino Varas y el profesor Salvador Mohor, razonan en torno a las siguientes conclusiones que nos parecen atinentes¹²⁴:

¹²² Tribunal Constitucional, Sentencia de 24 de febrero de 1987, recaído en el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos. Considerando 21.

¹²³ Varas, P. & Mohor, S. (1997). *Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la Constitución Política*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Volumen (18) P. 158

¹²⁴ Varas, P. & Mohor, S. (1997). *Ibid.* P. 164 y ss.

“El contenido esencial es el conjunto de facultades inherentes al derecho que de acuerdo a las concepciones generalmente admitidas por los juristas al momento histórico de su consagración o reconocimiento, representan aquello que le es consubstancial y sin lo cual perdería toda su identidad

Si la Constitución en el numerando 26 del artículo 19 advierte que las limitaciones o restricciones no podrán afectar la esencia del derecho, y en la parte final del numerando 26 del artículo 19 previene que la ley podrá establecer limitaciones que signifiquen someter el ejercicio del derecho a requisitos, tributos o condiciones que impidan su libre ejercicio, ello revela que la esencia del derecho es intocable y que sólo tiene sentido hablar de limitaciones y restricciones si se las refiere a la parte limitable de los derechos, vale decir, a la zona marginal o periférica de los mismos”.

Nos preguntamos, ¿Quién determina la esencia de un derecho? ¿Quién determina la zona marginal del mismo? Que derechos se verán afectados en su Esencia con la tesis de la incompetencia?

Es así que la tesis de la incompetencia de los tribunales de justicia para conocer de las resoluciones administrativas que se dicten calificando los servicios mínimos por el Director Nacional del Trabajo, vulnera en su esencia el derecho a acción, vulnera en su esencia el derecho a recurrir judicialmente en contra de una resolución administrativa que vulnera los derechos de los administrados, vulnera en su esencia la Huelga y la negociación colectiva cuando la calificación es errónea.

Sí sólo es la Dirección del Trabajo la que puede pronunciarse respecto de los servicios mínimos y en su pronunciamiento comete el error al calificar los servicios mínimos, y vulnera así la libertad sindical o el derecho a huelga volviéndolos inertes por vulnera los derechos de propiedad del empleador, o el de ejercer libremente una actividad económica lícita, o vulnera la libertad de trabajo, afectando estos derechos en su esencia, cabe preguntarse ¿Sólo podrá recurrirse por vía del recurso de protección de derechos fundamentales? ¿Puede corregir esta situación el hecho de aceptar que existe competencia judicial de los Juzgados de Letras del Trabajo sobre la calificación de los servicios mínimos? Creemos que el recurso de protección no es la vía adecuada

para resolver estas controversias y que la situación puede ser enmendada por la judicatura laboral.

4.6 Vías Procesales de Reclamación de la Calificación de los Servicios Mínimos.

La discusión en torno a la institución de los servicios mínimos, no se ha restringido únicamente a la existencia de competencia de los tribunales de justicia para conocer del reclamo de la calificación de los servicios mínimos, pues el debate ha llegado también a la determinación del procedimiento a través del cual el tribunal debería conocer del asunto.

Así nos encontramos nuevamente con las dos posturas opuestas, la de los que abogan por la incompetencia y la inexistencia de un procedimiento aplicable a las reclamaciones que en la materia pudiesen entablarse y la de los que sostienen la tesis de la competencia judicial y junto a ella la clara e inevitable, existencia de un procedimiento aplicable.

4.6.1 Argumentos para considerar que no existe procedimiento aplicable:

Quienes defienden la tesis de la falta de competencia de los tribunales laborales para conocer de las reclamaciones respecto la calificación de servicios mínimos, lo hacen basados en la falta de una regla que de manera expresa y directa otorgue dicha facultad a los tribunales de justicia. Del mismo modo, agregan que dicha incompetencia se ve reflejada y acentuada, en la inexistencia de un procedimiento aplicable al conocimiento de la materia en cuestión, conclusión a la que arriban tras una interpretación *-a nuestro parecer errada-* del artículo 504 del Código del Trabajo, el mismo al que recurren los promotores de la competencia de la judicatura en la materia. Dicho artículo 504 dispone:

“En todos aquellos casos en que en virtud de este Código u otro cuerpo legal, se establezca reclamación judicial en contra de resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo, distintas de la multa administrativa o de la que se pronuncie acerca de una reconsideración

administrativa de multa, se sustanciará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio, contenidas en el artículo 500 y siguientes del presente Código”.

El argumento que dan los detractores de la competencia judicial, dice relación con un análisis literal que hacen de la norma, siguiendo el mismo camino sesgado que utilizan en la interpretación del artículo 360 del Código del Trabajo. Señalan que el artículo 504 sólo hace aplicable el procedimiento monitorio para aquellas reclamaciones que estén expresamente establecidas en la ley laboral u otro cuerpo normativo, por lo cual, al haberse negado la competencia de los tribunales laborales mediante el artículo 360, el artículo 504 viene en corroborar que no existe competencia, pues no hay procedimiento aplicable si no se ha establecido la posibilidad de recurrir judicialmente.

Otro argumento que dan para señalar que no existe un procedimiento aplicable, es el que esbozan a partir del Oficio N°154-2017 de la Corte Suprema, oficio que fue emitido como parte del primer trámite constitucional de la moción parlamentaria presentada por el diputado Jorge Tarud.

Dicho proyecto busca modificar el Código del Trabajo en el sentido de dar competencia directa a los tribunales laborales para conocer de la calificación de los servicios mínimos cuando las partes reclamen contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo que los califica, y de hacer aplicable el procedimiento monitorio directamente en estas materias, sin necesidad de reclamo o conciliación ante la Inspección del Trabajo.

De este modo, el oficio de la Corte Suprema se pronuncia al respecto estableciendo que le parecen acertadas las dos modificaciones propuestas, por lo que informa favorablemente las modificaciones legales. Precisamente a este pronunciamiento los detractores de la competencia de los tribunales de justicia para conocer de la calificación de los servicios mínimos, le otorgan el valor de un documento público oficial, capaz de reconocer la incompetencia de los tribunales de justicia y la falta de un procedimiento actualmente aplicable al asunto.

Sobre este argumento final, y sólo con el fin de evidenciar el error de interpretación que se comete, es que consideramos necesario recordar que fue utilizado por el 1°

Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa de la Sociedad de Instrucción Primaria con la Dirección del Trabajo, como fundamento para declarar su incompetencia. Motivo que fue completamente desestimado por la Corte de Apelaciones al conocer sobre el recurso interpuesto en contra de dicha resolución, estableciendo que dicho oficio tiene valor sólo dentro del contexto del trámite de ese proyecto de ley particular, pero que de ningún modo es parte de la historia fidedigna de la Ley 20.940 que regula los servicios mínimos. Y asimismo señaló que este oficio por mucho que pueda ser considerado como documento público, este no es vinculante para los tribunales de justicia, puesto que el único llamado a interpretar de un modo general la ley es el legislador.

A modo conclusivo podemos señalar que, quienes abogan por la incompetencia de los tribunales para conocer de la calificación de servicios mínimos, y que a su vez establecen que no existe un procedimiento aplicable actualmente a la cuestión, lo hacen en base a: primero, la inexistencia de una norma de competencia expresa que dé a los tribunales la facultad para conocer de las reclamaciones en contra de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos. Segundo, que la falta de norma expresa que establezca la reclamación judicial, genera que no pueda ser sustanciada la reclamación por medio del procedimiento monitorio, debido a que el artículo 504 del Código del Trabajo exige, que esta reclamación se encuentre “establecida” en la ley. Tercero, a raíz de la existencia de un proyecto de ley que busca dar competencia y establecer un procedimiento aplicable a las reclamaciones en contra de la calificación administrativa de los servicios mínimos, se ha interpretado que no existe actualmente un procedimiento judicial aplicable.

4.6.2 Argumentos para considerar que si existe procedimiento aplicable.

Esta interpretación la llevan a cabo quienes entienden que existe competencia por parte de los jueces laborales para conocer de las reclamaciones judiciales en contra de las resoluciones administrativas de la Dirección Nacional del Trabajo que califica los servicios mínimos. Los argumentos para hacer aplicable un procedimiento los

encontramos recogidos en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, a saber:

a) **La Corte de Apelaciones de Antofagasta** en causa Rol 66-2012¹²⁵, con fecha 25 de mayo de 2012 dicta sentencia mediante la cual señala que del artículo 504 del Código del Trabajo, se desprenden tres situaciones en materia de reclamación judicial contra resoluciones administrativas:

- La primera es la reclamación de las resoluciones que establezcan multas administrativas, ante la cual señala procede el procedimiento de aplicación general o el procedimiento monitorio, en atención a la cuantía de la multa.
- La segunda situación regulada por el artículo 504, es la reclamación en contra de las resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo, que en virtud del Código del Trabajo u otros cuerpos legales sean reclamables judicialmente, las cuales se tramitarán de conformidad a las normas del procedimiento monitorio.
- Y la tercera situación se produciría en el caso de que no exista una norma expresa que señale el procedimiento aplicable, en donde debe utilizarse el procedimiento de aplicación general que contempla el Código del Trabajo.

Dicho razonamiento la Corte lo hace en los siguientes términos:

*“**TERCERO.** Que de la propia norma citada, artículo 504 del Código del Trabajo, se puede concluir que el Código ha distinguido tres situaciones en materia de reclamación judicial contra resoluciones administrativas. La primera de ellas en relación con el artículo 503 del citado Código contempla la posibilidad de reclamar judicialmente ante el Juez laboral las resoluciones que aplican multas administrativas, reclamación que se tramitará de conformidad al procedimiento de aplicación general o al procedimiento monitorio, en atención a la cuantía de la multa. La segunda situación contemplada expresamente en el artículo 504 en que las resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo, que en virtud del Código del*

¹²⁵ Citado en demanda presentada por Tecnoglobal S.A en contra de la Dirección del Trabajo, en procedimiento de reclamación de la resolución que calificó los servicios mínimos. ROL I-405-2017 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. P. 7

Trabajo u otros cuerpos legales sean reclamables judicialmente, se tramitarán de conformidad a las normas del procedimiento monitorio. Y una tercera situación que se deduce del artículo 504, en que las resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo, que en virtud del Código del Trabajo u otros cuerpos legales no contemplen una reclamación judicial, las cuales se tramitarán de conformidad al procedimiento general, esto es al procedimiento de aplicación general contemplado en el Párrafo 3°, Capítulo II, del Título I del Código del Trabajo.”

Como se observa, la Corte de Apelaciones de Antofagasta hace una interpretación a contrario sensu, en el entendido del tercer caso que propone, puesto que sostiene que si no se ha contemplado una reclamación judicial en contra de una resolución particular de la Dirección del Trabajo –*como ocurre con la resolución que califica los servicios mínimos*-, ésta se tramitará por medio del procedimiento de aplicación general. Para comprender la interpretación de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, hay que tener presente que dicho tribunal tiene como base y sustento de su decisión, el principio que establece que las resoluciones administrativas son recurribles, es decir, el principio de impugnabilidad de los actos de la administración del Estado, y por ende el correlativo principio de inexcusabilidad judicial y tutela judicial efectiva. De este modo, teniendo como base el razonamiento entregado por la Corte, la reclamación respecto de la resolución administrativa emitida por el Director Nacional del Trabajo que califica los servicios mínimos, en vista de que no cuenta con una reclamación judicial expresa, debe ser tramitada y conocida por el tribunal laboral en base al procedimiento de aplicación general, regulado en el artículo 446 y siguientes del Código del Trabajo.

- b) **La Corte Suprema** conociendo del recurso de queja Rol 832-2018¹²⁶, razona generando una interpretación conjunta entre los principios y normas superiores del derecho tales como el principio de Inexcusabilidad, debido proceso y derecho a accionar, con las normas contenidas en el Código del Trabajo, concluyendo que tanto los principios y reglas generales del derecho, como las normas del Código

¹²⁶ Tecnoglobal S.A con Dirección del Trabajo.

del Trabajo permiten llegar a la misma conclusión, es decir, que los tribunales son competentes para conocer de la materia.

Posterior a ello la Corte Suprema pronunció expresamente a favor de la aplicación del procedimiento monitorio para el conocimiento de la reclamación en contra de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos. Para fundamentar esta opción utiliza las mismas normas que se utilizan para defender la tesis de la competencia judicial, es decir, el artículo 420 letra b) y e)¹²⁷, junto al 306¹²⁸, 399¹²⁹ y 504 del Código del Trabajo.

De este modo bajo esta interpretación de reglas que sirven para determinar la competencia judicial, la Corte logra además llegar a la conclusión que es aplicable el procedimiento monitorio a este tipo de reclamaciones, lo que aborda de la siguiente manera:

8° “Que, también en el ejercicio de demarcar el ámbito normativo que fue aplicado a la reclamación materia de autos desde su ingreso al tribunal laboral -antes de la dictación de la resolución atacada-, cabe hacer notar que se dio inicio a su sustanciación con arreglo al procedimiento monitorio, y ello sobre la base de lo dispuesto por el artículo 504 del Código del Trabajo, en tanto preceptúa que: “En todos aquellos casos en que en virtud de este Código u otro cuerpo legal, se establezca reclamación judicial en contra de resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo, distintas de la multa administrativa o de la que se pronuncie acerca de una

¹²⁷ Art. 420. Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

- b) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo;
- e) las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social.

¹²⁸ Art. 306. Son materia de la negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo.

¹²⁹ Art. 399. Será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de este Libro (Libro IV del Código el Trabajo) el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presenten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

reconsideración administrativa de multa, se sustanciará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio, contenidas en el artículo 500 y siguientes del presente Código”.

Como se aprecia, al aludir a “las reclamaciones que procedan”, el texto recién transcrito evidentemente comprende las relativas a las materias contenidas en la letra e) del artículo 420 del Código del Trabajo, sin dejar de observar esta Corte que, por otra parte, la letra b) del referido artículo 420, guarda también sintonía con lo previsto en los artículos 306 y 399 del mismo cuerpo normativo, lo que reafirma las conclusiones hasta aquí alcanzadas”.

Como se observa la Corte se detiene en el artículo 504, estableciendo que se aplica el procedimiento monitorio en contra de aquellas resoluciones administrativas –*distinta de la multa administrativa y su reconsideración*- en los casos en que en virtud del Código del Trabajo u otra ley “*se establezca reclamación judicial*”, lo que evidentemente comprende y se refiere a aquellas materias contenidas en la letra b) y e) del artículo 420 del Código del Trabajo.

La Corte razona implícitamente que en cuanto esta norma establece que son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre negociación colectiva (420 letra b del Código del Trabajo) y de las reclamaciones en contra de las resoluciones administrativas que se originen en materia laboral (420 letra e del Código del Trabajo), en concordancia con el artículo 399 que otorga competencia a los mismos Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de las cuestiones que de origen la aplicación del libro IV –*sobre negociación colectiva*-, ellos establecen serán procedentes las reclamaciones judiciales, en términos amplios, siempre que se produzca una discrepancia jurídica en torno a dichas materias.

De este modo, y siguiendo los argumentos esbozados por la Corte Suprema en este fallo, se concluye que ante una reclamación de la resolución emitida por la Dirección del Trabajo que califica los servicios mínimos, los tribunales laborales serían los llamados a conocer del asunto, por medio del procedimiento monitorio.

c) Procedimientos judiciales actuales en curso.

Como bien hemos revisado con detención en el Capítulo III del presente trabajo, existen diversos juicios iniciados por medio del procedimiento de reclamación de multas y demás resoluciones administrativas, materializadas a través del procedimiento monitorio, que buscan poner en conocimiento de los tribunales de justicia la reclamación de la resolución emitida por el Director Nacional del Trabajo que califica los servicios mínimos, cuando consideran que dicha resolución vulnera alguno de sus derechos.

El camino al que se han visto enfrentados, tanto, sindicatos como empleadores, ante la constante declaración de incompetencia absoluta que han emitido los Juzgados del Letras del Trabajo, los han puesto en la necesidad de presentar recurso de apelación, de queja e incluso de nulidad con el fin de que los diversos tribunales de justicia de nuestro país, resuelvan determinando si los tribunales laborales están dotados o no jurisdicción y competencia para conocer del asunto.

Sólo la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, a través de los fallos ya analizados, han declarado que existe competencia de los tribunales de justicia para conocer de la reclamación en contra de la resolución del Director Nacional del Trabajo que califica los servicios mínimos, en las causas de la Sociedad de Instrucción Primaria y Tecnoglobal S.A, respectivamente. Juicios que han sido iniciados a través del procedimiento monitorio y luego de la declaración de competencia por los tribunales superiores de justicia, han tenido que continuar conociéndose por medio de este procedimiento.

Así de todo lo señalado y en particular del modo en que se ha sustanciado *-en los hechos-* la reclamación de la calificación de los servicios mínimos desde su interposición en los tribunales de base, hasta la confirmación por los tribunales superiores de justicia, nos permite asegurar que sí existe un procedimiento aplicable a la revisión judicial de los servicios mínimos, es cuál sería el procedimiento monitorio.

4.6.3 ¿Qué procedimiento es el más adecuado para realizar el control judicial de la calificación administrativa de los servicios mínimos?

Como hemos venido desarrollando, existen razones y fundamentos de peso para determinar la competencia de los tribunales de justicia para conocer de este asunto y por ende la existencia correlativa de un procedimiento, por medio del cual se sustancie dicha facultad.

La gran pregunta que surge ahora es ¿Cuál de los procedimientos existentes y que proceden, se adecúa de mejor forma a la finalidad de la revisión judicial de los servicios mínimos?

Como observamos en el punto anterior, existen argumentos tendientes a asegurar la procedencia del procedimiento de aplicación general y el procedimiento monitorio, y del mismo modo en virtud de las reglas generales del derecho, es factible aseverar la posibilidad de judicializar la calificación de servicios mínimos por medio de los recursos de protección, procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento propuesto por la Corte Suprema en el Oficio N°154-2017.

a) El Recurso de Protección.

El Recurso de Protección debe ser interpuesto ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el acto o se incurrió en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione la vulneración de alguno de los derechos estipulados en el catálogo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Ahora bien, nadie podría poner en dudas la procedencia de este recurso, ya sea, por considerar que se vulnera el derecho de sindicalización, de propiedad, libertad de trabajo, libertad para desarrollar cualquier actividad económica e incluso la igualdad ante la ley. Pero, ¿será un mecanismo a través del cual se logre un correcto control de la resolución administrativa que califica los de servicios mínimos?

Según el doctor en derecho Jorge Bermúdez, *“la modificación del examen de admisibilidad del recurso de protección, está produciendo un efecto contrario respecto*

de la revisión por esta vía de los actos administrativos,¹³⁰ examen de admisibilidad que en su versión original apuntaba a la interposición en tiempo y a si contaba con fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación, mientras que tras la modificación legal del año 2007, se cambió esta última exigencia por la de mencionar *hechos* que puedan constituir la vulneración de las garantías indicadas en el catálogo del artículo 20 de la Constitución Política de la República. Al respecto del caso particular de los actos administrativos el mismo autor cita *“la sentencia de la Corte Suprema de 12 de agosto de 2002 (caso Valenzuela Silva con Comisión Nacional del Medio Ambiente), a propósito de una resolución de calificación ambiental, se considera que dicho acto administrativo no es susceptible de causar una afectación de derechos constitucionales, toda vez que un acto administrativo no puede causar contaminación y que lo amparado por el recurso de protección son derechos afectados actualmente y no por proyectos que se producirán en el futuro”*.¹³¹ De este modo podemos ver como el recurso de protección no es un mecanismo idóneo como control judicial de la calificación administrativa de los servicios mínimos, en vista de que si aplicamos el criterio utilizado por la Corte en la causa recién citada, respecto a que el acto administrativo que deba ser revisado por este recurso debe ser de aquellos que producen una afectación actual de derechos, cuestión que no se produce en el asunto que analizamos, puesto que los servicios mínimos al tener que ser calificados con anticipación al inicio de la negociación colectiva, la vulneración en la determinación de éstos, jamás producirá una “afectación actual”, puesto que sólo se produciría la vulneración si es que se produjera la huelga, cuestión que ocurre sólo eventualmente. Iván Aróstica, actual presidente del Tribunal Constitucional señala que *“la tramitación en exceso breve del recurso de protección, en la práctica imposibilita llevar a juicio decisiones administrativas de mediana complejidad,”*¹³² de este modo y en vista de que consideramos, tal como lo sostiene la Corte Suprema,¹³³ que la determinación de

¹³⁰ Bermúdez, J. (2010). *Op. Cit.*, P.103-123.

¹³¹ *Ibid*

¹³² Aróstica, I. (2017) *Op. Cit.*, P.17

¹³³ Recurso de Queja N°832-2018 considerando 9°: *que al margen de los indicado en todo lo que procede, cabe resaltar que un conflicto relativo a la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia –más allá de la enorme relevancia y entidad que es posible apreciar respecto de lo que en*

servicios mínimos, es una materia de sumo compleja, no podría ser sustanciada mediante este procedimiento, que se identifica por su *“carácter sumarísimo e informal del procedimiento, además de la falta de sujeción del tribunal a reglas estrictas de ponderación de pruebas.”*¹³⁴

b) Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

En relación a este procedimiento concordamos con lo dicho Rubén Gajardo Morales, ex Director Regional del Trabajo de Antofagasta en cuanto el problema de los servicios mínimos trasunta un conflicto o colisión de derechos fundamentales, en la medida en que se ven afectadas alguna de las garantías constitucionales consagradas en del art. 485 del Código del Trabajo. El problema que se presenta en este procedimiento guarda relación con los legitimarios activos, puesto que no podría jamás ser iniciado por el empleador, puesto que éste es el sujeto pasivo de esta acción. Razón por la cual este procedimiento no permite un correcto control de la calificación administrativa de los servicios mínimos, puesto que dejaría sin protección a una de las partes que podría verse afectada ante una errada calificación.

c) El Procedimiento Propuesto por la Corte Suprema en el Oficio N°154-2017 en base a la moción presentada por el diputado Jorge Tarud.

El máximo tribunal, propone la aplicación del procedimiento monitorio a través de una remisión al artículo 504 del Código del Trabajo, esto con el fin de dejar afuera la etapa de mediación ante la Inspección del Trabajo, puesto que resultaría improcedente dicha instancia, si es que la resolución reclamada precisamente proviene de dicho órgano. Ahora bien, la Corte en su oficio advierte como falencia en el proyecto, la no

esta materia se decida por los efectos que puedan generarse-, resulta ser un problema de suyo complejo, tanto por la necesidad de aportación de pruebas de índole técnico y pericial, sino que también por las decisiones de naturaleza propiamente jurídicas que eventualmente pueda ser preciso abordar y resolver, como la relativa a determinar si tal prestación de servicios mínimos y equipos de emergencia –en una determinada situación-, ésta o no afectando “el derecho a huelga en su esencia”, como lo expresa el artículo 359 ya citado en el motivo segundo de estas consideraciones de oficio.

¹³⁴ Gajardo, R. (2018). *Op. Cit.*, P. 120.

determinación del plazo ante el cual se podrá recurrir ante el tribunal laboral a través del procedimiento monitorio, lo cual subsana proponiendo que éste se ajuste al plazo de 15 días establecido en el procedimiento de impugnabilidad de la resolución que determina las empresas que no tendrán derecho a huelga, regulado en la misma ley 20.960. Plazo que fue determinado en base al procedimiento aplicable a los procesos contenciosos administrativos especiales, fuera de las sedes especializadas, deber ser el contemplado en el artículo 151 letras d) a i) de la Ley Orgánica de Municipalidades.

En fin, el procedimiento monitorio, sin la etapa de mediación ante la Inspección del Trabajo, con un plazo de interposición de 15 días, propuesto por la Corte Suprema en base a la moción parlamentaria, lo consideramos insuficiente debido a que al igual que todo procedimiento monitorio, sólo se producirá eventualmente una audiencia, cuestión que a todas luces es insuficiente para realizar un control de la calificación de servicios mínimos, en razón de la necesidad de rendir prueba para resolver correctamente del asunto.

d) Procedimiento de Aplicación General

¿Cuál es entonces el procedimiento que permitiría una correcta revisión de la calificación de los servicios mínimos?

En base a lo que venimos desarrollando y en vista de que es deseable y a nuestro parecer imprescindible que exista una instancia judicial en la que se tenga la posibilidad de sortear con éxito las dificultades probatorias que ofrece la calificación de los servicios mínimos, es que consideramos que es insuficiente el conocimiento que se puede obtener a través del recurso de protección o en el procedimiento monitorio en el que sólo existirá una eventual audiencia.

Por ello, en atención a la importancia y envergadura de los derechos en juego, que son de importantísima relevancia tanto para los trabajadores, los sindicatos, los empleadores y la sociedad toda, no podemos si no estar de acuerdo en que sea el tribunal laboral por medio del procedimiento de aplicación general, el encargado de realizar el control judicial respecto de la resolución administrativa que califica los

servicios mínimos, puesto que será resuelto por autoridades formadas en derecho, especialistas en materias laborales, que entraran a conocer sobre el fondo del asunto en base a las pruebas rendidas en el proceso.

Al considerar como vía de accionar el procedimiento de aplicación general, se logra superar esta deficiencia en el conocimiento y prueba del asunto debatido, y aún más, se otorga la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema a través del Recurso de Unificación de Jurisprudencia. Será así que el máximo tribunal del país tendrá la última palabra en la determinación de los servicios mínimos, y con ello se nos asegura una justa ponderación de los derechos en pugna.

No podemos desconocer que llegar a dicha instancia puede generar que la negociación colectiva se vea suspendida por un largo plazo, siendo este un tema a solucionar de *lege ferenda*. Sin embargo, consideramos que lo que ha dispuesto la Dirección del Trabajo en su dictamen ordinario N°1563/38 de fecha 7 de abril de 2017¹³⁵, es plenamente aplicable, por lo que mientras no se encuentre firme y ejecutoriada la calificación de los servicios mínimos, la negociación colectiva se suspenderá y a la vez se prorrogará la vigencia del instrumento colectivo vigente. Es por ello que si bien la negociación colectiva se puede ver aplazada y entorpecida por la extensión de los plazos, quedan a salvo los derechos del trabajadores sindicalizados, a través de lo dispuesto por la Dirección del Trabajo.

De este modo, si bien reconocemos que pueda producirse una dilación del inicio de la negociación colectiva, lo que claramente es un efecto no deseado, creemos que ello se ve compensado con lo que se gana en seguridad y certeza judicial.

4.7 ¿Qué conoce el tribunal forma o fondo del asunto?

Una vez realizado el estudio sobre las consideraciones jurídico-procesales, que demuestran la existencia y necesidad del control judicial respecto de la actuación de la Dirección del Trabajo entorno a la calificación de servicios mínimos, la competencia de los tribunales laborales para conocer del este asunto, y el procedimiento que a

¹³⁵ Ver Capítulo III, apartado 3.1.2 del presente trabajo.

nuestro parecer resulta el más idóneo para éstos fines, consideramos necesario extender el análisis a otra arista, a fin de, determinar cuál es el rol de los tribunales de justicia frente a la necesidad de revisión de la calificación de servicios mínimos, es decir, dilucidar si la labor se debe limitar a realizar un mero examen de legalidad del acto administrativo, o bien debe realizar un control respecto de los fundamentos de fondo de la resolución administrativa.

Esta incertidumbre surge tras los primeros fallos emitidos por los Juzgados de Letras del Trabajo, en particular el dictado en la causa caratulada Sociedad de Instrucción Primaria con Dirección del Trabajo, en donde el tribunal laboral competente, con fecha seis de febrero de dos mil dieciocho, señala como argumento para fundamentar el rechazo de la reclamación de la que conoce, una supuesta limitación de la labor jurisdiccional, aludiendo a que sólo le correspondería realizar un examen de legalidad del acto administrativo.

En palabras del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago:

“Que la sentenciadora tendrá presente también al resolver lo siguiente:

4) Que el Código del Trabajo no señala con precisión y claridad el alcance del rol que compete al Juez del Trabajo en esta materia y hasta la fecha alto es el debate jurisprudencial incluso en relación a la competencia de estos tribunales.

Por lo anterior habiéndose declarado que este tribunal es competente y teniendo en cuenta que el espíritu del legislador laboral cuando ha entregado la competencia para revisar actos administrativos que ya han sido objeto de un recurso jerárquico, la ha limitado a la verificación de la legalidad del procedimiento incluido el acto terminal, lo que implica en este caso la constatación que se le cumplido las etapas del procedimiento, en la forma establecida en la ley, escuchando a las partes, solicitando los informes técnicos, realizando la inspección investigativa si correspondiere, y resolviendo fundadamente conforme a los antecedentes expuestos ante la entidad administrativa, todos aspectos que se cumplieron, como se ha dado por establecido en el presente fallo”.

Cabe señalar que tribunal laboral se limitó a analizar dos cuestiones para tomar su decisión; en primer lugar las consideraciones jurídicas contenidas en el artículo 19 N°16 de la Carta Fundamental y el artículo 362 del Código del Trabajo, tendientes a sostener que los servicios prestados por la Sociedad de Instrucción Primaria, no son de aquellos considerados como esenciales por el legislador, por lo que es indiscutido el derecho a huelga que tienen los empleados de la Sociedad reclamante en el marco de un proceso de negociación colectiva. Y en segundo lugar, el tribunal analiza el procedimiento de calificación de servicios mínimos regulado en el artículo 360 del Código del Trabajo, realizando por medio de éste, un exhaustivo examen tendiente a determinar si la Dirección del Trabajo cumplió o no con cada una de las etapas establecidas por el legislador.

Al respecto, debemos señalar que consideramos insuficiente el análisis realizado por el sentenciador, puesto que no realiza argumentación alguna respecto del fondo del asunto, y omite toda observación respecto a si la estipulación de los servicios mínimos fijada por la Dirección del Trabajo, es la adecuada o no, para el caso particular del establecimiento educacional Sociedad de Instrucción Primaria.

Del actuar del juzgado laboral, se logra desprender una errada interpretación de las normas que regulan los servicios mínimos, así como también un restringido entendimiento de la institución de los servicios mínimos como una limitación al derecho fundamental de huelga.

Lo cierto es, que de las normas que regulan los servicios mínimos, no es posible arribar a la conclusión de que se haya limitado el examen judicial a una mera verificación de la legalidad del acto administrativo por el cual se determinó los servicios mínimos. Si analizamos los principales artículos que regulan ésta institución, que son el 359 y 360 del Código del Trabajo los cuales hemos analizado en extenso en el desarrollo del presente trabajo, no se encuentra regla alguna que establezca o permita concluir la forma en que deba pronunciarse el juez respecto del asunto. Tampoco se puede desprender del artículo 399 del mismo cuerpo legal, el cual si bien entrega competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de las contiendas que se originen en razón de la negociación colectiva, nada dice respecto a si el

pronunciamiento del juez deba versar sobre una verificación de la legalidad del procedimiento o sobre el fondo del asunto controvertido.

Todo esto, nos permite concluir que no existe una limitación expresa por parte del legislador, que admita aseverar que la competencia de los tribunales laborales frente a los servicios mínimos, se restrinja a conocer sólo de la legalidad del procedimiento aplicado por la administración para emitir su resolución, ni menos sostener, como lo hace el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *“que el espíritu del legislador laboral cuando ha entregado la competencia para revisar actos administrativos que ya han sido objeto de recurso jerárquicos, se ha limitado a la verificación de la legalidad del procedimiento”*, debido a que, tal como lo sostiene la Sociedad de Instrucción Primaria en el recurso de nulidad presentado en contra de la resolución en comento:

“Cada vez que el legislador ha querido establecer una limitación al pronunciamiento del juez en determinada materia, así lo ha señalado. Ejemplo de ello es la competencia otorgada en el artículo 512 del Código del Trabajo, el cual limita al juez a verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 511 del mismo cuerpo legal, esto es: la existencia de un error de hecho o rebaja de la multa por cumplimiento de la infracción. Con todo, aún en este caso, el examen que hace el sentenciador no es meramente formal, por cuanto, se examina el fondo del asunto esto es: si el órgano administrativo se equivocó o no al estimar la inexistencia de un error de hecho, o bien, el cumplimiento del acto administrativo”¹³⁶

Ahora bien, cuando sostenemos que el sentenciador por medio de su fallo demuestra tener un restringido entendimiento de los servicios mínimos como una institución que limita el derecho fundamental de huelga, lo hacemos en vista de que, le bastó sólo determinar que los servicios prestados por la empresa, no eran de aquellos considerados por el legislador como esenciales, para concluir que los empleados gozaban de la facultad de ejercer el derecho de huelga, sin entrar a razonar, que para

¹³⁶ Recurso de Nulidad presentado por Sociedad de Instrucción Primaria en contra de la resolución emitida con fecha seis de febrero de dos mil dieciocho por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

poder ejercer dicho derecho fundamental se requiere que la determinación de los servicios mínimos no lesione la esencia de éste.

Precisamente por ésta razón, sumada a la necesidad de no lesionar los demás derechos fundamentales que puedan entrar en pugna con la huelga, es que enfatizamos en la necesidad de realizar un control judicial respecto de la calificación administrativa de los servicios mínimos, es decir, que frente a una decisión administrativa que alguna de las partes considere atenta contra sus derechos, sean los tribunales de justicia, los llamados a ejercer su potestad jurisdiccional, ponderar derechos y en definitiva amparar y tutelar de forma efectiva el derecho sustantivo que se reclama, no siendo suficiente para este cometido el realizar un mero examen de legalidad del acto administrativo, puesto que un análisis como ese, podría llevar a absurdos donde independiente de lo vulneratoria que sea la calificación administrativa de servicios mínimos, ya sea, respecto de los derechos de los trabajadores o de la empresa, el tribunal laboral competente no podría revocar la decisión administrativa y recalificar los servicios mínimos, si es que el Director del Trabajo hubiese seguido al pie de la letra el procedimiento establecido en el artículo 360 del Código del Trabajo.

En esta misma línea, la duodécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente en la causa que analizamos, al resolver del recurso de apelación presentado por la reclamante tras la declaración de incompetencia del tribunal laboral señaló como argumento para fundamentar su decisión de declarar la competencia de los tribunales laborales, que sostener que la labor administrativa no admite revisión de sus *fundamentos* es contraria a la potestad jurisdiccional, la que existe precisamente para impedir la autotutela.

En palabras de la Corte de Apelaciones:

“Sostener, como se dijo en estrados durante la vista de la causa, que la labor de la autoridad administrativa no admite revisión de sus fundamentos y decisiones por el Poder Judicial atendido que estamos ante el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, es una afirmación de la cual esta Corte disiente. La potestad jurisdiccional existe precisamente para impedir la autotutela y evitar que alguna autoridad, persona o grupo de personas se

transforme en el supremo juez de sus propias decisiones. El sentido de la intervención judicial a requerimiento de parte es precisamente la materialización y posibilidad de ejercicio de otras libertades y derechos a los que no dudamos en llamar también como esenciales que deben ser considerados para decidir el conflicto, tales como la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley ante el ejercicio de los derechos de persona, la prohibición de enjuiciamiento por comisiones especiales, el derecho al juez predeterminado, la tutela judicial efectiva, el racional y justo procedimiento, la libertad de trabajo, la libre contratación en materia laboral, el derecho a negociar colectivamente, el derecho a desarrollar una actividad económica lícita y tantos otros que esta Corte, por mandato constitucional, está llamada a apreciar y ponderar”.

Como se observa de la resolución de la Corte de Apelaciones, ésta no sólo declara la competencia del tribunal laboral, sino que determina el alcance de dicha competencia, así lo ha sostenido también la Sociedad de Instrucción Primaria, en el recurso de nulidad presentado en esta causa, *“La Corte de Apelaciones fundamenta tal competencia en la necesidad de controlar los fundamentos -es decir las razones o motivos- de la resolución de la Inspección del Trabajo, ya que solo así se satisface la existencia de un control sobre el actuar administrativo -sino sería supremo juez de sus propias decisiones”- y que tal fiscalización es importante por cuanto solo así se protege libertades y derechos esenciales que deben ser considerados al momento de resolver el conflicto”.*

La aseveración que realiza la Corte de Apelaciones, guarda total armonía con lo sostenido por la Excelentísima Corte Suprema al conocer de la Queja presentada en la causa Tecnoglobal S.A. en donde señala, que en lo relativo a la calificación de servicios mínimos eventualmente existiría decisiones de naturaleza propiamente jurídicas, como las tendientes a determinar si se está o no afectando la esencia del derecho a huelga, cuestión que implicaría que el tribunal competente, tiene dentro de su competencia el deber de conocer de las consideraciones de fondo del asunto:

“9° Que al margen de lo indicado en todo lo que precede, cabe resaltar que un conflicto relativo a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia –más allá de la enorme relevancia y entidad que es posible apreciar respecto de lo que en esta materia se decida por los efectos que puedan generarse-, resulta ser un problema de suyo complejo, tanto por la necesidad de aportación de pruebas de índole técnico y pericial, sino que también por las decisiones de naturaleza propiamente jurídicas que eventualmente pueda ser preciso abordar y resolver, como la relativa a determinar si tal prestación de servicios mínimos y equipos de emergencia –en una determinada situación-, está o no afectando “el derecho a huelga en su esencia”, como lo expresa el artículo 359 ya citado en el motivo segundo de estas consideraciones de oficio”.

Ahora, si nos remitimos a lo sostenido por la Organización Internacional del Trabajo, a través del Comité de Libertad Sindical, en cuanto señala “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial”, podemos concluir que el ente internacional reconoce que el control judicial que realiza el tribunal, debe versar sobre cuestiones de fondo, debido a que con un mero examen de legalidad del procedimiento jamás podría apreciarse si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable.

Para finalizar, y con el fin de evidenciar los riesgos que eventualmente se podrían producir, si se establece que el tribunal laboral sólo debe realizar un examen de legalidad del procedimiento como parte del control judicial, es que creemos necesario hacer mención a la motivación que tuvo el diputado Jorge Tarud al momento de presentar la moción parlamentaria que busca instaurar de forma explícita el control judicial de la calificación de servicios mínimos, el que dice relación con que la determinación de los servicios mínimos, sin la posibilidad de revisión judicial, depende de la capacidad persuasiva o política que tenga la empresa ante la Dirección del Trabajo para lograr que dicha órgano del Estado acoja su solicitud, elemento del todo peligroso, tomando especial consideración el poder que detentan algunas empresas a nivel gubernamental y el desigual poder del que gozan las organizaciones sindicales.

Riesgo que a nuestro parecer no desaparecería si el control judicial se margina y niega a realizar un examen sobre el fondo de la calificación de los servicios mínimos.

De esta forma, si se establece sólo un control de la legalidad del procedimiento, podríamos encontrar calificaciones que cumpliendo al pie de la letra el procedimiento legal, es decir, escuchando a las partes, solicitando informes técnicos y respetando los plazos, se declare que todos los trabajadores de la empresa deben prestar los servicios mínimos, lo que claramente resultaría atentatorio respecto del derecho de huelga de los trabajadores, y sin la posibilidad del que el juez revierta la calificación, debido a que el procedimiento se encuentra conforme a derecho.

Conclusiones

Si bien la Ley 20.940 fue anunciada por el ejecutivo como una normativa que vendría a modernizar el sistema de relaciones laborales existentes hasta ese entonces en nuestro país, y que buscaba equilibrar las relaciones entre las partes, por medio del fortalecimiento de la libertad sindical y sus tres elementos indisolubles -*negociación colectiva, sindicatos y la huelga*- nos es posible concluir, hoy, tras casi dos años de su entrada en vigencia, que es un cometido que no ha logrado cumplirse.

A raíz del presente estudio hemos podido evidenciar que subsisten los resquemores que sobre la huelga existían en la antigua normativa laboral, lo que queda de manifiesto en el tratamiento que hace el legislador de los servicios mínimos como una institución que limita el derecho a huelga, en donde se logra observar que la huelga sigue siendo apreciada desde el prisma del empleador, es decir, entendida como una herramienta de los sindicatos que puede dañar el capital de los empleadores, y que por ende merece limitaciones en pos de proteger los bienes de la empresa, y no como un mecanismo que dota a los trabajadores del poder necesario para lograr un mejoramiento de las condiciones de empleo y la redistribución del producto económico y que por ende debe admitir sólo aquellas limitaciones indispensables para no vulnerar los derechos fundamentales de otros actores sociales.

En Chile la libertad sindical se encuentra protegida a nivel constitucional a través de dos vertientes, es decir con el reconocimiento explícito en la carta magna y a través del reconocimiento de la vigencia y aplicación de la normativa internacional en la materia, es por ello que el Estado de Chile a través de la ley y sus instituciones debe garantizar de manera permanente este derecho fundamental y ajustarse para ello a los estándares internacionales.

Pese a lo anterior la legislación nacional, aún después de la modificación introducida por la ley 20.940, se aparta de los estándares que han sido fijados por la OIT por medio de la doctrina surgida en torno a los Convenios ratificados por Chile, tanto en el tratamiento que hace de los servicios esenciales como de los servicios mínimos.

Al respecto la legislación nacional contempla un mayor número de supuestos de servicios esenciales que los recomendados por el órgano internacional, y del mismo modo sigue prefiriendo como mecanismo de limitación del derecho a huelga, la prohibición de su ejercicio, por sobre otro mecanismo menos gravosos para la libertad sindical.

En relación a los servicios mínimos las diferencias son aún más radicales, puesto que la regulación se aparta de los criterios establecidos por la OIT, ya no sólo en las causales de procedencia, sino que también en la conceptualización y en los fines asignados a la institución.

De este modo, mientras la OIT conceptualiza los servicios mínimos como un mecanismo alternativo a la prohibición del ejercicio del derecho a huelga en las empresas que prestan servicios esenciales, los que tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales a la vida, seguridad y salud de la población, sin atender a los intereses productivos del empleador. Por el contrario, el legislador nacional entiende los servicios mínimos como una carga que debe cumplir el sindicato al momento de declararse en huelga, protegiendo intereses más difusos al considerar supuestos más amplios que los recogidos por el ente internacional, llegando incluso a establecer servicios mínimos con miras a proteger todos los bienes corporales e instalaciones de la empresa, sin atender al criterio de seguridad, lo cual es claramente atentatorio contra la esencia del derecho fundamental de huelga, y a los fines reconocidos a los servicios mínimos.

A nuestro parecer, la normativa laboral nacional el único estándar en que cumple con lo dispuesto por la OIT es en cuanto a que es deseable y necesario, que en última instancia, sea la autoridad judicial quien resuelva la calificación de los servicios mínimos, cuando existan opiniones divergentes entre las partes. Pese a que reconocemos la existencia de un error de técnica legislativa grave, en cuanto pareciese a prima facie que la normativa laboral establece sólo la posibilidad de recurrir administrativamente, al no mencionar directamente los recursos judiciales que proceden en contra de la calificación administrativa de los servicios mínimos. Sin embargo dicho error es subsanable por medio de una interpretación armónica de la

normativa laboral y constitucional, en la que se reconoce la competencia de los tribunales laborales, tal como la que acabamos de desarrollar en el presente trabajo.

Este error de técnica legislativa, ha dado sustento a la tesis de la incompetencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de los servicios mínimos, los cuales interpretan la parte final del inciso 11 del artículo 360 del Código del Trabajo, que señala: *“sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”* como una normal que genera la clausura tanto del debate administrativo como judicial.

El principal exponente de la tesis de incompetencia es la Dirección del Trabajo, la que se ha pronunciado a través de Dictámenes y por medio de su defensa jurídica en los juicios en los cuales se busca impugnar sus decisiones en torno a la calificación de los servicios mínimos. En sus dictámenes no se ha referido expresamente a la competencia o incompetencia de los tribunales para conocer de la reclamaciones respecto de la calificación de servicios mínimos, sin embargo ha esbozados conclusiones que apuntan a esta dirección, estableciendo por ejemplo que la ejecutoriedad de la calificación solo depende de la etapa administrativa, sin tener en cuenta las reclamaciones judiciales que eventualmente se pudieran interponer, asegurando que “de ser procedentes” estas no afectarán la ejecutoriedad de la calificación.

No obstante, como defensa en los juicios ha sostenido directamente que los tribunales de justicia son incompetentes para conocer de la calificación de los servicios mínimos.

Ello nos permite concluir que la Dirección del Trabajo a través de su interpretación genera una idea de omnipotencia de sus resoluciones, tornándolas inmodificables, convirtiéndose así en soberano de sus propias decisiones. Con dicha interpretación la Dirección del Trabajo niega la vigencia del principio de revisión judicial de los actos administrativos, cuestión que a la vez atenta contra los pilares del estado de derecho imperante en Chile.

Durante el desarrollo de la discusión que ha originado la judicialización de los servicios mínimos, los tribunales superiores de justicia han dictados fallos que cobran vital importancia entre quienes aseguramos la existencia de competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de servicios mínimos, puesto que han logrado

por medio de una visión panorámica y global de la legislación nacional, concluir que además de existir normas, reglas y principios que otorgan competencia a los tribunales, existe la necesidad de un control judicial respecto a la calificación de servicios mínimos que realiza la administración, debido a que la resolución del asunto involucra la ponderación de derechos fundamentales de los sindicatos, los empleadores y la sociedad.

Sin embargo, los juzgados de letras del trabajo quedan al debe puesto que han realizado un menguado análisis de la normativa, basando sus declaraciones de incompetencia exclusivamente en la parte final de un inciso determinado, estableciendo en base a esta errada interpretación consecuencias del todo gravosas para quienes ven mermados sus derechos por una decisión administrativa.

Frente a las preguntas que nos planteamos en la introducción de este trabajo, a saber ¿Cuáles son los fundamentos que sustentan cada una de las tesis respecto al control judicial? ¿Cuál de ellas tiene mejores razones jurídicas para imponerse sobre la otra? ¿Cuál se encuentra en mejores condiciones de proteger y garantizar los derechos de todas las partes involucradas? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se siguen de adoptar una u otra posición?

Y en atención a los argumentos que desarrollamos a lo largo del presente trabajo para fundamentar la tesis de la competencia de los tribunales laborales para conocer de la calificación de los servicios mínimos. Consideramos que la tesis de la competencia responde y da una solución mucho más adecuada a cada una de las preguntas planteadas.

De este modo podemos graficar como la tesis de la competencia judicial, permite dar vigencia y aplicación al principio de inexcusabilidad y al de revisión judicial de las resoluciones administrativas *–pilares fundamentales de un estado de derecho-*.

Debido a la importancia que reviste realizar una correcta ponderación de los derechos fundamentales en pugna durante la calificación de los servicios mínimos y teniendo en cuenta las falencias normativas y la amplitud de las limitaciones establecidas en Chile a la huelga, consideramos que es necesario que sean los tribunales de justicia, a través de un conocimiento acabado y referido al fondo del asunto y no sólo limitado a un

examen de legalidad de la actuación realizada por la administración, los llamados a calificar en última instancia los servicios mínimos, asegurando así el debido resguardo a la Libertad Sindical.

Con la intervención de la judicatura en el proceso de calificación de los servicios mínimos se asegura y garantiza que la decisión a la que se arribe: i) se habrá realizado por el órgano llamado constitucionalmente para conocer de las controversias jurídicas; ii) se ponderarán correctamente los derechos de todos los intervinientes; iii) que no se vulnerara la esencia de los derechos en pugna; iv) otorgará la posibilidad de que el abanico judicial completo concurra en la revisión del asunto, otorgándole el derecho a las partes para recurrir ante las diferentes instancia judiciales con miras a obtener un pronunciamiento definitivo por los tribunales superiores de justicia; v) sea dictada por un ente imparcial, que permita eliminar la posibilidad de que se fijen servicios mínimos en atención de la capacidad persuasiva o política de la empresa. Y del mismo modo eliminar la discrecionalidad de los gobiernos de turno, quienes al ser los llamados a designar al Director Nacional del Trabajo, pueden imbuir una visión de política económica en la calificación de los servicios mínimos.

Si bien reconocemos que la judicialización de los servicios mínimos puede generar que la negociación colectiva se vea suspendida por un largo plazo, lo que claramente es un efecto no deseado, creemos que ello se ve compensado por la seguridad y certeza judicial que ganan quienes se ven en la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia en búsqueda de una adecuada protección de sus derechos.

Del mismo modo consideramos que el principal y más grave problema que dicho aplazamiento ocasiona, que dice relación con la posibilidad de que estando pendiente la resolución de la calificación de los servicios mínimos se produzca la extinción del instrumento colectivo, se ve subsanado por la declaración de la Dirección del Trabajo en su dictamen ordinario N°1563/38, en donde establece que ante esa situación se produciría necesariamente la prórroga del instrumento colectivo vigente y la suspensión de los plazos para presentar el proyecto de contrato colectivo.

Finalmente, si bien hoy existe en el Congreso Nacional una moción que busca incorporar expresamente un procedimiento de control judicial de la resolución

administrativa que califica los servicios mínimos y del mismo modo es pública la intención del Presidente de la República Sebastián Piñera de introducir dentro de la reforma a la ley 20.940 la posibilidad de judicializar los servicios mínimos, a fin de terminar la discusión e incertidumbre jurídica sobre el asunto, esta modificación legislativa no es una solución para quienes se encuentran hoy frente a la necesidad de impugnar la resolución que califica los servicios mínimos por considerar que sus derechos han sido vulnerados por la administración. Es en este punto donde adquiere relevancia los distintos enfoques que hemos planteados tendientes a entregar una interpretación normativa que permita proponer soluciones reales e inmediatas para quienes hoy necesiten resguardar sus derechos de las decisiones que sobre los servicios mínimos adopte la Dirección del Trabajo.

Bibliografía

Libros.

1. BARBAGELATA, H. (2009). *Curso sobre la Evolución del Pensamiento juslaboralista*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.
2. CAAMAÑO, E. & UGARTE, J. (2008) *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque Crítico*. Santiago: Legal Publishing.
3. DWORKIN, R. (1980) "*Filosofía del Derecho*", Editorial Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México
4. ETCHEBERRY PARÉS, F. (2009). *Derecho individual del Trabajo*. Editorial Legal Publishing. Chile.
5. GAJARDO MORALES, R. (2018). *Los Servicios Mínimos como Límites al Derecho a Huelga*. Editorial Libromar SPA., Chile.
6. GAMONAL CONTRERAS, S. (2011). *Derecho colectivo el trabajo* (2 ed.). Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.
7. GAMONAL CONTRERAS, S. (2014). *Fundamentos de derecho laboral* (4 ed.). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
8. LANATA FUENZALIDA, G. (2011). *Manual de Proceso Laboral* (2 ed.). Santiago, Chile: editorial Legal.
9. LANATA FUNZALIDA, G. (2011). *El sistema de recursos en el proceso laboral chileno* (1 ed.). Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile.

10. LIZAMA PORTAL, L. (2016). *La Reforma Laboral explicada y comentada*. Santiago, Chile: Luis Lizama Portal &Cía. Abogados.
11. MACCHIAVELLO, G. (1986) *Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas. Tomo I*. Editorial Universitaria. Santiago
12. PALOMEQUE LÓPEZ, M. (1994) *Derecho Sindical Español*. 5 Ed. Editorial Tecnos S.A. Madrid.
13. PÉREZ REY, J. citado en BAYLOS, A. (2005). *Estudios sobre la huelga*. Albacete. Editorial Bomarzo.
14. PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 3 Ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
15. POBLETE VINAIXA, J. (2014). *Ley de Bases y estatuto Administrativo*. 2 Ed. Editorial Librotecnia Chile
16. TOLEDO CORSI, C. (2013). *Tutela de la libertad sindical*. Legal Publishing Chile.
17. UGARTE CATALDO, J. (2009). *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Editorial Legal Publishing. Chile.

Tesis

18. GONZÁLEZ ALEGRÍA, E. (2015) *La figura del reemplazo en la huelga. Análisis crítico a la luz de la nueva reforma laboral que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al código del trabajo (boletín 9835-13)*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2015.
19. JUACIDA, L. Y MIRANDA F. (2008) *Solución de conflictos en el proceso de negociación colectiva*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
20. LAGOS LARENAS, J. (2015). *Reclamación judicial de resolución administrativa dictada respecto de objeción de legalidad en proceso de negociación colectiva. Consideraciones procesales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
21. REYES, M. y VELASTIN, F. (2011) *Hipótesis sobre la incorporación de los principios del derecho del trabajo en un proceso de negociación colectiva*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2011.
22. ULLOA, M. (2017). *Los límites al Derecho a Huelga en la Ley N°20.940*. Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Artículos

23. ALEXY, R. (2009), "*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 11.
24. ARÓSTICA. I. (2017) *Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva*. Derecho Público Iberoamericano, Volumen (11).
25. AZÓCAR, R. & CRUZ, A. (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. Vol (6), N° (12).
26. CASTRO DELMIGLIO, D. (2017). *Servicios esenciales y Servicios minimos como límite al ejercicio del Derecho de huelga en Chile*. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol (5).
27. CHANDÍA, S. (2012) *Principios Jurídicos y Ordenamiento Jurídico. Bases Para Una Teoría General De Los Principios Jurídicos en el Sistema Constitucional Chileno*. Derecho y Humanidades. Volumen (20)
28. DÍAZ MÉNDEZ, M. (2018). *Ley N° 20940 que ¿Moderniza el sistema de relaciones laborales?*. Revista Laboral Chilena, Julio 2018
29. ERMIDA, O. (2012). *Crítica de la libertad sindical*. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
30. FERRADA, J. (2011) *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (36).

31. GERNIGON, B., ODERO, A. Y GUIDO, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra.
32. GOBIERNO DE CHILE. Dirección del Trabajo. Varas, M. (2003). *Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759*. Boletín Oficial del Trabajo.
33. MARZI MUÑOZ, D. (2016). Observaciones Sobre la Judicialización de las Relaciones Colectivas: En las Antípodas de la Autonomía. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, III(3)*
34. PALAVECINO, C. (2005) *Los principios del Derecho del Trabajo*. Apuntes de clases.
35. PINTO SARMIENTO, Y. (2016). *La huelga y los servicios mínimos. Balance del estado actual de la legislación y de la reforma*. Revista Laboral Chilena, Mayo 2016. Chile.

Bibliografía en Línea

Textos Normativos.

36. CÓDIGO DEL TRABAJO. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>
37. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&r=1>
38. CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>
39. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
40. CONVENIO 87.OIT. Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicalización, San Francisco, 1948. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087
41. CONVENIO 98.OIT. Sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva. Ginebra, 1949. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098

42. CONVENIO 154 OIT. Promoción de la negociación colectiva. 1981. Disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_172300.pdf
43. LEY 18.575, Ley Orgánica Constitucional De Bases Generales De La Administración Del Estado, Chile, 1986. Disponible en < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>
44. LEY 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos la Administración del Estado, 2003. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>
45. LEY N° 20.940. Diario Oficial de la República de Chile, 8 de septiembre de 2016. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094436>

Documentos en Línea

46. ACADEMIA JUDICIAL. (2008). *Manual del Juicio del Trabajo*. Santiago, Chile. Obtenido de <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/ManualJuiciodelTrabajo.pdf>
47. ALBAGLI, E., DE LA HUERTA, C., & TAPIA, M. (Octubre de 2016). *Reemplazo en Huelga en Países Miembros de la OCDE: Una Revisión de la Legislación Vigente*. Santiago, Chile: Banco Central de Chile. Obtenido de <http://si2.bcentral.cl/public/pdf/documentos-trabajo/pdf/dtbc792.pdf>
48. BACHELET, M. (2013). Programa de Gobierno 2014-2018. Chile. Disponible en http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb_1.pdf
49. BERMÚDEZ SOTO, JORGE. (2010). *Estado actual del control de legalidad de*

los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público?. Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 103-123. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005>

50. BERTONI, P. (21 de octubre de 2015). *OIT asegura que servicios mínimos no son para garantizar funcionamiento de la empresa*. Revista Pulso. Disponible en <http://www.pulso.cl/economia-dinero/oit-asegura-que-servicios-minimos-no-son-para-garantizar-funcionamiento-de-la-empresa/>
51. CARTA ABIERTA DE ACADÉMICOS “la reforma laboral es un retroceso en los derechos del mundo sindical”. *El Desconcierto*. Disponible en <http://www.eldesconcierto.cl/2016/03/26/carta-abierta-de-academicos-la-reforma-laboral-es-un-retroceso-en-los-derechos-del-mundo-sindical/>
52. CASTILLO, G. (24 de Enero de 2017). *Reforma Laboral: El peligro de los servicios mínimos para los trabajadores*. DIARIO UCHILE. Obtenido de <http://radio.uchile.cl/2017/01/24/reforma-laboral-el-peligro-de-los-servicios-minimos-para-los-trabajadores/>
53. CHRISTIAN MELIS en Revista Pulso La Tercera: *Suprema le quita el piso a la Dirección del Trabajo y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos*. 22 de diciembre de 2017. Disponible en <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-le-quita-piso-la-dt-confirma-competencia-judicial-ver-servicios-minimos/>
54. DICTAMEN ORDINARIO N°5346/92, Dirección del Trabajo, de fecha 28 de octubre de 2016, Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110449.html>

55. DICTAMEN ORDINARIO N° 1563/38, Dirección del Trabajo, de fecha 7 de abril de 2017. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-111591.html>
56. DICTAMEN ORDINARIO N° 6064/139, Dirección del Trabajo, de fecha 15 de diciembre de 2017, Disponible en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114122.html>
57. GONZÁLEZ, D. La aversión a la huelga en Chile : El triste legado del plan laboral
58. Guía de Negociación Colectiva 2017 de la Dirección del Trabajo. Disponible en http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-111529_recurso_1.pdf
59. HISTORIA DE LA LEY N° 20.940. Biblioteca del Congreso Nacional Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5389/>
60. JUAN VERGARA en Revista Pulso La Tercera: *Suprema le quita el piso a la Dirección del Trabajo y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos.* 22 de diciembre de 2017. Disponible en <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-le-quita-piso-la-dt-confirma-competencia-judicial-ver-servicios-minimos/>
61. LUIS LIZAMA en Revista Pulso La Tercera: *“Suprema por primera vez entra al fondo y valida incompetencia por servicio mínimo.”* 8 de marzo de 2018. Disponible en <http://www.pulso.cl/economia-dinero/suprema-primera-vez-entra-al-fondo-valida-incompetencia-servicio-minimo/>
62. MENSAJE N° 1055-362/ De S.E. La Presidenta de la República con el que se inicia el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. Santiago, 29 De Diciembre De 2014. Disponible en

- <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10046&prmTIPO=INICIATIVA>
63. MORALES, S. (11 de septiembre de 2017). La judicialización de los servicios mínimos. *PULSO*. Obtenido de <http://www.pulso.cl/opinion/la-judicializacion-los-servicios-minimos/>
64. MORGADO, E. (s.f.). Informe comparando resumidamente la legislación y práctica existentes en países de América y de otras regiones respecto de los nueve temas objeto del actual proceso de reformas laborales en Chile. OIT. Obtenido de <http://www.prosindical.cl/wp-content/uploads/2014/11/Informe-comparado-de-OIT-sobre-las-reformas-laborales-1.pdf>
65. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>
66. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 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*. (5ªed.). Ginebra. Disponible en https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006_es.pdf
67. SOCIEDAD DE DESARROLLO TECNOLÓGICO USACH Informe N°1 Proyecto Estudio de la Tutela Judicial Disponible en <http://servicios.poderjudicial.cl/BID/pdf/12/Informe%201P1.6-1.pdf>
68. TRIBUZIO, J. *La Huelga en los Servicios Esenciales*. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>

69. VARAS, P. & MOHOR, S. (1997). *Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la Constitución Política*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Volumen (18) Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/363>
70. GARCIA, H. (2006). *La regulación de la huelga en los servicios esenciales, compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho*. Disponible en http://181.168.124.69/files/koha_ip.php?d=ap&biblionumber=8038