



UNIVERSIDAD
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL

“Servicios Mínimos a dos años de su implementación: realidad y futuros desafíos”

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

Alumnos: Raquel Patricia Canales Concha

Aníbal Antonio Escobar Quiroz

Profesor guía: Héctor Humeres Noguer

Santiago, Chile 2020

Índice

Introducción	7
Capítulo I	9
Libertad Sindical y la Huelga	9
Huelga en la legislación nacional	11
La Huelga y sus límites	15
Servicios Esenciales	17
Conceptualización de los servicios esenciales.	18
Cláusula general	18
Técnica enumerativa	19
Técnica de la esencialidad del servicio	20
Técnica Mixta	20
Protección de los servicios esenciales	20
Servicios esenciales en distintos ordenamientos jurídicos	21
Reconocimiento Constitucional	21
Reconocimiento legal	23
Capítulo II	27
Servicios Mínimos en la doctrina de la OIT	27
Servicios Mínimos en el ordenamiento jurídico chileno	28
Antecedentes	28
En la Actualidad	29
Servicios Mínimos y su aplicación	33
Sobre el procedimiento de calificación de servicios mínimos	34
Sobre el acuerdo	35
Intervención de la Inspección del Trabajo	38
Recurso Jerárquico	41

Competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de la reclamación de resolución que califica los servicios mínimos	41
Recalificación de los servicios mínimos	45
Requisitos de Procedencia de los Servicios Mínimos	45
Hipótesis de Procedencia de los servicios mínimos	46
Capítulo III	49
Declaraciones concretas de Servicios Mínimos efectuadas por la Dirección del Trabajo	49
Servicios Mínimos de Seguridad	50
Servicios Mínimos para prevenir daños medioambientales o sanitarios.	52
Servicios Mínimos de Funcionamiento	53
Equipos de Emergencia	57
Falta de provisión del Equipo de Emergencia por parte del o los sindicatos	59
Capítulo IV	61
Nueva propuesta legislativa en relación a los Servicios Mínimos	61
Precisión del concepto de servicios mínimos.	61
Cambios en el procedimiento para la calificación de servicios mínimos por acuerdo entre las partes.	63
Panel Técnico de expertos	64
Calificación de los servicios mínimos por parte de la Dirección del Trabajo	65
Recalificación de los servicios mínimos	65
Reclamación de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia	66
Respuesta del empleador a la propuesta del sindicato	66
Capítulo V	67
Entrevistas	67
Entrevista al equipo de Presidencia de la CUT	67
Entrevista a Don Pablo Bobic	80
Entrevista a Don Rodrigo Valdés	83
Conclusiones	85
Bibliografía	89

Dictámenes Dirección del Trabajo

90

Jurisprudencia Judicial

91

Introducción

El Mensaje Presidencial N°1055-362, de 29 de diciembre de 2014, que inicio la discusión parlamentaria que concluyó con la promulgación de la Ley N°20.940, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la institución de los *servicios mínimos*, esta institución tiene la difícil misión de limitar la huelga, en casos específicos, con la misión de resguardar derechos fundamentales de terceros ajenos a la huelga y que se ven afectados por el ejercicio de esta.

Ya han pasado dos años desde la implementación de esta institución, y durante este tiempo se ha generado una discusión del alcance de las limitaciones del derecho de huelga, las atribuciones que posea la Inspección del Trabajo y la posibilidad de revisión de la resolución administrativa por parte de los tribunales laborales, entre otras. Estos problemas se les ha ido dando respuesta en la en la práctica, mientras que otras siguen siendo discutidas.

Dado estas dificultades es que el actual gobierno del presidente Sebastián Piñera Echeñique inicia una discusión legislativa a través del mensaje presidencial n°140-367, fecha 31 de Julio de 2019, que introduce cambios en los *servicios mínimos*. En palabras del ministro del Trabajo y Previsión Social, Nicolas Monckeberg Diaz:

“El concepto de servicios mínimos como quedó plasmado en la ley está causando problemas, porque quedó mal definido, de una manera muy restrictiva. Esto puede llevar a casos absurdos, como que no se consideran servicios mínimos los trabajadores encargados de la prevención de riesgos y, por lo tanto, se expone a trabajadores a situaciones de accidentabilidad. Se deben definir servicios mínimos dando la debida amplitud para que aquellos trabajadores que permanecen en faena no corran peligro” “Los cambios a los servicios mínimos y las adecuaciones necesarias se deben mejorar vía dictámenes y cambio legal para clarificar mucho más el concepto. Una cosa es terminar el reemplazo interno de la huelga y otra cosa muy distinta es pretender que cualquier huelga implica paralización. Esa es una interpretación equivocada e injusta.”¹

¹ Entrevista a Nicolas Monckeberg: “Cambios a la Reforma laboral apuntarán a evitar que una huelga se transforme en una paralización”. La Tercera, Santiago, Chile, 27 de mayo, 2018. [en línea] <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/nicolas-monckeberg-cambios-la-reforma-laboral-apuntaran-evitar-una-huelga-se-transforme-una-paralizacion/181144/>> [consulta: 11 enero 2020].

Por lo anterior, en el presente trabajo abordaremos la naturaleza de la libertad sindical y la huelga en el ámbito nacional e internacional, para después analizar la regulación nacional existente en nuestro país en materia de servicios mínimos y equipos de emergencia, abordando el procedimiento por el cual se califican y las particularidades que se han generado en su implementación.

Luego, analizaremos el proyecto de ley propuesto por el gobierno y que se encuentra actualmente en discusión en el Congreso.

Posteriormente, y para una mayor comprensión, se presentarán las entrevistas, en relación a su experiencia y opinión de los *servicios mínimos*, del ex ministro de economía Don Rodrigo Valdés; del equipo de Presidencia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT); y de Don Pablo Bobic, abogado y actual gerente legal de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC).

Y, por último, a modo de conclusiones se expondrán propuestas de los autores para ser consideradas e incorporadas en la futura legislación de los servicios mínimos.

Capítulo I

Libertad Sindical y la Huelga

La relación laboral se caracteriza por tener una disparidad de poder entre las partes, empleador-trabajador, de este fenómeno surgieron las agrupaciones de trabajadores, parte más débil de la relación, para poder llevar a cabo una protección de los intereses de los trabajadores y de esta forma poder llevar a delante una negociación colectiva con un equilibrio de poder.

Para que la organización de trabajadores tenga eficacia y exista un ejercicio real de la negociación colectiva es que se defiende el principio de la libertad sindical.

“La libertad sindical supone el reconocimiento, promoción y defensa de tres derechos fundamentales, a saber los derechos de organización, de negociación colectiva y de huelga, constituyendo cada instituto un pilar fundamental que le sirve de sustento y que funcionan como un sistema interconectado, pues su correspondencia hace posible la funcionalidad del derecho colectivo del trabajo y del propio principio de libertad sindical”²

La libertad sindical es tan importante que la misma Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la tiene contemplada en su documento de constitución como un principio que es necesario para alcanzar la justicia social.³

Del principio de la libertad sindical se podrían hablar muchas cosas como las aristas que tiene, una individual y una colectiva⁴, pero lo que nos aboca en este trabajo es el pilar de la huelga y su posible restricción.

² AZÓCAR, R. y CRUZ, Á. 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 de la Seguridad Social 6 (12): 140-161, 2015.

³ Constitución de la OIT [en línea] <
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO>
[consulta: 11 enero 2020].

⁴ Dentro de la libertad sindical existen derechos que deben ser ejercidos de forma individual y otros que deben ser ejercidos de forma colectivos. Por ejemplo el derecho de afiliación es un derecho que debe ser ejercido de forma individual, mientras que el derecho a huelga debe ser ejercido colectivamente.

Sobre la huelga, Ermida Uriarte la define como “toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria de trabajo con una finalidad de reclamo o protesta.”⁵

La OIT no ha expresado un concepto o definición de la huelga en ninguno de sus instrumentos. De esto da cuenta el tesoro de la OIT, donde no se entrega un concepto para huelga, solo teniendo una nota de alcance para el término.

“Una detención temporal del trabajo efectuada por uno o más grupos de trabajadores con miras a obtener reivindicaciones o rechazar demandas o expresar quejas, o apoyar a otros trabajadores en sus demandas o quejas.”⁶

En el convenio n° 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, en el artículo 3° número 1 se habla del derecho que tienen los trabajadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” y en el artículo 10 se establece que organización es “toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. En base de estos dos artículos el Comité de Libertad Sindical “ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales”⁷.

De igual manera el Comité ha estimado que el derecho a la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores.⁸

En este mismo sentido se puede ver lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual Chile ha suscrito y ratificado, donde en su artículo 8 establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el derecho a

⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar. Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2° Edición, 1996, p.35.

⁶ Traducción efectuada por los autores. Original “A temporary work stoppage effected by one or more groups of workers with a view to enforcing or resisting demands or expressing grievances, or supporting other workers in their demands or grievances.” [en línea] <<https://metadata.ilo.org/thesaurus/-891985998.html>> [consulta: 11 enero 2020].

⁷ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 521.

⁸ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 520.

huelga y que la regulación de cada país, en relación al derecho a la huelga, debe respetar la esencia de éste, de modo de no desnaturalizarlo.

El Comité de Libertad Sindical, al momento de analizar la forma de ejercer el derecho a huelga ha establecido que:

“En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica.”⁹

Y que en relación a si se realiza un tipo de huelga no reglamentada en la ley, no por eso significa que no está protegida por la legislación que garantiza el derecho a huelga.¹⁰

Huelga en la legislación nacional

En nuestro ordenamiento jurídico nacional la consagración de un derecho desde la Constitución Política de la Republica de Chile, en adelante solo Constitución, reviste una gran importancia jurídica y simbólica. Esto debido a que el reconocimiento del derecho en el nivel más alto de fuente normativa, implica un efecto de interpretación e integración en todas las otras leyes, y genera un efecto alegórico y un mensaje poderoso para la sociedad.

La Constitución en su artículo 19 n° 19 consagra el derecho de organización¹¹, en el mismo artículo n° 16 establece el derecho a negociación colectiva¹², pero no establece de forma

⁹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, cuarta edición, 1996, párrafo 496.

¹⁰ “Al examinar alegatos según los cuales las modalidades irregulares de huelga, tales como paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc., no están amparados por la legislación, el Comité ha considerado que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica.” Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, cuarta edición, 1996, párrafo 497.

¹¹ “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

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

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

¹² “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar.”

expresa el derecho a huelga¹³. En el inciso final del artículo 19 n°16, la Constitución, solo establece dos casos donde se prohibirá la huelga:

“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;”

Como vemos el artículo prohíbe la huelga en el caso del sector público y establece unos casos de servicios esenciales, que analizaremos más adelante. Ante solo estas prohibiciones, ¿podemos concluir que la que la huelga tiene una consagración constitucional?, frente a esta pregunta dentro de la doctrina nacional se puede distinguir cuatro posturas distintas¹⁴:

1. Tesis Restrictiva

Esta postura doctrinal sostiene que la Constitución no contempla el derecho a huelga, la prohibición en la Constitución solo respondería a un propósito del Constituyente de comprimir el derecho lo más posible, quedando la posibilidad al legislador de consagrar el derecho como derecho de jerarquía legal.

2. Tesis del Derecho implícito

Esta tesis plantea que la Constitución si contempla el derecho a la huelga, haciéndolo de forma tácita, esto en razón de que la huelga se prohíbe en ciertos casos y, en consecuencia, en los casos no mencionado sería un derecho.

Así lo expone el profesor Pedro Irureta:

“De tal manera, la Constitución no prohibió la huelga, tampoco la definió ni la describió, sólo exigió que se configurara dentro de un mecanismo de solución

¹³ La Constitución de 1925, reformada el año 1971 por la ley N° 17.398, reconoció el derecho de huelga en conformidad a la ley.

¹⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El Derecho de huelga en la Constitución chilena. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100005#n82> [consulta: 11 enero 2020].

pacífica de los conflictos colectivos con excepcionales procedimientos de conciliación y arbitraje obligatorio. Por ello, se le delegó competencia al legislador para que resolviera, fuera de los casos expresamente señalados en la norma, las situaciones en que la huelga debía ser prohibida⁶¹⁷. En síntesis, y más allá de la intención declarada de ciertos miembros de la Comisión Ortúzar, lo cierto es que la huelga debe ser configurada, dentro del texto constitucional, como un derecho sujeto a las limitaciones que la propia Carta Fundamental indica.”¹⁵

3. Tesis del bloque de constitucionalidad.

Los defensores de esta tesis exponen que no existe una consagración expresa de la huelga, pero si se contempla por el juego del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, en relación a los tratados internacionales de derechos humanos que si consagran el derecho a huelga, como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El art. 5° inciso segundo de la Constitución dispone que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Sobre este artículo la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que los derechos humanos provenientes de tratados internacionales firmados y ratificados por Chile, tienen una naturaleza de la más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional, creándose un bloque de constitucionalidad de derechos humanos, de naturaleza supraconstitucional.

“Así la Constitución establece en el artículo 5° inciso 2°, en forma expresa, dos modalidades de institucionalización de derechos esenciales o humanos, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la constitución material los derechos esenciales o humanos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan

¹⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección Investigaciones Jurídicas (6). Universidad Alberto Hurtado: 234 pp., p. 197, 2006.

incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.”¹⁶

4. Tesis dogmática

Esta tesis expone que el derecho a huelga forma parte de la libertad sindical, por lo tanto, la pregunta es ¿la Constitución consagra la libertad sindical?, esta Tesis lleva la discusión al artículo 19 n°19, sosteniendo que este de forma inequívoca establece la libertad como derecho, haciendo una referencia explícita a la autonomía colectiva. Y considerando que la autonomía sindical comprende los elementos de la libertad sindical, los cuales son la organización, negociación y huelga, en consecuencia, la huelga está consagrada como derecho de los trabajadores por la Constitución.

Esta postura es sostenida por profesores como Alejandro Silva Bascuñán¹⁷, Sergio Gamonal Contreras¹⁸, entre otros.

En opinión de los autores la tesis restrictiva es incorrecta debido a que la Constitución no puede ser interpretada de forma exegética, no haciendo un análisis sistemático de los artículos de la Constitución.

De igual manera consideramos errada la tesis del derecho implícito debido a que no es pertinente deducir derechos fundamentales de la Constitución *a contrario sensu*. Nos parece que esta forma de interpretar la Constitución no es acertada debido al ser los preceptos de la Constitución son abiertos, no es posible realizar un análisis *a contrario sensu* que solo de una respuesta única, por ejemplo, en el caso de la interpretación del artículo 19 n°16 en su inciso final, podríamos concluir que el legislador se encuentra facultado a prohibir la huelga en el sector privado y no estaría vulnerando lo prescrito por la Constitución. En consecuencia, no podemos inferir inequívocamente de la lectura del artículo 19 n°16 inciso final el derecho a huelga.

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile". *Ius et Praxis* 6 (2): 227-279. Universidad de Talca, 2000. [en línea] < <https://www.redalyc.org/pdf/197/19760210.pdf> > [consulta: 11 enero 2020].

¹⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

¹⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "La Constitución de 1980 y la Libertad Sindical". *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 69-97, 2000.

En relación a la tesis dogmática, consideramos que cuenta con el mismo defecto que la tesis del derecho implícito, que dar contenido al articulado de la Constitución que no necesariamente se desprende de forma innegable de la simple lectura de la norma.

A nuestro entender la tesis del bloque de constitucionalidad es la que guarda mayor coherencia y permite concluir de solo la lectura a la Constitución que el derecho a huelga está reconocido y garantizado por la Constitución a través de los pactos firmados y ratificados por Chile.

En el ámbito de jerarquía legal, el derecho a huelga está reconocido como tal, el Código Laboral en su libro IV “De la Negociación”, Título IV “El procedimiento de negociación colectiva reglada”, el capítulo VI se llama “derecho a huelga”, y el primer artículo dentro de este capítulo establece:

“Art. 345.- Derecho a huelga. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores.”

En consecuencia, el derecho a huelga se encuentra amparado en nuestra legislación en un rango constitucional y legal.

La Huelga y sus límites

Por todo esto, el derecho a huelga es un derecho fundamental, necesario en una democracia sana, y cuyo propósito es el garantizar el ejercicio de asociación de los trabajadores y de poder negociar en un plano de igualdad con el empleador.

Al momento en que concertadamente los trabajadores cesan sus funciones y hacen efectiva la huelga, ésta no sólo genera un efecto de presión al empleador, sino también, se contraponen con intereses y derechos de terceros ajenos a la huelga. Ante la colisión de derechos debemos preguntarnos ¿debemos limitar la huelga?

Aun cuando la huelga es un derecho fundamental, ningún derecho fundamental es absoluto, ante la colisión con otro derecho fundamental debemos propiciar que la solución se genere con los criterios restrictivos y con la solución efectiva más favorable, sin afectar la esencia de ambos derechos.

Entonces, la colisión del derecho a la huelga con otros derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico nos mostrará los límites al ejercicio que puede tener la huelga.

Sobre estos los límites el Comité de Libertad Sindical, ha expresado que “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).”¹⁹

Sobre la primera causal de restricción posible a criterio de la OIT, ante esta afirmación podemos comprender que la OIT no considera que sea admisible la limitación genérica de derecho a huelga para todos los trabajadores del servicio del Estado, solo resultando posible en aquellos funcionarios *que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado*, al analizar esta frase la doctrina ha considerado que en este caso la OIT hace referencia a la teoría del órgano “que identifica a la Administración con el funcionario, sólo cuando éste ostenta poder de decisión política y actúa en términos de relación orgánica, expresando la voluntad del Estado; conducta posterior y distinta a la mera prestación de trabajo que vincula al personal ordinario al servicio del Estado que no participa en el trazado de dichos lineamientos, sino en la ejecución de tales medidas.”²⁰

En conclusión, la OIT al momento de considerar la limitación o prohibición a funcionarios del Estado, está refiriéndose a aquellos trabajadores que, ejerciendo sus funciones, ejercen funciones de toma de decisión política en nombre del Estado.

Sobre la segunda restricción posible son los servicios esenciales en su sentido estrictos, es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Estos servicios por su importancia para las personas es que deben ser protegidos, una de estas posibles formas son los servicios mínimos, que son aquella actividad que deberá continuar ejecutándose durante el desarrollo de la huelga

Debemos profundizar en la institución de los servicios esenciales en su sentido estricto, ya que ésta llenará de contenido a los servicios mínimos, objeto de esta memoria.

¹⁹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 576.

²⁰ TRIBUZIO, José E. La huelga en los servicios esenciales. [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>> [consulta: 11 enero 2020].

Servicios Esenciales

La conceptualización de los servicios esenciales es sumamente relevante ya que eso nos determinará los límites mismos de la huelga. Entonces entre más amplio el campo de acción de los servicios esenciales, mayores son las restricciones que tendrá el ejercicio del derecho a huelga.

La OIT ha expresado que los servicios esenciales son “aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”²¹, y “el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”²².

También ha establecido que la determinación de estos servicios debe ser realizada de manera restrictiva, y teniendo consideración el contexto particular de cada país, no pudiendo realizarse generalizaciones.²³

De igual modo, ha determinado que “un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.”²⁴

Podemos ver que la OIT se pronuncia en el sentido de que los servicios esenciales son un concepto jurídico indeterminado condicionado al contexto en el que se aplica, el ordenamiento jurídico de cada país. Su carácter de indeterminado se genera por la necesidad de universalidad, pero al ser aplicado en un ordenamiento jurídico concreto este concepto se puede definir y limitar en base a criterios objetivos, dotando de contenido a la institución jurídica de los servicios esenciales.

Aun teniendo esto en cuenta, la OIT ha considerado esenciales en el sentido estricto los siguientes servicios:

²¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 541.

²² Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 581.

²³ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 582.

²⁴ Ibidem.

El sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el control de tráfico aéreo; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar; y la limpieza de los establecimientos escolares.²⁵

Y ha considerado que no son esenciales los siguientes servicios:

La radio-televisión; los sectores del petróleo; la carga y descarga en la actividad portuaria; los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la metalurgia y el conjunto del sector minero; los transportes (en general); los pilotos de líneas aéreas; la generación, transporte y distribución de combustibles; los servicios ferroviarios; los transportes metropolitanos; los servicios de correos; el servicio de recolección de basuras; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; las actividades agrícolas y el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda; la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, el tabaco y la sal; el sector de la educación; y empresas de embotellamiento de agua mineral.²⁶

Conceptualización de los servicios esenciales.

La forma de conceptualizar los servicios esenciales varía de ordenamiento jurídico a otro, pero podemos agruparlos en cuatro técnicas legislativas: la primera es una vía de cláusula general, la segunda una técnica enumerativa, la tercera es una identificación de la esencialidad con conceptos o categorías y la cuarta es una técnica mixta entre cláusula general y la enumeración de actividades o sectores específicos.²⁷

Cláusula general

Esta técnica legislativa define a los servicios esenciales mediante una descripción, sin referencia a servicios concretos, sino a los derechos fundamentales que se tutelan. Es

²⁵ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 585.

²⁶ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 587.

²⁷ VARAS MARCHANT, Karla. Derecho a Huelga: los límites derivados de la protección de terceros. Santiago, Der Ediciones, 2019, p. 83-84.

decir, se definen una lista de derechos fundamentales que el legislador considera que, frente al derecho de huelga, estos deben primar.

Al no existir una lista de casos específicos, esta técnica jurídica debe incluir un órgano que determinará en los casos específicos si estos se encuentran subsumidos en la *cláusula general*.

Como vemos, con esta técnica se mantiene la idea del principio jurídico indeterminado lo que genera una incertidumbre jurídica en el sistema del país que hace uso de esta técnica. Y esta misma incertidumbre lleva a que muchas de estas determinaciones se judicialicen, generando una gran carga en el órgano administrativo que debe ejecutar estas funciones.

Lo ventajoso de este sistema es su flexibilidad, pudiendo adaptarse los casos de servicios esenciales al contexto político, económico y social que tenga el país en ese momento, haciendo mucho más rápido, frente a la técnica enumerativa, la posibilidad de poder sumar o restar calificaciones de funciones como servicios esenciales.

Técnica enumerativa

Esta segunda técnica es definir el concepto de servicios esenciales en razón de una lista o catálogo de servicios que se deben considerar como servicios esenciales en el contexto de una huelga.

La ventaja de esta técnica, salta a la vista, es la seguridad jurídica que genera a todos los actores de una sociedad.

Y su mayor desventaja, muy ligada con la técnica anterior, es su poca flexibilidad para poder adaptarse al contexto social, pudiendo caer en desuso por su posible anacronía. Esta desventaja se podría disminuir con técnica de lista abierta, de tal forma que se deje una opción de poder agregar otros servicios esenciales a la lista, pero el uso de este sistema atentaría contra la ventaja de esta técnica, la cual es la seguridad jurídica.

Un problema a considerar es la imposibilidad de poder enumerar todos los servicios esenciales, esta imposibilidad es orden técnico y no de lógica, ¿se pueden prever todos los servicios esenciales necesarios para proteger a los derechos fundamentales tutelados?

Técnica de la esencialidad del servicio

Esta técnica consiste en identificar la esencialidad del servicio con categorías abstractas, es decir, definimos un listado de categorías abstractas donde se requieren servicios esenciales. Por ejemplo, “servicios de utilidad pública”, “servicios de interés nacional”, “servicios estratégicos”.

Esta técnica no otorga una definición a los servicios esenciales, no otorgando ninguna conceptualización que pueda dar seguridad a los actores.

Esta técnica tiene una flexibilidad con las ventajas que anteriormente hemos visto, pero esa flexibilidad dota de una discrecionalidad bastante grande, sino excesiva, al gobierno, pudiendo generar la situación de que lo que se considera dentro de estas categorías abstractas, como “servicios de interés estratégico”, dependa netamente de los intereses políticos, aunque justificados, del gobierno en turno, desvirtuando la institución de los servicios esenciales y no respetando el carácter de derecho fundamental de la huelga.

Técnica Mixta

Esta técnica combina la definición de los servicios esenciales vía cláusula general con una enumeración legislativa de actividades a considerar como servicios esenciales.

Esta técnica puede tener las ventajas de las técnicas ya descritas, dependiendo del enfoque que se le por parte de la autoridad al momento de redactarlo.

Pero también puede tener sus desventajas como puede ser el problema de hacer una enumeración cerrada o abiertas y los efectos negativos ya descritos que pueden tener.

Protección de los servicios esenciales

Una vez establecido el concepto de servicios esenciales en el contexto social, político y económico de cada país, será necesario establecer las medidas para garantizarlos y con esto asegurar los derechos fundamentales de los usuarios.

Existe una variada gama de medidas posibles para garantizar los servicios esenciales como son la prohibición de huelga, requisitos procedimentales, someterse obligatoriamente a un procedimiento de resolución alternativo o la fijación de un mínimo de actividad que deberá

continuar ejecutándose durante el desarrollo de la huelga, estos son los denominados servicios mínimos.

Los servicios mínimos, objeto de este estudio, no son más que una de las variadas medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales y de esa manera disminuir la afectación a los derechos fundamentales de los usuarios, terceros ajenos al conflicto. Pero todo esto no significa que los servicios mínimos son el mantener, necesariamente, el funcionamiento del servicio tal como siempre, permitiéndose una disminución del servicio y solo requiriendo mantener un mínimo para no afectar la esencia del derecho fundamental del tercero, de ahí que provenga la denominación *servicios mínimos*.

No tenemos que olvidarnos que los servicios mínimos son un límite al derecho de huelga tanto en el plano colectivo como individual de los trabajadores, en el plano colectivo existe una disminución de la capacidad de presión del grupo colectivo debido al menor grupo de trabajadores que concurren a la huelga, y en su plano individual se produce la privación de su derecho a huelga a los trabajadores que concurren a dar cobertura a los servicios mínimos.²⁸

Debido a al punto anterior, es que la OIT ha establecido que estos trabajadores deben de disfrutar de una protección compensatoria, como puede ser el mecanismo de mediación. “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.”²⁹

Servicios esenciales en distintos ordenamientos jurídicos

Reconocimiento Constitucional

En los últimos tiempos, existe una tendencia de recepción constitucional de los límites de del derecho a huelga. Es en este proceso de establecer los límites a la huelga es que en

²⁸ VARAS Marchant, Karla. Derecho a Huelga: los límites derivados de la protección de terceros. Santiago, Der Ediciones, 2019, p. 455.

²⁹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 595.

algunos países en su texto constitucional han abordado la institución de los servicios mínimos. Algunos de estos son los siguientes:

España, en el artículo 28 número 2 de su Constitución establece que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

Portugal, en su artículo 57 número 3, “La ley definirá las condiciones de prestación de los servicios necesarios durante una huelga y asegurará el mantenimiento de los equipamientos e instalaciones, así como los servicios mínimos necesarios para atender las necesidades sociales esenciales.”³⁰

Grecia, en su artículo 23 número 2, “El derecho de recurrir a la huelga podrá ser objeto de restricciones concretas impuestas por la ley que lo regule, tratándose de los funcionarios públicos, de los empleados de colectividades locales y de personas morales de derecho público, así como del personal de las empresas públicas o de utilidad pública cuyo funcionamiento tenga importancia vital para la satisfacción de las necesidades esenciales de la sociedad en su conjunto, si bien dichas restricciones no podrán abocar a la supresión del derecho de huelga o al impedimento de su ejercicio legal.”³¹

Paraguay, en la parte final del artículo 98 al hablar del derecho a huelga y paro, establece “La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad.”³²

Ecuador, en el artículo 326 número 15, “Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y

³⁰ Versión en español disponible en línea
<https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es> [consulta: 11 enero 2020].

³¹ Version en español disponible en línea
<https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008?lang=es> [consulta: 11 enero 2020].

³² Disponible en línea
<<http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Interno%20HCS.pdf>> [consulta: 11 enero 2020].

telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.”³³

Colombia, en el artículo 56, “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.”³⁴

Brasil, en el artículo 9 establece lo siguiente, “El derecho de huelga está garantizado, correspondiendo a los trabajadores decidir sobre cuándo ejercerla y sobre los intereses a defender.

1°. La ley definirá que servicios o actividades son esenciales y proveerá cumplir con las necesidades inaplazables de la comunidad.”³⁵

Estos son algunos de los países que contemplan en su texto constituyente la institución de los servicios mínimos, esto no significa que los otros países carecen de una regulación, en su ordenamiento jurídico, de los límites de la huelga derivados de los servicios esenciales.

Reconocimiento legal

Uruguay, en la ley N°13.720 sobre “**comisión de productividad, precios e ingresos**”, en su artículo 4, establece “Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser de aplicación el régimen de los dos últimos Incisos del artículo anterior, la Comisión podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación los servicios esenciales, que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el "lock out" en su caso. Esta decisión podrá ser objeto de los recursos previstos en el artículo 317 y concordantes de la Constitución, y en el artículo 347 de la ley N° [13.318](#), de 28 de diciembre de 1964.

³³ Disponible en línea < <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>> [consulta: 11 enero 2020].

³⁴ Disponible en línea < <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>> [consulta: 11 enero 2020].

³⁵ Versión en español disponible en línea < https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017?lang=es> [consulta: 11 enero 2020].

En caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes.”

Con esta ley, se regulo la institución de los servicios esenciales, pero sin dar una definición del mismo, sino solamente estableció una hipótesis en la cual una autoridad pública declarararía la procedencia de los servicios esenciales.

Italia, en su ley 146 de 1990 se refiera al ejercicio de la huelga en los servicios públicos esenciales, “el concepto “servicios públicos esenciales” se refiere a ciertos derechos protegidos por la Constitución relacionados con la vida, la salud, la libertad, la seguridad, la libertad de circulación, la asistencia social y el fondo de previsión (*previdenza*), así como la instrucción y la libertad de las personas de comunicarse. La ley especifica qué servicios o actividades deben incluirse en la definición de “servicios públicos esenciales”. Prevé que, si éstos se declaran en huelga, deben garantizar un servicio mínimo, cuyas modalidades acordará la administración (o la empresa que administre el servicio esencial) y la representación sindical a nivel de empresa (o los representantes de los trabajadores, en los casos en los que corresponda). Asimismo, la parte que convoque la huelga debe anunciarlo con un mínimo de diez días e indicar su duración.

La ley 83, de 11 de abril de 2000, extendió la ley anteriormente citada a los servicios públicos esenciales prestados por cierto número de categorías de trabajadores por cuenta propia, profesionales y artesanos, como abogados, doctores, taxistas, personal de gasolineras, camioneros, etc. Algunos trabajadores no pueden declararse en huelga (personal militar y miembros del cuerpo de policía); para otros, el derecho a la huelga tiene ciertos límites (por ejemplo, los marineros no pueden declararse en huelga mientras están navegando).”³⁶

Argentina, el artículo 24 de la ley 25.877 establece una definición enumerativa de servicios esenciales:

³⁶ Perfil de Derecho Laboral nacional: Italia. Organización Intenacional del Trabajo (OIT) [en línea] <https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang-es/index.htm> [consulta: 11 enero 2020].

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

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

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

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

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

Podemos colegir de la lectura del articulado que el legislador busco crear una lista de carácter taxativa de los servicios esenciales, aun considerando la posibilidad para que una actividad no comprendida pudiese ser agregada con posterioridad, esta posibilidad es extraordinaria, por lo que, difícilmente podríamos considerarla una lista de carácter abierta.

Brasil, en el artículo 10 de la ley N°7.783 se establece una lista de los servicios que se consideran esenciales, esta lista tiene una carácter de cerrada, ya que no contempla un procedimiento para ampliarla. Y a continuación en el artículo 11 da una definición de que son los servicios esenciales:

“En lo servicios o actividades esenciales, los sindicatos, los empleadores y los trabajadores quedan obligados, de común acuerdo, a garantizar, durante la huelga, la prestación de los servicios indispensables a la atención de las necesidades inaplazables de la comunidad.

Párrafo único: son necesidades inaplazables de la comunidad aquellas que, no siendo atendidas, coloquen en peligro inminente la supervivencia, la salud o la seguridad de la población.”³⁷

³⁷ Traducción obtenida de “Derecho a Huelga: los límites derivados de la protección de terceros” de Karla Varas.

Capítulo II

Servicios Mínimos en la doctrina de la OIT

En relación a los servicios mínimos la OIT, expone que “un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones.”³⁸

En esta definición podemos ver que la OIT se pronuncia a favor de la posibilidad de establecer *servicios mínimos de seguridad*³⁹ y *servicios mínimos de funcionamiento*⁴⁰.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, se ha pronunciado en el sentido de que los servicios mínimos se determinen de forma clara, se apliquen estrictamente y que sean conocidos con un tiempo prudente⁴¹. Y que en la determinación de los servicios mínimos deben participar las autoridades públicas, en conjunto son las organizaciones de trabajadores y de los empleadores, no existiendo una fijación unilateral de parte de la autoridad⁴².

³⁸ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 607.

³⁹ “Las restricciones impuestas al derecho de huelga en ciertos sectores con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad constituyen restricciones normales”. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 604.

⁴⁰ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 606.

⁴¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 611.

⁴² “En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente”

En los casos donde los servicios mínimos de funcionamiento involucren al sector público, en opinión de la OIT, y exista una divergencia, esta debe ser resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio del Trabajo u otra autoridad⁴³.

Además, el Comité se ha pronunciado en el sentido que se podrán establecer servicios mínimos en casos donde la extensión y duración de la huelga pudiesen provocar una crisis nacional aguda de tal manera que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro⁴⁴.

Servicios Mínimos en el ordenamiento jurídico chileno

Antecedentes

En el Código del Trabajo de 1987, ley 18620, se establece lo siguiente:

“Artículo 351.- Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud, el sindicato o grupo de trabajadores involucrados en la huelga estarán obligados a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño. La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de éste, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicho requerimiento. Si así no lo hiciere, el empleador podrá reclamar al Juzgado de Letras del Trabajo a fin de que el tribunal se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.”

Podemos observar que el código de esa época establece casos ante los cuales los sindicatos deben de proveer de equipos de emergencia, que, aunque no lleven el nombre de servicios mínimos estos son.

Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 612.

⁴³ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 613.

⁴⁴ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 610.

Podemos distinguir dos causales de procedencia de estos equipos de emergencias, a) daño actual e irreparable en sus bienes materiales, b) un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud.

A través de ley n°19.096, se modifica este artículo estableciendo el siguiente articulado:

“Art. 380. Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño. La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de éste, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicho requerimiento.”

Como podemos observar se mantienen las dos causales que se consideraban con anterioridad, pero se agrega la voz servicios esenciales.

El dictamen ordinario N°5026/93 de 26 de noviembre de 2010, dictado por la Dirección del Trabajo, responde que en la legislación no existía una definición de servicios esenciales y establece que se debe hacer uso de la definición otorgada por la OIT.

“En este orden de ideas, a juicio de esta Dirección, resulta conveniente adoptar el concepto que sobre servicios esenciales entrega la Organización Internacional del Trabajo, a través de su Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical en el sentido que debe entenderse por "aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población" y, teniendo presente esta noción, analizar cada situación particular en su contexto.”

En la Actualidad

En la actualidad el sistema jurídico chileno no contiene una regulación o definición de la institución de los servicios esenciales. Solo se aborda límites a la huelga estableciendo prohibiciones absolutas de ejercer el derecho a huelga o el establecimiento de servicios mínimos en ciertos casos.

La Constitución Política de la Republica de Chile en su artículo 19 numeral 16 inciso 5, establece casos donde se prohíbe el ejercicio del derecho a la huelga, “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”

El Código Laboral establece un procedimiento por el cual se establecerá empresas en las cuales no se podrá ejercer el derecho a huelga, el artículo 362 establece:

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

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo será efectuada 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, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo”.

En estos casos donde se prohíbe el ejercicio de la huelga, vemos una especie de establecimiento de servicios esenciales.

La institución de los servicios mínimos ingreso al ordenamiento jurídico chileno a través de la Ley N° 20.940 que “moderniza el sistema de relaciones laborales”.

El mensaje presidencial, mensaje n° 1055-362, habla de que “se consagra el deber de la organización sindical de proveer el personal necesario para cumplir los “servicios mínimos”, a fin de atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la misma o que causen grave daño

al medio ambiente o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud.”⁴⁵

La definición de servicios mínimos que entró al Congreso contaba con dos tipos de servicios mínimos: *servicios mínimos de funcionamiento* y *servicios mínimos destinados a prevenir daños ambientales o sanitarios*.

La definición final de la ley 20.940, actual artículo 359 del Código del trabajo, es la siguiente “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.”

La ley al final estableció tres tipos de servicios mínimos: servicios mínimos de seguridad, servicios mínimos de funcionamiento y servicios mínimos destinados a prevenir daños ambientales o sanitarios.

Como vemos el legislador prefirió la técnica de *cláusula general*, y delegando la atribución de dirimir el caso a caso a la Inspección del Trabajo.

En relación a esto, se debe considerar que la ley estableció que las partes podrán concordar la calificación o no de los servicios mínimos, en forma previa la negociación colectiva, y solo a falta de acuerdo la Inspección del Trabajo será la llamada a resolver.

En conclusión, es sistema de calificación de los servicios mínimos en Chile se sostiene en una cláusula general, y donde el análisis primero se hace entre las partes involucradas, sindicatos-empleador, y sólo en caso de que no haya acuerdo interviene un ente del Estado como es la Inspección del Trabajo.

En razón de esto, es que analizaremos el proceso de calificación de servicios mínimos y las directrices que la Inspección del Trabajo ha entregado en torno a estos.

⁴⁵ Historia de la Ley N° 20.940. [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5389/HLD_5389_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf> [consulta: 11 enero 2020].

Servicios Mínimos y su aplicación

La Dirección del Trabajo, ante la aprobación de la ley 20.940, hizo uso de su facultad de fijar de oficio o a petición de parte, por medio de dictámenes, el sentido y alcance de las leyes del trabajo⁴⁶. De forma complementaria la Dirección del Trabajo dictó, con fecha de 26 de enero de 2017, la Orden de Servicio N°1 en la que establece y aclara cuestiones al procedimiento de calificación del servicios mínimos y conformación de equipos de emergencia. El día 28 de octubre de 2016, el dictamen ordinario N° 5346/0092 estableció puntos importantes, tales como la definición de qué es un servicio mínimo, estableciendo lo siguiente:

“Del texto legal inserto [artículo 359 del Numeral 36) del Artículo 1º de la Ley 20.940]⁴⁷ , se desprende que los **servicios mínimos** son aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme al tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena, deben ser atendidas durante el desarrollo de una huelga, cuando resultan estrictamente necesarias para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes; garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas aquellas relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.”⁴⁸

Al **equipo de emergencia** lo ha caracterizado de la siguiente manera, “es aquel personal involucrado en el proceso de negociación colectiva, destinado por el sindicato para atender los servicios mínimos calificados conforme al procedimiento previsto en el artículo 360, y cuya conformación se realiza de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 361. Sus integrantes deben ser remunerados por el tiempo que destinen a la atención de

⁴⁶ Artículo 1 letra b) D.F.L. N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

⁴⁷ Paréntesis agregado por los autores.

⁴⁸ DIRECCION DEL TRABAJO GOBIERNO DE CHILE, Informe de Estándares Técnicos Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia,2018. [en línea], Santiago, Chile, p.5, <https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-110772_recurso_3.pdf> [consulta: 26 de noviembre de 2019].

las tareas constitutivas de servicio mínimo”⁴⁹.

El procedimiento de calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia lo ha entendido la Dirección del Trabajo como un eminentemente técnico y bilateral, entre el empleador y el o los sindicatos existentes en la empresa, con eventual intervención resolutoria de la Dirección del Trabajo, que se desarrolla antes de iniciarse la negociación colectiva, tendiente a determinar aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión y servicios que, en caso de ser declarada la huelga y sin afectar este derecho en su esencia, constituirán servicios mínimos, y, sobre dicha base, se deben decidir las competencias técnicas y el número de los trabajadores que integrarán los equipos de emergencia.

Se debe tener en consideración la diferencia entre el proceso de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia y el procedimiento de conformación de los equipos de emergencia en la instancia de la negociación colectiva, esto debido a que la primera se hace en abstracto y la segunda se hace en concreto.

La calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia se hace en abstracto debido a que esta calificación se resuelve atendiendo a las condiciones generales de la empresa no haciendo distinción entre sindicatos, trabajadores sindicalizados o no para determinar la procedencia de los servicios mínimos que deban ser atendidos durante la huelga. Mientras que la determinación de proveer equipo de emergencia, y sus características como número y calificaciones, además se debe considerar a los trabajadores que no participan de la negociación colectiva, es algo que se establece al momento de la huelga, ya que se puede llegar a determinar que no es necesario que se deba proveer de equipo de emergencia por parte del sindicato que esté en huelga.

Sobre el procedimiento de calificación de servicios mínimos

La calificación de servicios mínimos se puede realizar mediante dos vías:

⁴⁹ Ibidem

- Un acuerdo en acta suscrita por la empresa y todos los sindicatos existentes en ella⁵⁰,
- O al no existir calificación anterior y a solicitud de una de las partes, al no haber acuerdo, a través de una resolución administrativa.

Sobre el acuerdo

La Dirección del Trabajo ha establecido los siguientes requisitos para que el acuerdo sea válido.

1. La propuesta del Empleador

Debe constar por escrito, indicando los antecedentes que justifican la propuesta de servicios mínimos y las competencias y número de trabajadores que compondrán los equipos de emergencia. Tendrá que ser informada a todos los sindicatos existentes en la empresa, esta comunicación se entenderá cumplida si se comunica: a) a través de carta certificada o correo electrónico a los sindicatos que ya tienen instrumento colectivo vigente y; b) a los sindicatos que no teniendo un instrumento colectivo vigente hubiesen cumplido con una de las siguientes obligaciones: requerir del empleador deducir de las remuneraciones de sus afiliados la cuota sindical o, hubiesen cumplido con alguna de las comunicaciones del artículo 225 del Código del Trabajo.

La propuesta debe comunicarse en los plazos legales, los cuales se determinarán siguiendo las siguientes reglas:

1. Si existen sindicatos con instrumentos colectivos vigentes, la comunicación debe ser a lo menos con 180 días de anterioridad al vencimiento del instrumento colectivo vigente más próximo a vencer.⁵¹

⁵⁰ En el Dictamen N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, la Dirección del Trabajo señala lo siguiente “Los acuerdos sólo tienen efecto de calificar Servicios Mínimos en tanto concurren todos los sindicatos existentes en la empresa”.

⁵¹ El Dictamen 3914/100, de 24 de agosto de 2017, aclara con este caso como es la forma correcta de contar los 180 días, “si el instrumento colectivo tiene como último día de vigencia el 31 de diciembre de 2017, los últimos 180 días a que se refiere el artículo 360 del Código del Trabajo corresponden a aquellos que van desde el 5 de julio al 31 de diciembre de 2017, ambos días inclusive.

2. Si existen sindicatos, pero no instrumentos colectivos vigentes, la comunicación debe ser antes del inicio de un procedimiento de negociación colectiva.

3. En caso de que no existan sindicatos, el empleador deberá formular su propuesta dentro de los 15 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 colectiva⁵². 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.⁵³

Y por último el empleador debe remitir copia de la propuesta íntegra a la Inspección del Trabajo, esta copia debe incluir una declaración jurada en la que se expresa que la empresa efectuó la propuesta a todos los sindicatos existentes con los requisitos ya expuestos.

Si la Inspección del Trabajo, a través de una fiscalización, advierte que se omitió voluntaria o maliciosamente a alguna organización sindical existente en la empresa, se sancionará la propuesta declarándola inadmisibles y como no efectuada para todos los efectos legales.

2. Respuesta de los Sindicatos

La respuesta debe ser por escrito y dentro de un plazo de 15 días, en forma conjunta o separada por los sindicatos. 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.

Así entonces, de la forma descrita precedentemente, el plazo para la presentación de la propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, en la situación bajo estudio, venció el 4 de julio de 2017, toda vez que esta fecha corresponde al día anterior a los últimos 180 de vigencia del instrumento colectivo.”

⁵² Este tiempo donde el sindicato está impedido de iniciar una negociación colectiva es una excepción al principio contenido en el artículo 332 del Código laboral, que dispone que, en las empresas sin contrato colectivo vigente, el proyecto de contrato colectivo podrá presentarse en cualquier momento. Y la Dirección del Trabajo en su Dictamen 4142/106, de 5 de septiembre de 2017, confirma este punto.

⁵³ En el Dictamen N°5346/0092, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 28 de octubre de 2016.

No existe obligación legal de que la respuesta sea remitida a la Inspección del Trabajo.

3. El proceso de Negociación

El proceso de negociación tiene como duración un periodo de 30 días, este plazo se computará desde la última comunicación realizada a alguno de los sindicatos existentes en la empresa.

En caso de llegar a acuerdo entre las partes, este debe contar con las siguientes características, en relación a los servicios calificados como mínimos deberá indicar las funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de la empresa considerados como esenciales, y los supuestos definidos por el legislador que pretenden garantizar o proteger. Sobre los equipos, de emergencia deberá 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.

El acta del acuerdo debe ser firmado por el empleador y por todos los sindicatos que concurrieron al acuerdo.⁵⁴

Una copia del acta deberá depositarse en la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los cinco días siguientes a su suscripción.

En caso que no se llegue a acuerdo o bien, que llegando acuerdo este no sea suscrito por todos los sindicatos existentes en la empresa, cualquiera de las partes dentro de los cinco días siguientes al cierre de la "etapa de negociación" (los 30 días), podrá requerir a la Dirección del Trabajo regional para que este organismo mediante resolución fundada, califique los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa, establecimiento o faena, según corresponda.

En caso de que el requerimiento sea fuera de plazo, este deberá ser declarado inadmisibles por extemporáneo.

⁵⁴ En el Dictamen N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, "En cuanto a la manifestación de voluntad por parte de él 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."

Intervención de la Inspección del Trabajo

La Dirección Regional adoptará las medidas necesarias para calificar los servicios mínimos y los equipos de emergencia, de manera general y única para la empresa, disponiendo para ello de la mayor cantidad de antecedentes técnicos.

Esta calificación se efectuará mediante resolución fundada, dentro de los 45 días siguientes al requerimiento⁵⁵ y notificada dentro de los 5 días siguientes a su emisión.

En el Dictamen Ordinario N°5067/116 la Dirección del trabajo establece que la etapa de tramitación ante la Dirección del Trabajo, en razón de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 19.880, se regirá por dicha ley, normativa que establece las bases de procedimientos administrativos que regulan los actos de los órganos de la administración del Estado.

El artículo 30 de la Ley N° 19.980 establece que en caso que el procedimiento se inicie a petición de parte interesada, la solicitud que se formule deberá contener:

a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de su apoderado, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale, para los efectos de las notificaciones.

b) Hechos, razones y peticiones en qué consiste la solicitud.

c) Lugar y fecha.

d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio habilitado.

e) Órgano administrativo al que se dirige.

Sobre el punto b) la Dirección del Trabajo razona que el requerimiento ante la Dirección del Trabajo es un acto de naturaleza razonada , y por lo tanto, exigen una exposición argumentada de las pretensiones y que “específicamente, tratándose de la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, el estándar de exposición razonada que debe cumplir el requerimiento ante la Dirección del Trabajo, se tienen por cumplido, si se

⁵⁵ En Dictamen Ordinario N°5.067/116, de 26 de octubre de 2017, la Dirección del Trabajo expone que siguiendo la Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de Republica de sus dictámenes N°61.059, de 2011 y N°23.555, de 2015, este plazo no sería un plazo fatal.

presentan fundadamente los hechos que se someten a la decisiones la autoridad administrativa; concretamente, el interesado deberá señalar:

1. Descripción operativa específica, de las funciones, tareas, procesos o áreas de gestión y servicios que, en caso de ser declarada la huelga, debieran seguir operando en la empresa debido a que aquellas se enmarcan de forma directa en alguna de la causales que, según el inciso 1 del artículo 359 de Código del Trabajo, facultan para calificarlas como servicios mínimos, y la relación causal que existe entre aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión y servicios, con el supuesto específico en el cual se enmarcarían.
2. Descripción de las competencias técnicas y número de trabajadores que debieran integrar los equipos de emergencia.
3. Domicilio de él o los establecimiento o faenas que mantenga la empresa, a fin de determinar la competencia de la autoridad llamada a resolver.”⁵⁶

Si el requerimiento no cumple con todos los requisitos se le otorgará al requirente el plazo de cinco días para subsanar las faltas que contenga o los documentos respectivos que falten, en caso de que no se subsanen se entenderá el desistimiento de la petición⁵⁷. En todo caso este plazo no se computa en el plazo que se contempla para el procedimiento de calificación de servicios mínimos, manteniéndose el plazo inicial de presentación. De igual manera, se establece que este plazo sólo para la corrección formal del requerimiento no pudiendo corregir defectos de fondo, como podría ser agregar nuevos procesos para su pronunciamiento al requerimiento original.

La obligación de que el requerimiento para establecer servicios mínimos sea fundado y que sea acompañado de antecedentes que permitan demostrar la necesidad de limitar el derecho a la huelga, esto responde a dos puntos:

1. El Estado debe abstenerse de restringir un derecho ante la falta de certeza de que esa restricción es estrictamente necesaria y;

⁵⁶ Orden de Servicio N°1, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 26 de enero de 2017.

⁵⁷ La Dirección del Trabajo ha establecido que en estos casos se aplica el Dictamen N° 63.421 de 10.08.2015 de la Contraloría General de la Republica.

2. Si establecemos lo contrario se crearía una barrera adicional para el ejercicio del derecho a la huelga, esto debido a que implicaría que serían los sindicatos los obligados a probar que no es estrictamente necesario declarar servicios mínimos para el caso específico.

Durante el proceso se otorgará traslado con un plazo máximo de 3 días hábiles para dar respuesta a la solicitud. En casos especiales, el Director Regional podrá solicitar la efectuación de una audiencia dentro de 5 días hábiles, con la finalidad de oír a las partes y decepcionar los informes técnicos y otros antecedentes que las partes deseen acompañar. A la audiencia se citarán al representante legal de la empresa y a la directiva sindical de cada sindicato involucrado en el proceso. El proceso completo para la ejecución de la audiencia será de encargo del Director Regional correspondiente, el Coordinador de Relaciones Laboral y el funcionario designado como encargado del procedimiento administrativo. De la audiencia se levantará acta y se lograse acuerdo este deberá quedar señalado en el acta.

En caso de no se lograse acuerdo después de oír a las partes, el funcionario responsable deberá ejecutar visitas inspectivas de carácter investigativas y tendrán un plazo de 3 días hábiles contados desde la celebración de la audiencia o de vencido el plazo para evacuar traslado según sea el caso.

Resultado de los antecedentes aportados por las partes y de las visitas inspectivas se dictará una resolución de deberá contar con tres partes: visto, considerando y parte resolutive. En la resolución se deben exponer todos los antecedentes aportados por las partes, así como todas las gestiones e instancias del procedimiento y sus resultados, de igual manera deberá hacerse un análisis y relación lógica de todos los antecedentes fundantes. Se informará la decisión final declarando la procedencia de servicios mínimos y equipos de emergencia o en contrario declarando su improcedencia. Además, se debe indicar el mecanismo, recurso jerárquico contemplado en el artículo 59 de la ley 19.880, y plazo con que cuentan las partes para impugnar la resolución.

La resolución debe ser notificada dentro de quinto día corrido desde la dictación de está, preferentemente se notificará de forma personal o en su defecto por carta certificada. Se notificarán al representante legal de la empresa y a lo menos uno de los integrantes de las directivas sindicales de cada sindicato que intervino en el procedimiento.

Recurso Jerárquico

La resolución podrá ser reclamable ante el Director Nacional del Trabajo dentro de un plazo de quinto día hábil.

El recurso será resuelto dentro del plazo de treinta días, previo informe y propuesta efectuada por el Departamento de Relaciones Laborales.

El recurso podrá ser acogido o rechazado, la resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

Competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de la reclamación de resolución que califica los servicios mínimos

La competencia de los Tribunales de Justicia para conocer de una reclamación judicial de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos, ha sido una cuestión debatida debido a que el artículo 360 del Código del Trabajo establece que la resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos y equipos de emergencia, sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo, no se contempla una revisión por parte del poder judicial.

Para revisar los pronunciamientos de las Cortes resulta necesario examinar la historia de la ley. En el mensaje presidencial que inicio el proyecto que dio a luz a la ley N°20.940 en su artículo 362 expone lo siguiente:

“La resolución de la Inspección del Trabajo deberá ser notificada a ambas partes y será reclamable ante el Tribunal del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación a través del procedimiento monitorio. En este caso el Tribunal podrá disponer provisoriamente como medida precautoria la conformación de uno o más equipos de emergencia.”

El proyecto si contemplaba una posibilidad de revisión judicial de la resolución administrativa. Esta opción fue aprobada en primer trámite por la Cámara de Diputados y en general por el Senado de la República. Pero como deja constancia el Segundo Boletín de Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley⁵⁸, mediante

⁵⁸ Boletín N°9.835-13 de 9 de diciembre de 2015.

indicación del Ejecutivo se sustituyó el texto del articulado quitando la opción de la reclamación antes los Tribunales del Trabajo y solo quedando la siguiente redacción:

“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.”

De esta manera los Tribunales de Justicia sostuvieron que no tenían competencia para conocer de recursos en contra de la resolución que califica servicios mínimos y equipos de emergencia, y tampoco tendrían sobre la resolución que resuelve el recurso jerárquico procedente contra la primera resolución.

Los tribunales laborales de primera instancia han sostenido que carecen de competencia absoluta para resolver reclamaciones contra las resoluciones que declaran la procedencia o improcedencia de los servicios mínimos y equipos de emergencia, esto debido a que la ley no les ha atribuido expresamente esa competencia, sólo considerando el recurso jerárquico en contra de la resolución.

La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de un recurso de apelación, rol n°2783-2017 de 12 de enero de 2018, establece lo siguiente:

“Quinto: De otro lado, tal como lo destaca la juez a quo en su sentencia, el artículo 420 letras b) y e) del Código del Trabajo —que sí son normas de competencia absoluta—, se han concebido y enunciado de manera tal que están llamadas a su integración por otra norma legal, preexistente o posterior, dado que se asigna competencia a los tribunales especiales para conocer de las cuestiones relacionadas con la negociación colectiva "que la ley entrega al conocimiento de los juzgados con competencia en materia del trabajo" y de las reclamaciones contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas, pero solo de aquellas "que procedan". Por lo tanto, en ambos casos se precisa de otra disposición legal que establezca la posibilidad de ejercer la acción o pretensión y de hacerlo específicamente ante un juzgado laboral. En tal sentido, en lo que atañe a las reclamaciones, el artículo 504 del Código del Trabajo prescribe que "En todos aquellos casos en que en virtud de este Código u otro texto legal se establezca reclamación judicial en contra de resoluciones pronunciadas por la Dirección del Trabajo...", ratificándose de ese modo la necesidad de que el Código del Trabajo o que una ley determinada consagre la procedencia de reclamaciones contra las resoluciones del Director del Trabajo, al modo

que lo establecen —por ejemplo— los artículos 12 (inciso final), 27 (inciso final) y 340, letra f) del Código del Ramo.”

La Corte de Apelaciones de Santiago confirma esta jurisprudencia en el posterior recurso de apelación rol 64-2018 de 13 de marzo de 2018, sosteniendo que los tribunales de justicia en materia laboral son incompetentes para conocer de reclamaciones contra la resolución de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, debido a que la ley no da competencia explícitamente. La Corte expone lo siguiente:

“No existe duda en orden a que las decisiones de los órganos de la Administración del Estado están sujetas al control de la jurisdicción, pero ese control puede alcanzar el mérito de la decisión administrativa únicamente cuando el legislador lo ha previsto así. En los demás casos, la revisión jurisdiccional debe limitarse a los aspectos que la Constitución Política de la República exige como indispensables de cumplimiento para la validez de los actos de los órganos del Estado: la investidura previa regular de sus integrantes, la actuación dentro de la esfera de competencia y la observancia de las formas.”

Esta jurisprudencia se mantuvo hasta el recurso de apelación que conoció la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2522-2017 de 23 de marzo de 2018, Nestlé Chile S.A con Dirección del Trabajo. En este cambio la se asienta una jurisprudencia nueva cambiando el contenido de lo que se venía resolviendo en el asunto por los Tribunales de Justicia.

La Corte ante un recurso de apelación contra una resolución del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, mediante la cual se declaró incompetente para conocer de la reclamación judicial contra la resolución administrativa de la Dirección del trabajo que califica servicios mínimos y equipos de emergencia, la revoca y establece que el Juzgado si es competente.

La Corte razona que el artículo 399 del Código del Trabajo, que 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 lugar donde se presten o se hayan prestados los servicios, a elección del demandante”, establece que todas y no solo algunas de las cuestiones a que dé origen la aplicación del Libro IV de este estatuto laboral deben ser conocidas y resueltas por el Juzgado de Letras de Trabajo, agrega lo siguiente:

“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.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, que en causa rol N°832-2018, de 18 de abril de 2018, afirmando la competencia de los tribunales laborales para revisar la resolución de la Inspección del Trabajo que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia.

“Que es en el contexto de lo hasta aquí descrito y en concordancia con los principios y normas supra legales y legales citadas, que sólo cabe concluir que el artículo 360 en su inciso undécimo no pudo ser interpretado sino conforme a su tenor y prístino sentido, lo que significa que no es posible atribuirle otro alcance que el de demarcar el agotamiento de la vía administrativa, pero en modo alguno impedir o privar al afectado con la decisión de la Dirección Nacional del Trabajo, de acudir a la sede jurisdiccional. Lo expresado guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, y con el 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, contexto en el cual se inserta la problemática que aquí se conoce.”

En conclusión, en la actualidad la Corte ha establecido que en los Juzgados de Letras de Trabajo tienen competencia para conocer de la reclamación judicial contra la resolución administrativa de la Dirección del trabajo que califica servicios mínimos y equipos de emergencia.

El Tribunal Constitucional también ha considerado que los tribunales laborales son competentes para conocer de la reclamación contra la resolución de la de la Inspección del Trabajo que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia. En fallo rol 4136-17 de 27 de marzo de 2019, expone lo siguiente:

“Que, este Tribunal Constitucional por las motivaciones expuestas precedentemente hará lugar al requerimiento interpuesto, únicamente en lo que respecta a la voz “sólo” del inciso

undécimo del artículo 360 del Código del Trabajo por considerar que ello es suficiente para que la gestión pendiente prospere y el sindicato requirente tenga acceso a la justicia laboral en términos que la resolución N°539 de fecha de Julio de 2017 del Director del Trabajo puede ser conocida y juzgada en el respectivo proceso laboral por el juzgado competente;”

La Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciándose respecto de un recurso de nulidad contra resolución del segundo Juzgado de Letras del Trabajo, rol n°2582-2018 del 12 de febrero de 2019, establece que el procedimiento mediante el cual el Juzgado debe conocer de la reclamación judicial contra la resolución administrativa de la Dirección del trabajo que califica servicios mínimos y equipos de emergencia debe ser el procedimiento ordinario, debido a que el reclamante debe tener la posibilidad de aportar prueba de carácter técnico y pericial, necesario para la resolución del asunto sometido a conocimiento del tribunal.

Recalificación de los servicios mínimos

Se podrá solicitar una recalificación de los servicios mínimos ya declarados. Para esto se tendrá que hacer la solicitud por escrito, de forma fundada y deberá ser presentada con a lo menos 180 días de anticipación al vencimiento del instrumento colectivo más próximo a vencer.

Esta recalificación tiene como fundamentos las circunstancias que pueden que generar con posterioridad a la declaración de servicios mínimos y que se produjo un cambio en las condiciones que motivaron la primera calificación.

La solicitud se tramitará por el mismo procedimiento aplicable a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Si en revisión se considera como infundada, se declarará admisible y se comunicará al requirente y en caso contrario, se procederá al procedimiento aplicable para calificación de servicios mínimos.

Requisitos de Procedencia de los Servicios Mínimos

El Código del Trabajo, en su artículo 359, al hablar de la procedencia de servicios mínimos establece que estos no deben “afectar al derecho a huelga en su esencia” y que deben estar destinados “a atender los servicios esenciales estrictamente necesarios”.

Sobre el requisito de que la imposición de los servicios mínimos resulte estrictamente necesario, la Dirección del Trabajo ha dicho lo siguiente, “la restricción del derecho de

huelga debe tratarse de una medida indispensable o de última ratio para lograr la protección de los bienes jurídicos y derechos que interesan taxativamente al legislador, lo que significa que no existe otra alternativa jurídica y materialmente posible que la limitación de la huelga en el caso específico, sea porque otra opción implica una contravención a derecho, como ocurriría en el caso de imponer una medida como el reemplazo de trabajadores, o porque otra alternativa a la limitación resulta inviable en términos prácticos conforme al contexto de análisis.”⁵⁹

En relación con la exigencia de no afectar el contenido esencial del derecho a huelga la Dirección del Trabajo ha comentado que el establecimiento de los servicios mínimos no puede negar los efectos que son naturales y esenciales de la huelga, porque de lo contrario ya no sería una medida limitativa sino prohibitiva de la huelga.⁶⁰

En relación a este punto la Organización Internacional del Trabajo ha establecido que el área de afectación de los servicios mínimos debe ser la estrictamente necesaria, siendo necesario “garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en razón de su escaso impacto, así como disipar posibles impresiones en las organizaciones sindicales en el sentido que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente”⁶¹

En conclusión, la declaración de los servicios mínimos es una medida que debe ser estrictamente necesaria, no existiendo otra alternativa ya sea jurídica o material.

Hipótesis de Procedencia de los servicios mínimos

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

⁵⁹ DIRECCION DEL TRABAJO GOBIERNO DE CHILE, informe de Estándares Técnicos Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia,2018. [en línea], Santiago, Chile, p.14, <https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-110772_recurso_3.pdf> [consulta: 26 de noviembre de 2019].

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006, Párrafo 612.

b) La condición que justifica la calificación de servicios mínimos de seguridad opera en función de evitar daños en los bienes corporales e instalaciones de la empresa, en la medida que la pérdida o detrimento de dichos bienes se produzca como resultado de la suspensión de operaciones que ocurre durante la huelga.

Del mismo modo, se contempla como supuesto para la fijación de servicios mínimos, la necesidad de prevenir accidentes, esto es, aquellos servicios indispensables para evitar que cualquier persona sufra una lesión que pudiese afectar su salud o integridad física.

c) Servicios Mínimos de Funcionamiento: aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio, estrictamente necesarios 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.

Los servicios mínimos de funcionamiento, conforme a la descripción legislativa, buscan mantener un cierto nivel de operación de la empresa o institución en que se produce la huelga, en el entendido que la interrupción de todo o parte de su operación podría afectar 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.

d) Servicios Mínimos para Prevenir Daños Ambientales o Sanitarios: aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio, estrictamente necesarios para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.

Este supuesto de servicios mínimos debe ser aplicado en base a los criterios que establece el propio ordenamiento jurídico.

Al efecto, cabe considerar que el artículo 2º letra e), de la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, define el daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

Mientras que, de lo dispuesto en el artículo 3º del Código Sanitario, resulta posible inferir que, en este ámbito específico, el propósito de estos servicios de seguridad es evitar un

detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país.

En la determinación de los servicios mínimos se deben considerar además los requerimientos vinculados con el tamaño y las características particulares de la empresa, establecimiento o faena.

En relación a esto, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado en el sentido de que debido a que para la calificación de servicios mínimos se debe atender a las características particulares de la empresa no es posible, trasladar una calificación de servicios mínimos de una empresa a otra, señalando:

“Por consiguiente, es dable concluir que, no resulta jurídicamente procedente “trasladar” la calificación que derive del proceso de calificación de servicios mínimos de una empresa a otra que, posteriormente se adjudique la licitación en el establecimiento en el cual, la primera empresa prestó servicios y calificó sus servicios mínimos, pues las condiciones particulares y tamaño de la nueva empresa – que se encuentre prestando los servicios en el establecimiento-, pueden ser distintas, como asimismo, el número de trabajadores y de organizaciones sindicales constituidas.”⁶²

La rama de la actividad económica donde se desenvuelve la empresa tiene una gran relevancia en los servicios mínimos de “funcionamiento”, ya que lo se asegura es alguna necesidad básica de la población o garantizar la prestación un servicio de utilidad pública.

Mientras que en los servicios mínimos de “seguridad” y los “de prevención de daños ambientales y sanitarios”, más bien tienen un carácter general y transversal, resultando aplicable, en su generalidad, a todas empresas sin importar su giro.

Este efecto lo podemos observar en los casos particulares donde se ha pronunciado la Dirección del Trabajo.

⁶² Ordinario N° 3198, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 31 de julio de 2017.

Capítulo III

Declaraciones concretas de Servicios Mínimos efectuadas por la Dirección del Trabajo

En el periodo correspondiente del 02 de enero de 2017 al 31 de marzo de 2018 la Dirección del Trabajo informe de 189 procedimientos administrativos, debidamente terminados y que contaron con una resolución administrativa.

En el siguiente periodo la Dirección del Trabajo entrego una mayor información sobre los procedimientos administrativos, ordenada en la siguiente tabla.

Procesos administrativos resueltos por la Dirección del Trabajo en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2018 y el 31 de marzo de 2019	
Procesos terminados sin pronunciamiento de la Dirección del Trabajo	
Terminados por acuerdo	23
Terminados por desistimiento	3
Declarados inadmisibles⁶³	19
Total sin pronunciamiento	45
Procesos terminados con pronunciamiento de la Dirección del Trabajo	
Con calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia	47
Sin calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia	42
Total con pronunciamiento	89
TOTAL GENERAL DE PROCESOS TERMINADOS EN EL PERIODO	134

Sobre las resoluciones dictadas en estos dos periodos es que se compilo los siguientes criterios que tuvo la Inspección del Trabajo a la hora de calificar los servicios mínimos y los equipos de emergencia.

⁶³ De acuerdo a la orden de servicio N°1, son inadmisibles los requerimientos que son presentados: a) Fuera de la oportunidad legal, esto es, una vez transcurrido el plazo que la ley establece para su presentación; y b) Sin haberse efectuado oportunamente la propuesta de calificación de servicios mínimos a todas las organizaciones sindicales existentes en la empresa.

Servicios Mínimos de Seguridad

La Dirección del Trabajo calificado las labores de vigilancia y seguridad privada que prestan guardias de seguridad como servicios mínimos, pero se deben considerar ciertas circunstancias como el si el lugar tiene afluencia de público o solo basta que se cierre, o bien se cierren determinados accesos para necesitar menos guardias. Y sobre todo ha puesto el foco en la que tiene la seguridad privada frente a un hecho delictivo, dará aviso a las policías, quienes son las llamadas por la ley frustrar el delito y a auxiliar a las víctimas.

Dentro de los casos de Servicios Mínimos de Seguridad no se considera la necesidad de garantizar, por parte de los huelguistas, la condición futura de materias primas y productos finales del proceso productivo, debido a que esto implica anular por completo los efectos naturales que tiene la huelga.

En situación donde la empresa trate con animales, que deben considerarse como servicios mínimos los cuidados que requieran los animales debido a que hacer lo contrario implicaría maltrato animal, situación legalmente prohibida⁶⁴, pero se encuentran prohibidas toda labor tendiente a la elaboración, venta o comercialización de los productos que se obtengan de estos animales.

En caso de la mantención de maquinaria, cuando la justificación sea eminentemente productiva y resultando seguro la detención de la maquinaria sin generar daños a los bienes corporales e instalaciones de la empresa, no resulta estrictamente necesario por lo que no proceden los servicios mínimos. Si debido a la complejidad de la maquinaria se requiere de un tiempo considerable para su detención segura, se han considerado estas funciones por ese tiempo como servicios mínimos. Respecto a la mantención de maquinaria detenida, se ha considerado servicios mínimos aquellos que de otra manera impedirían la reanudación de las labores una vez terminada la huelga debido a la magnitud de los daños o la imposibilidad de repararlos.

En casos de manejo y almacenamiento de sustancias peligrosas, se ha considerado que las labores de monitoreo de estas sustancias son servicios mínimos. Este monitoreo solo

⁶⁴ Ley N° 20.380. Sobre Protección de Animales. Ministerio de Salud, 03 de octubre de 2009.

tiene como razón el evitar posibles fugas y de esta manera evitar accidentes o, en caso que no se haya podido evitar la fuga, avisar a quien corresponda por protocolo.

Se han considerado como de servicios mínimos las labores que cubren la necesidad de garantizar labores de apoyo en materia de mantención necesaria la continuidad operacional mínima requerida en ciertas empresas, ejemplo suministro de agua potable a la población.

Sobre el funcionamiento de los Departamento de Prevención de Riesgos o trabajadores que forman parte del Comité Paritario, se ha considerado que debido a que el Departamento de prevención de riesgos no es el único medio con el que cuenta la empresa para la prevención de riesgos y accidentes profesionales por lo que su suspensión momentánea no tendría como efecto directo e inmediato una afectación a la accidentabilidad de la empresa.

Las labores de trabajadores asociadas a los Comités Paritarios tienen un objetivo eminentemente educativo, de difusión o investigativo en caso de accidentes, no resultando estrictamente necesarias. Además, se debe considerar que en caso contrario se crearía un desincentivo artificial para que los trabajadores participen en los Comités Paritarios, teniendo en cuenta que la participación en estos es voluntaria.

En caso de brigadas de emergencia, se debe distinguir la naturaleza de su origen. Sobre los casos donde la legislación específica las creó, son necesarias ya que no existe una alternativa jurídica viable como son los casos de las brigadas de emergencia en las minas⁶⁵. En caso de que la brigada de emergencia tenga una naturaleza de medida voluntaria por parte del empleador, se colige que no son estrictamente necesarias ya que el empleador tiene posibilidad de otras medidas para prevenir accidentes.

En el caso de las empresas que administra autopistas concesionadas, se han calificado como servicios mínimos las funciones relacionadas con los servicios de atención en ruta y llamados de emergencia de los usuarios, y de la misma manera las funciones que buscan coordinar la asistencia con las autoridades, como lo son carabineros.

En recintos educacionales se consideró como servicios mínimos la labor de “inspector de

⁶⁵ Decreto Supremo N° 72. Reglamento de Seguridad Minera. Ministerio de Minería, 27 enero de 1986.

patio”, esto debido a que la Superintendencia de Educación se ha pronunciado en el sentido de que, en una huelga de funcionarios o docentes del recinto, no se puede impedir el acceso a los alumnos, y el inspector de patio tiene una labor de supervisión y de nexo entre el establecimiento, los alumnos y apoderados. En el mismo sentido se calificó como servicio mínimo el “auxiliar de primeros auxilios”, labor que busca la entrega de primeros auxilios a los alumnos que se accidentan dentro del establecimiento, por lo tanto, debido a la seguridad es necesario que esta labor sea continua.

Servicios Mínimos para prevenir daños medioambientales o sanitarios.

Un caso especial que la Dirección del Trabajo ha considerado es el tratamiento de Residuos Industriales Líquidos, en los cuales es necesario un tratamiento para la posterior evacuación de estos, y de esta forma evitar contaminar afluentes o que con su toxicidad dañe a la población humana o animal.

En el caso del tratamiento de las aguas servidas, se han calificado como servicios mínimos de funcionamiento las labores de la empresa relativa a las aguas residuales, al no ser posible abordar dichas labores por otros actores del mercado, y el no tratamiento de estas aguas podría generar una contaminación medioambiental y podría colocar en peligro la salud de la población.

También se han declarado servicios mínimos las funciones relacionadas con la mortandad de los animales en las empresas con el fin de evitar propagación de enfermedad o plagas.

Además, se han considerados servicios mínimos las labores asociadas al manejo de residuos o basura con el objeto de no generar puntos de contaminación medioambiental por el no tratamiento adecuado de los desechos, ya que podría afectar a la población aledaña. Esto tiene una gran relevancia en las empresas del comercio que manejan un gran volumen de productos perecibles, y su descomposición en tales volúmenes podría generar grandes vectores de riesgo sanitario. En casos de edificios residenciales, se ha considerado como servicio mínimo el trabajo necesario para que se pueda hacer retiro de la basura que genera la comunidad.

El manejo de desechos es también importante en la operación de recintos de salud, debido a por su naturaleza estos deben ser tratados y de formar especial.

En Cementerios, se calificaron como servicios mínimos las funciones necesarias para la inhumación de cadáveres, ya que el artículo 137 del Código Sanitario establece que “no podrá rechazarse en un cementerio la inhumación de un cadáver, sin una justa causa calificada por el Servicio Nacional de Salud”. Sumado esto a que un cadáver no puede estar más de 48 horas sin sepultar⁶⁶, esto por razones de índole sanitaria, con el objeto de evitar focos infecciosos y daño al medioambiente.

Servicios Mínimos de Funcionamiento

Se han considerado servicios mínimos, en algunos casos, la distribución de medicamentos cuando sean necesarios para garantizar la salud de las personas y no existan sustitutos en el mercado nacional. La distribución se ha considerado esencial, no así la producción debido a que usualmente estas empresas tienen una política de mantener un stock necesario para atender varios meses, por lo que la producción no es indispensable para satisfacer la demanda. El comercio de los medicamentos, se ha considerado que no es esencial debido a que existen opciones de cambio de oferente ante la ausencia de uno de estos, además el artículo 94 del Código Sanitario establece que corresponde al Ministerio de Salud adoptar las medidas para el acceso de la población a productos farmacéuticos en caso de ser necesario.

Sobre la venta de gas, necesidad básica para la población, se consideraron los modelos de negocios debido a que existe la venta a granel y vía cilindro. En el caso de los cilindros es posible la sustitución del oferente por parte de otra empresa del mercado, existiendo entonces una alternativa. Mientras que en la venta a granel no existe la posibilidad de comprar a otro oferente, por lo tanto, el suministro continuo es considerado como servicio mínimo.

En el caso de la recolección de basura domiciliaria, teniendo en cuenta que las municipalidades podrían prestar estos servicios a través de terceros durante la duración de la huelga, sea considerado que estas funciones no son de servicios mínimos.

En servicios de hotelería las labores de mantención de equipos y aseo que buscar resguarda a los huéspedes y evitar afectación a los clientes, se han considerado como no

⁶⁶ “ningún cadáver podrá permanecer insepulto por más de 48 horas...”, artículo 46 del Decreto n°357/70, del Ministerio de Salud.

esenciales debido a que no es un servicio que atienda una utilidad pública o una necesidad básica de la población, además de que existen alternativas de alojamiento ante la cesación de servicios de una de estas empresas.

En relación al transporte, se ha considerado que ante una huelga de los trabajadores que prestan este servicio un efecto natural es un impacto en la frecuencia o retraso del sistema. Pero, no resulta posible considerar una suspensión total del servicio sin alternativas posibles para atender una demanda necesaria de la población. Ante esto se ha considerado que existen casos donde no necesariamente será necesario establecer servicios mínimos, como es el ejemplo de Santiago donde ante la cesación de labores de uno de los prestadores de servicios, existen protocolos de planes de contingencia establecidos por el Directorio de Transporte Público Metropolitano para poder prestar los servicios necesarios⁶⁷ con otros operadores, y sólo en caso de que con otros operadores no se pueda dar un nivel mínimo de servicio, será necesario establecer una dotación de trabajadores para prestar servicios mínimos. Existen casos donde ciertos tramos de transporte no existen otra alternativa, por lo tanto, en estos casos será necesario establecer servicios mínimos. En estos casos los servicios mínimos implicarán a conductores, coordinadores de recorridos y mecánicos necesarios para asegurar el buen funcionamiento de las máquinas necesarias.

En los casos de empresas asociadas a medios de comunicación masiva se ha considerado que su funcionamiento presta servicios de utilidad pública, pero este rol se entiende en su papel informativo, por lo tanto, se calificaron como servicios mínimos de funcionamiento los destinados estrictamente a la emisión de un noticiario.

En relación al funcionamiento de entidades bancarias, se ha considerado que sólo el retiro de fondos de cuentas se enmarca en la hipótesis de servicios mínimos ya que es un servicio de utilidad pública y que de otra manera significaría la afectación de los clientes de su derecho de libre disposición de los bienes. Además, se ha considerado que es necesario garantizar el bloqueo de las tarjetas, con el fin de prevenir delitos fraudulentos, por lo tanto, se ha considerado como servicio mínimo. Por el contrario, las labores de captación de clientes, entrega de créditos o servicios anexos, inversiones y colocación de fondos, son

⁶⁷ Directorio de Transporte Público Metropolitano (Chile). Protocolo de Acción frente a Contingencias. Santiago, Chile, octubre de 2015.

funciones propias del giro del negocio y de sus utilidades por lo tanto no se consideran servicios mínimos, porque si no sería una afectación al núcleo de la huelga.

En las empresas Administradoras de Fondo de Pensiones, se ha considerado que la captación de clientes, siguiendo la lógica de las instituciones financieras, no se considera servicio mínimo. Sin embargo, el manejo adecuado de los fondos de los afiliados tiene un carácter de utilidad pública por se han considerados estas funciones como de servicios mínimos, como son la adquisición o enajenación de los instrumentos adquiridos a nombre de los fondos de pensiones. De igual manera, se han calificado como servicios mínimos aquellas funciones que se encuentran circunscritas al cumplimiento de determinados plazos; un ejemplo de esto, son las solicitudes de pensión de invalidez en caso de los trabajadores cesantes.

Se han considerado como servicios mínimos el pago asociado a las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez y seguro de cesantía, debido a que no existen alternativas materiales y jurídicamente viable, y además en atención al carácter de alimentario de estos pagos.

En el caso del funcionamiento de centro educacionales, se ha considerado que, aunque la educación es un derecho y necesidad de primera orden para la población, existen medidas alternativas que permitan disminuir los efectos perniciosos de la huelga, como son la recuperación de clases una vez acabada la huelga.

En el ámbito de la atención de salud, se ha analizado que haciendo uso del sistema TRIAGE⁶⁸, permite derivar a pacientes que no requieran atención urgente a otros establecimientos médicos, considerándose entonces como servicios mínimos aquellos servicios destinados a atender urgencias, esto también aplica a todas las funciones de apoyo que sean estrictamente necesarias como apoyo para las labores de urgencia y hospitalización. En el mismo ámbito se ha calificado como servicio mínimo la labor de

⁶⁸ Es una norma internacional que permite clasificar objetivamente a los pacientes de acuerdo a su riesgo y gravedad para así priorizar correctamente las atenciones. Fuente: ACHS, Triage: el sistema que determina el orden de atención en un Servicio de Urgencia [en línea] <<https://www.achs.cl/portal/ACHS-Corporativo/newsletters/pymes-achs-al-dia/Paginas/Triage.aspx>> [consulta: 13 de diciembre de 2019]

conductor de ambulancia en las localidades que no existe otro medio de transporte alternativo para los pacientes.

Sobre las ISAPRES se ha considerado que la mantención del sitio web es considerado como servicio mínimo debido a que a través de esta los afiliados podrán efectuar sus trámites.

En el caso de los Casinos, existe una legislación que impide que los casinos dejen de funcionar⁶⁹. La Dirección del Trabajo ha considerado que en dicho sector existe una prohibición de detención de labores, pero esta no es absoluta ya que se permiten excepciones legales, y considerando que la huelga es un derecho establecido por el ordenamiento jurídico, entonces se considera habilitada la detención de operaciones por esta razón.

En el caso del Correo, debido a la inherente naturaleza de función pública se ha considerado como servicios mínimos las funciones necesarias para la continuidad de funcionamiento de la “carta certificada”, esto en consideración que por mandato legal⁷⁰ el correo certificado es la forma como debe practicarse las notificaciones. Solo se consideró como excepción lo referente a la notificación por carta certificada que realizan las ISAPRES a sus afiliados, esto debido a que no cuenta con normativa expresa al respecto.

Sobre los establecimientos destinados a la rehabilitación de jóvenes infractores de la ley, se han considerado como servicios mínimos todas aquellas necesarias para asegurar los servicios destinados a la orientación, protección y rehabilitación de menores que infringieron la ley. Esto en relación a que a el reglamento de la ley n°20.084 establece que es deber del Estado asegurar la asistencia del joven infractor a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social, y que aunque existen otros centro donde podrían ser redirigidos los jóvenes, la naturaleza misma del programa de rehabilitación requiere una estabilidad y relación de confianza entre el menor y su Delegado, en consecuencia, un

⁶⁹ “Artículo 31.- El permiso de operación podrá ser revocado por cualquiera de las siguientes causales, sin perjuicio de las multas que sean procedentes: c) Suspender el funcionamiento de las salas de juego sin causa justificada;”. Ley 19.995, Establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juegos, Santiago, Chile, 4 de enero de 2005.

⁷⁰ Ley 19.880. Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, mayo de 2003.

cambio de ambiente debido a la huelga podría tener una consecuencia negativa generándose un retroceso o inclusive impidiendo la rehabilitación del menor.

Equipos de Emergencia

La conformación de los equipos de emergencia, un proceso que tiene lugar una vez iniciado el proceso de negociación colectiva y en empresas que ya cuentan con una calificación previa de servicios mínimos y equipos de emergencia.

El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 361 del Código del Trabajo y tiene las siguientes etapas

1. Propuesta del empleador

El empleador en su respuesta al proyecto de contrato colectivo, deberá proponer a la comisión negociadora sindical los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia cuando corresponda. Deberá como mínimo contener:

- a. Número de trabajadores afiliados al sindicato que propone.
- b. Las competencias profesionales o técnicas que posee cada uno de los trabajadores propuestos.
- c. Especificación de las funciones que cada uno desarrollara.
- d. Forma en que se atenderán los servicios mínimos una vez iniciada efectiva la huelga.

2. Respuesta del Sindicato

La comisión negociadora sindical tendrá un plazo de 48 horas para responder a la propuesta del empleador. Si no se contesta en el plazo señalado se entenderá aceptada la propuesta del empleador.

En la respuesta el sindicato podrá negarse a la totalidad de la respuesta o plantear discrepancias en relación al número o identidad de los trabajadores.

3. Si la respuesta del sindicato es negativa o plantea discrepancias, el empleador dentro de un plazo de 5 días corridos, desde la respuesta, podrá solicitar

pronunciamiento de la Inspección del Trabajo.

Declarada admisible la solicitud, el Inspector del Trabajo a cargo podrá hacer uso de las mismas medidas ya descritas para el proceso de declaración de servicios mínimos y equipos de emergencia.

El Inspector del Trabajo tendrá un plazo de 10 días corridos para resolver el requerimiento. Esta resolución tendrá las mismas formalidades que la resolución que se pronuncia sobre la procedencia de servicios mínimos y equipos de emergencia.

La resolución podrá ser impugnada a través de un recurso administrativo de reposición dentro de un plazo de 5 días hábiles. La Impugnación será resuelta por el Inspector del Trabajo, previo informe efectuado por la Unidad Jurídica de la oficina. El inspector tendrá un plazo de 3 días hábiles para resolver la reposición.

La Dirección del Trabajo se ha pronunciado en el sentido de que es posible que existan discrepancias entre lo establecido al momento de calificar los servicios mínimos y equipos de emergencias y el momento de conformar estos últimos.

“Resulta jurídicamente procedente la existencia de diferencias y/o discrepancias respecto del número y/o identidad de los trabajadores socios del sindicato que deberán conformar el equipo de emergencias, pues al calificar los servicios mínimos se tuvieron a la vista las condiciones generales y comunes existentes en la empresa, sin atender a las circunstancias específicas y actuales de las partes, correspondientes al momento en que se hace efectiva la huelga en el determinado proceso de negociación colectiva.”⁷¹

En el mismo dictamen la Dirección del Trabajo establece que la determinación del número de trabajadores establecida por la resolución de calificación de servicios mínimos y equipo de emergencia, es un límite máximo, no pudiendo sobrepasarse ese número al momento de proponer y conformar el equipo de emergencia.

También, es procedente el caso de que el equipo de emergencia no se constituya en su totalidad, debido a que trabajadores, que no están involucrados en el proceso de negociación, se encuentran prestando servicios al empleador, de aquellos considerados

⁷¹ Dictamen N° 3896/32, Dirección del Trabajo, Antofagasta, Chile, 26 de julio de 2018.

como servicios mínimos, y cumplen con las competencias técnicas consideradas en la calificación de los servicios mínimos. Esta constitución a medias será procedente de común acuerdo entre el empleador y el sindicato involucrado, o por pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, en caso de haber sido requerida su intervención.

La Dirección del Trabajo también ha establecido que, en relación a la conformación de los equipos de emergencia, que dentro de ellos puede ser compuestos por trabajadores que integren la directiva sindical, no habiendo un impedimento legal y que si se hay un desacuerdo se puede discutir en el procedimiento contemplado en el artículo 361 del Código del Trabajo.⁷²

Falta de provisión del Equipo de Emergencia por parte del o los sindicatos

Si una vez iniciada la huelga y habiéndose calificado la procedencia de servicios mínimos y equipos de emergencia, el sindicato no provee el equipo necesario, el empleador deberá informa a la Inspección del Trabajo. Tomada la constatación por parte de la Inspección, se asignará un funcionario para que realice una inspección para constatar que el sindicato no ha proveído el equipo de emergencia. Constatada la falta de equipos de emergencia, el empleador se encontrará facultado para adoptar las medidas para atender los servicios que habían sido declarados como servicios mínimos. El empleador sólo podrá llevar a cabo acciones tendientes a atender las funciones declaradas como mínimos, y si se extralimita si con sus acciones atiende funciones que no son servicios mínimos, cualquier sindicato de la empresa puede denunciar esta situación a la Inspección del Trabajo y si un Inspector del Trabajo constata la veracidad, tendrá que tomar las medidas necesarias para que el empleador deje de efectuar las actividades de la empresa que no son parte de los servicios mínimos declarados.

⁷² Dictamen N° 608/12, Dirección de Trabajo, Valparaíso, Chile, 31 de enero de 2018.

Capítulo IV

Nueva propuesta legislativa en relación a los Servicios Mínimos

El Presidente de la República Don Sebastián Piñera con fecha 31 de Julio de 2019, y a través del mensaje presidencial n°140-367, envió al Congreso un proyecto de ley que tiene como finalidad la modernización de la Dirección del Trabajo. En este sentido, el proyecto establece nuevas formas de fiscalización por parte de la Dirección del Trabajo y la dota de mayor independencia y hay un fortalecimiento de los roles que tiene la Dirección del Trabajo en materia sindicales y en la propia negociación colectiva.

En este proyecto además se abordan cambios al procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Estos cambios se centran en seis puntos:

1. Se precisa el concepto de servicios mínimos.
2. Se cambia el procedimiento para la calificación de servicios mínimos por acuerdo entre las partes.
3. Existencia de un panel técnico para la calificación de los servicios mínimos, en una empresa de más de 200 trabajadores, en caso de que no exista acuerdo entre las partes.
4. Calificación de los servicios mínimos por parte de la Dirección del Trabajo, en empresas con menos de 200 trabajadores.
5. Recalificación de los servicios mínimos.
6. Plazo para resolver y procedimiento para reclamar la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Precisión del concepto de servicios mínimos.

El proyecto de ley considera un cambio a artículo 359 del Código Laboral estableciendo una nueva definición de servicios mínimos, la modificación contempla lo siguiente:

“Artículo 359.- Servicios mínimos y equipos de emergencia. 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 prevenir y atender accidentes y enfermedades profesionales, asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, tributarias y de pago de la empresa y proteger los bienes corporales, incorporeales e instalaciones de la empresa; garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, tales como el abastecimiento de alimentos y medicinas, suministro de servicios básicos y el transporte necesario para atender urgencias e imprevistos que puedan afectar la vida, la seguridad o la salud de las personas, especialmente, de niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, enfermos y adultos mayores; así como de las especies vivas, además de procurar prevenir y mitigar daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.”

Como podemos observar, esta nueva definición introduce nuevas causales para la calificación de servicios mínimos, como son el prevenir accidentes y enfermedades profesionales, asegurar el cumplimiento de obligaciones laborales, previsionales y tributarias, proteger bienes incorporeales de la empresa e integra ejemplos de lo que serían servicios mínimos que atiendan necesidades básicas de la población.

Además, en la modificación propuesta se agrega un nuevo inciso donde se agrega una nueva figura:

“En el caso de las empresas que por sus características o la paralización de sus actividades se causare un grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, y que no sean de aquellas calificadas como empresas en que no podrá ejercerse el derecho a huelga en los términos del artículo 362, la determinación de los servicios mínimos y equipos de emergencia deberá considerar tales circunstancias procurando garantizar el funcionamiento necesario que impida que tales bienes jurídicos cautelados se pongan en riesgo.”.

Cambios en el procedimiento para la calificación de servicios mínimos por acuerdo entre las partes.

“Artículo 360-A: Del acuerdo de calificación. Tratándose de servicios mínimos que deban operar exclusivamente en un determinado establecimiento, planta, obra, faena o área de la empresa, el acuerdo deberá pactarse únicamente con los sindicatos que representen a dichos trabajadores, caso en el cual se entenderá que hay acuerdo cuando la propuesta del empleador ha sido aprobada por el o los sindicatos que, en su conjunto, representen a la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados.

En caso que los servicios mínimos y equipos de emergencia sean transversales a la empresa y no correspondan únicamente a un determinado establecimiento, planta, obra, faena o área de la misma, será necesario que el acuerdo de calificación se pacte con el o los sindicatos que representen a la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados.

De existir acuerdo, 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 a su suscripción.”.

La reforma propone la creación de un artículo 360-A, donde se abre la posibilidad de poder llegar a acuerdos entre el empleador y los sindicatos sobre los servicios mínimos por secciones de la empresa, como lo son si solo afecta cierto establecimiento, faena o un área de la empresa. Y para esto establece que para el acuerdo sólo se requerirá la aprobación del o los sindicatos que representen a la mayoría de los trabajadores involucrados en esa parte de la empresa.

En caso de que los servicios mínimos sean transversales para toda la empresa, se requerirá de la aprobación de los sindicatos que representen a la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados.

Como vemos hay un cambio desde que se requiere la aprobación de todos los sindicatos existentes en la empresa a solo que se requiere a los suficientes sindicatos para contar con la mayoría absoluta.

Panel Técnico de expertos

La reforma a través de la introducción de los nuevos artículos 360-B, 360-C, 360-D, 360-E y 360-F, busca establecer que, ante la ausencia de acuerdo entre los sindicatos y la empresa sobre la calificación de servicios mínimos, y si la empresa cuenta con 200 o más trabajadores, la calificación la hará un panel técnico de expertos. De igual manera con acuerdo de los sindicatos y el empleador se podrá solicitar pronunciamiento del panel técnico de expertos, en aquellas empresas que tengan menos de 200 trabajadores.

El panel será colegiado, contando con tres miembros titulares y dos suplentes, la Dirección del Trabajo elegirá a los profesionales que la conformen, de una nómina donde previamente se inscribirán los profesionales. Para inscribirse tendrán que poseer un título profesional o técnico otorgado por una universidad, instituto profesional o centro de formación técnica del Estado o reconocido por éste, deberán contar con, a lo menos, 8 años de ejercicio profesional. Para la elección de los expertos se deberá considerar el área o rubro económica de la empresa donde se calificarán los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Elegidos los profesionales se les notificará y dentro de quinto se realizará una audiencia de constitución del panel, en esta audiencia se definirá el procedimiento que se seguirá para la calificación de los servicios mínimos, no pudiendo superar un plazo de cuarenta y cinco días.

A los miembros del panel se les aplicarán las causales de implicancia y recusación de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. La remuneración de los integrantes del panel será íntegramente de cargo del empleador.

Dentro de quinto día, a contar de la audiencia de constitución del panel, se citará a las partes a una audiencia para presentar sus propuestas fundadas y realizar las observaciones que consideren pertinentes.

La resolución que tome el panel técnico de expertos, deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de sus integrantes. La resolución tendrá que ser fundada.

La resolución podrá ser reclamable ante los Tribunales de Justicia, de acuerdo al procedimiento monitorio.

Calificación de los servicios mínimos por parte de la Dirección del Trabajo

El proyecto a través de la creación de un nuevo artículo 360-G, busca establecer que la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia en empresas de menos de 200 trabajadores le corresponde a la Dirección del Trabajo. Pudiendo, también, a voluntad de las partes someter esta resolución al panel técnico de expertos, como ya lo señalamos.

Cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de la Dirección del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo con el que cuentan las partes para llegar a algún acuerdo.

La Dirección del Trabajo deberá oír a las partes, y estas podrán aportar informes técnicos que consideren relevantes. También, la Dirección del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas.

La resolución que emita la Dirección del Trabajo calificando de servicios mínimos y equipos de emergencia deberá ser fundada, se tendrán que considerar los acuerdos parciales adoptados por la empresa. La Dirección del Trabajo tendrá un plazo de cuarenta y cinco días para resolver.

Recalificación de los servicios mínimos

El proyecto agregar un nuevo artículo 360-H donde establece que por acuerdo de las partes o por circunstancias sobrevinientes, de las previstas al momento de calificar a los servicios mínimos, se podrá revisar y modificar la resolución de calificación. El procedimiento aplicable será el mismo establecido para la calificación primigenia y seguirá las mismas reglas.

En este nuevo artículo se establece la opción de que la recalificación de los servicios mínimos se pueda realizar por acuerdo de las partes o se pueda, a lo menos, iniciar el procedimiento de recalificación.

Reclamación de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia

En los propuestos nuevos artículos 360-F y 360-G, al tratar las resoluciones que califican los servicios mínimos y equipos de emergencia, tanto los dictados por el Comité Técnico de Expertos y por la Dirección del Trabajo, ambos son reclamables ante los Tribunales de Justicia siguiendo el procedimiento monitorio contemplado en el Código Laboral.

Esto viene a terminar con todas las discusiones que se han llevado a cabo en Tribunales sobre si estos son competentes o no para resolver sobre la reclamación de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Respuesta del empleador a la propuesta del sindicato

El proyecto además hace unos cambios pequeños pero muy significativo, lo propuesto es un cambio en el inciso tercero del artículo 361 que, en contexto de la conformación de los equipos de emergencia, y ante la propuesta del empleador de la identidad de los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, el sindicato se podrá oponer, en la actual legislación no es necesario ningún otro actuar por parte del sindicato, en el proyecto el sindicato al momento de negarse tendrá que proponer una nueva lista de trabajadores y el empleador podrá aceptar completamente o parcialmente, y en este último caso podrá solicitar que la Dirección del Trabajo se pronuncie para dirimir a situación.

Como vemos en este nuevo proyecto hay dos pequeños, pero significativos cambios en relación con la actual legislación, el primero es que al momento de negarse el sindicato deberá proponer unos nuevos nombres para los trabajadores objetados en la propuesta para conformar los equipos de emergencia. Esta será un nuevo requerimiento que tendrá que cumplir el sindicato al momento de responder, una forma de establecer que la negativa del sindicato sea fundada.

El segundo cambio, es el que dice que puede hacer el empleador ante la negativa del sindicato y su posterior respuesta, ahora el empleador podrá aceptarla parcialmente. La Dirección del Trabajo al momento de que se pronuncie en relación a la composición de los equipos de emergencia tendrá que tener en cuenta esta aceptación parcial, reduciendo el campo de decisión de la Dirección del Trabajo.

Capítulo V

Entrevistas

Para una comprensión más completa de la actual y futura situación de la institución de los servicios mínimos se entrevistaron al equipo de Presidencia de la Central Unitaria de Trabajadores, presidida por Doña Barbara Figueroa (CUT); a Don Pablo Bobic, abogado y actual gerente legal de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC); y a Don Rodrigo Valdés, economista y Ministro de Hacienda durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria.

Entrevista al equipo de Presidencia de la CUT

1. Sobre los conflictos y discusiones relevantes.

Sí, la CUT ha sido muy crítico de la actual regulación establecida en el artículo 359 y ss., el cual se puede resumir en dos grandes temas: 1) Un problema normativo sustantivo que guarda relación con el mal entendimiento que ha tenido el legislador al establecerlos como una figura completamente autónoma de los servicios esenciales en sentido estricto del término de la OIT (o empresas estratégicas), y; 2) Un problema adjetivo, es decir, en cuanto a la manera en que se regula el procedimiento como norma vigente -más allá de la crítica sustantiva-.

Lo primero, guarda relación con la incorrecta incorporación que ha tenido la figura de los servicios mínimos como figura autónoma de los servicios esenciales en sentido estricto de la OIT, de la cual consideramos como válida, sabiendo que la huelga es un DD.FF., como todo derecho de tal categoría no es absoluto y debe limitarse, pero siempre respetando el núcleo del derecho o e hacerlo impracticable o que sea solo declarativo o programático.

Para la OIT, entre ambos conceptos existe una relación de género-especie. Cuando una empresa es considerada como servicios esenciales en sentido estricto del término (lo que equivaldría a lo regulado art. 362), las legislaciones deberían tener 2 opciones: prohibir el derecho a huelga o limitarla, es en este segundo supuesto es que entrarían recién a operar los servicios mínimos. Como una forma paliativa de no prohibirla.

La CEACR ha indicado que los servicios mínimos es una solución apropiada frente a una prohibición absoluta, en las situaciones en que no parece justificada una limitación

importante o total del derecho a huelga. Además, que tal privación mediante servicios mínimos no debe ser privativo de un número grande de trabajadores y, siempre que, tenga por finalidad asegurar la satisfacción de los usuarios o el funcionamiento continuo y en las condiciones de seguridad de las instalaciones⁷³.

El Comité de Libertad Sindical (CLS) ha expresado que son dos situaciones en el que es aceptable servicios mínimos: 1) seguridad de las instalaciones y prevención de accidentes y 2) Servicios mínimos de funcionamiento, los que solo deberían ser posible en servicios esenciales en sentido estricto, servicios no esenciales pero que por la extensión de la huelga pueda provocar una situación de crisis aguda que las condiciones normales de seguridad de la población podrían estar en peligro y, servicios públicos de importancia trascendental.

Aclarado lo anterior, en nuestra legislación nacional los servicios mínimos están consagrados de manera completamente autónoma como institución, no existiendo relación causal ni accidental respecto a aquellos servicios esenciales en sentido estricto lo que en nuestra legislación se asemejaría a las empresas estratégicas del artículo 362, la cual tiene un procedimiento y oportunidad aparte y de la que ni siquiera contempla como manera paliativa la incorporación de servicios mínimos, sino que simplemente el Decreto Triministerial se pronuncia si es considera empresa estratégica o no, y la decisión es total, y no por áreas de la empresa.

En esta línea, la CUT comparte la opinión del profesor Ugarte cuando señala que la regulación nacional de los servicios mínimos “no debiera tener existencia propia o independiente”.

La importancia de la discusión de “figura autónoma” o “como solución a la prohibición de la huelga”, es fundamental. Consideramos que el hecho de la incorrecta concepción autónoma e independiente de los servicios mínimos se haya banalizado y no se le toma la importancia de estar privando a trabajadores de derechos fundamentales, y que, muchas empresas que sin estar en supuestos necesarios como empresas esenciales en sentido estricto, servicios públicos trascendentales y, excepcionalmente, aquellas huelgas que se extiendan en el

⁷³ Recopilación de decisiones del CLS, 2018, p. 168.

tiempo y, siempre que tengan por finalidad cautelar la seguridad de las instalaciones y prevención de los accidentes de los propios trabajadores.

El otro efecto que se produce con la institución autónoma es que se desvirtúa la función de verse como un modo paliativo de las empresas estratégicas, es decir, las condiciones o hipótesis que debe *a priori* analizar una empresa para ser considerada como tal, debe superar un umbral de cierta certeza para ser considerada como tal, puesto que en el caso de las empresas esenciales en sentido estricto del término, lo que está en juego, es incluso, la prohibición absoluta del derecho a huelga de los trabajadores. Que, por tanto, al estar necesariamente observado el estándar de dicha prohibición, el análisis es más riguroso y exigente, lo que por cierto desbordará indudablemente la discusión del establecimiento de servicios mínimos. A contrario sensu, si la discusión es autónoma y cualquier empresa sin mayor trámite se encuentra en la posibilidad de ejercer ese derecho más o menos fundado, termina ocurriendo que se otorguen sin mayor discusión, a empresas que no debieran tenerla si siguiéramos los estándares de la OIT.

Sobre el problema adjetivo, es decir, más allá de la deformación de la figura de servicios mínimos en nuestra legislación y entrando en la regulación como está. Existen también varias críticas.

El primero es sobre las hipótesis normativas establecidas en el artículo 359, las que superan con creces tanto cuantitativamente como cualitativamente la doctrina de los órganos de control de la OIT.

De manera somera, sobre la frase “proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa”, es una creación chilena que no se encuentra en otras legislaciones. Lo que establece es la imposición legal a los socios, de renunciar a su derecho a huelga con el fin de proteger bienes corporales e instalaciones del empleador. Es una redacción amplia porque se refiere a bienes e instalaciones de la empresa, sin distinción si son bienes muebles o inmuebles, ni tampoco de aquellos que importan para la producción o no. Es una protección amplia y absoluta de los bienes patronales. Tampoco establece que tipo de daños se busca prevenir o evitar, por lo que puede ser interpretado que a todo tipo de daños. Tampoco establece límites sobre si son reales o eventuales. En ese sentido, esta norma permite que cualquier empresa amparada en esta normativa, puede limitar el derecho de un número importante de trabajadores.

Sobre la hipótesis “evitar daños ambientales y sanitarios”, si bien los órganos de control de la OIT reconoce una hipótesis similar, el tipo normativo nacional está redactado en términos absolutos y amplios, pues como se indicó brevemente, la situación para que operen los servicios mínimos debe deberse a una duración de huelga extensa en el tiempo, siempre que, exista un peligro actual e inminente de generarlo, siempre que tal daño ambiental o sanitario ponga en peligro la vida, seguridad o salud de parte o de toda la población.

Sobre la hipótesis necesidades básica de la población, incluidas las relacionadas con la vida, seguridad o la salud de las personas. Es la única que podría encontrarse dentro de los criterios de los órganos de la OIT, aunque la expresión “necesidades básicas de la población”, genera una ampliación e inexactitud, dejando la puerta abierta para que cualquier servicio prestado por la empresa en cuestión pueda ser considerado una necesidad básica.

2. Función de los servicios mínimo y su necesidad.

Hacemos nuevamente la distinción, si la pregunta trata sobre cómo está actualmente establecido nuestra institución en el ordenamiento jurídico consideramos que es incorrecta su función y su necesidad, pues como se expresó, permite que se burle en exceso la prohibición de afectar el derecho a huelga al establecer un servicio mínimo general y amplio al que cualquier empresa pueda solicitarlos y por las hipótesis normativas de las mismas características, crean una inexactitud y falta de criterio que ha sido aprovechado por las empresas para solicitarlo en todo evento, siendo más bien, un subterfugio para debilitar la huelga; especialmente si se tiene en cuenta que no existe ningún requisito previo para someter una empresa al proceso (como por ejemplo, estar sujeto a los casos de empresas estratégicas) y las hipótesis dan una amplitud lo suficiente para siempre encontrar algún motivo para que se otorgue.

Ahora, si la pregunta va dirigida respecto a una legislación más cercana a los órganos de la OIT, consideramos que sería una buena forma de ponderar el derecho a huelga y su choque con otros derechos, especialmente, el hecho que los servicios mínimos estén sujeto con especial atención a los casos de ser una medida paliativa en el caso de empresas estratégicas (esenciales en sentido estricto del término) y con causales o hipótesis más precisas.

3. Sobre el proceso de calificación.

Sin dejar de lado las críticas anteriores, debemos decir que ha existido un avance respecto a la legislación anterior, pero sin embargo existen graves falencias que incluso han afectado al derecho a la negociación colectiva. El hecho que exista voluntad inicial y bilateralidad es algo bueno, porque implica a las partes acordar ciertas posiciones o diferencias.

Aspectos críticos:

- a) Falta de ponderaciones jurídicas en la determinación de los servicios mínimos

El inciso décimo del artículo 360 del Código del Trabajo establece que “recibido el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda¹⁷⁷”. Consideramos problemática esta disposición, pues excluye, o al menos, desplaza consideraciones de carácter político, social y económico que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinarlos y que son parte integral de la problemática que motivan las reivindicaciones durante la negociación colectiva.

Nuestra Central en una conversación extraoficial con un funcionario de la Dirección del Trabajo, a quien preferimos dejar en el anonimato, nos expresó que el gran problema en la determinación de los servicios mínimos se debe a que se encuentran obligados por la ley a solicitar informes técnicos.

a los órganos gubernamentales que tienen por función fiscalizar o regular a la empresa en análisis y fijarlos o determinarlos en virtud de ellos.

A modo de ejemplo, los bancos comerciales están bajo la supervigilancia del organismo público denominado Comisión para el Mercado Financiero (ex Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras), las empresas de energía están bajo la regulación y fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC). No es muy difícil concluir que el informe emanado de esos entes fiscalizadores y/o reguladores, cuya función primordial es asegurar el continuo y correcto funcionamiento de los servicios y empresas que estén bajo su fiscalización, considerarán que cada una de las áreas, cadenas productivas, faenas, etc. representan una importancia fundamental en la operación y, que por tanto, su informe va a estar orientado a formar el convencimiento de la Dirección del Trabajo de asegurar el máximo posible de áreas para la normalidad del área de la economía

de la empresa que se pretende calificar, con ello, privando del real y efectivo derecho a huelga.

La conclusión expuesta, ha sido avalada por el propio Superintendente de Banco (actual CMF) de la época, Eric Parrado, quien, a propósito de una calificación de los servicios mínimos del Banco de Chile, donde se determinó que solo un 9% del personal no podría ejercer la huelga para atender los servicios mínimos. Parrado en su cargo de Superintendente, por medio de la prensa expresó que, “no es suficiente (...) cuando hay bancos de importancia sistémica hay que ser mucho más cuidadosos, porque no solamente afectan las actividades del banco en particular, (...) también afectan a las otras instituciones”¹⁷⁸, finalmente concluye que, “obviamente estamos haciendo un seguimiento tanto con la Dirección del Trabajo como con el Banco de Chile”¹⁷⁹.

Lo anterior, gráfica lo parcializado que pueden ser los informes técnicos emanados de los organismos a cargo del sector de la economía de que se trate (en este caso, un banco), al punto, en que una autoridad eminentemente técnica y ajena al conflicto, como lo debiese ser el Superintendente de Bancos saliera a declarar como parte interesada, siendo que no lo es, o no debiera serlo.

- b) Los plazos en la determinación de los servicios mínimos y la afectación al derecho a la negociación colectiva

Este es uno de los puntos más críticos a nuestro parecer del proceso, lo que ha traído consecuencias graves para las organizaciones sindicales en su proceso de negociación colectiva.

El inciso quinto del artículo 360 dispone “(no) se podrá iniciar la negociación colectiva en tanto no estén calificados los servicios mínimos y equipos de emergencias”, por lo que el pronunciamiento tardío produce que las partes no puedan iniciar la negociación, privando del ejercicio de un derecho fundamental por la falta de servicio de un órgano administrativo.

Revisando los plazos, el de calificación de los servicios y el de negociación colectiva con contrato colectivo vigente, desde el punto de vista simplemente hipotético normativo, existe la posibilidad de que la determinación de servicios termine coincidiendo con el inicio de la negociación.

A modo resumido, de lo expuesto en el Dictamen N° 1563/38 de la Dirección del Trabajo, considerando que todos los plazos se cumplieran dentro de los indicados por la ley y los actos se efectuaran en los días de vencimiento de cada uno de ellos, podría ocurrir que: Al no haber alcanzado acuerdo entre las partes y que de la resolución del Director Regional del Trabajo se interpusiera por cualquiera de los interesados un recurso jerárquico para su revisión por el Director Nacional del Trabajo, la resolución que resuelva el recurso jerárquico tendría como plazo exactamente el día 60 previo al vencimiento del contrato colectivo vigente.

El artículo 333 del Código laboral que regula la oportunidad de presentación del proyecto de contrato colectivo señala que aquellos sindicatos con instrumento colectivo vigente deberán presentar su proyecto de contrato colectivo no antes de 60 ni después de 45 días al vencimiento del contrato colectivo vigente. Ahora bien, el examen no considera la etapa judicial que impugna la resolución emitida por el Director Nacional, la cual se presentará ya dentro del plazo en que el sindicato debería presentar su proyecto de ley, el cual se tramitará por el procedimiento monitorio, que, si bien tiene la particularidad de ser un procedimiento más acotado que el general, implica plazos de índole judicial que nunca es antes de un mes, siendo generosos.

La situación planteada anteriormente, es meramente normativa, es decir, solo suponiendo que ha habido estricta sujeción a los plazos de los artículos legales en cada una de las etapas, y nos encontramos que ya por sí solos, pueden terminar suspendiendo el derecho fundamental de negociar colectivamente.

Desde el punto de vista de la práctica nacional, supera por lejos la consideración hipotética. Por regla generalísima es que las instancias de la Dirección del Trabajo incumplen plazos establecidos en la norma para dictar su resolución, con la siguiente consecuencia de afectar y prorrogar la negociación colectiva, lo que evidentemente puede tener efectos para el éxito de la misma al quedar relegadas a épocas complejas como épocas estivales, festividades que podrían decantar en abstenerse de declarar la huelga (navidad, año nuevo, época de vacaciones) o épocas estratégicas para efectuarla según el sector económico de que se trate, como por ejemplo, huelgas cercanas a fechas navideñas en tiendas comerciales donde hay una presión extra para el empleador de llegar a un buen y rápido acuerdo, entre otras circunstancias. Tras la dilatación de los plazos de la dictación de la resolución que los

fija, con la consecuente suspensión del inicio de la negociación, produce el efecto indirecto de modificar las fechas de negociación en que el sindicato pudo haber rigurosamente elegido de manera estratégica.

En tal situación, hay una afectación evidente del principio de negociación colectiva libre y voluntaria, especialmente cuando los plazos se superponen al punto que debe aplazarse la vigencia del contrato colectivo vigente, por encontrarse suspendida al no fijarse los servicios mínimos, vulnerando, además, un derecho fundamental de los trabajadores por un acto de autoridad o más bien, una omisión al no definirlos dentro del plazo, estando obligada a hacerlo. Como, asimismo, de una vulneración al artículo 3.1. del Convenio núm. 87 que les asegura libertad “de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” y 3.2. del mismo Convenio, en cuanto a la obligación que recae sobre las autoridades públicas de “(...) abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

A modo simplemente enunciativo, estos son algunos casos de organizaciones sindicales que han debido esperar plazos extemporáneos para que le determinen los servicios mínimos y que se han visto restringido en su derecho fundamental para poder negociar colectivamente por actos de la autoridad administrativa: Sindicato 1 Sierra Gorda de la empresa minera Sierra Gorda; Sindicato de empresas del Transantiago; Sindicato de trabajadores del Banco BCI, y; Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos del Metro S.A., entre otros. (Existe información en medios de comunicación que profundiza en este aspecto).

- c) El requisito de independencia de órganos calificadoros para la determinación de los servicios mínimos

Sobre la necesidad de independencia de los órganos calificadoros de la procedencia o no de los servicios mínimos nos referimos a la Dirección Regional del Trabajo y Dirección Nacional del Trabajo.

La legislación debería prever que la solicitud de servicios mínimos sea resuelta por un órgano independiente y no por la autoridad administrativa. El Comité de Libertad Sindical se ha expresado al respecto señalando que “cualquier desacuerdo a este respecto (servicios mínimos) debe ser resuelto por un órgano independiente que tenga la confianza de las partes interesadas” 185. Nuestra normativa no cumple con este estándar.

Del organigrama consultado en los sitios web del Gobierno, se da cuenta que la institución que está en la cúspide es el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que bajo su supervisión directa está la Subsecretaría del Trabajo y la Subsecretaría de Previsión Social, órganos funcionales que cumplen los objetivos por el Ministerio. A su vez, bajo la organización de la Subsecretaría del Trabajo, se encuentra entre otros servicios, la Dirección del Trabajo¹⁸⁶, el cual es un servicio público descentralizado, supervigilado por el Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

En este orden de ideas, es difícil considerar la imparcialidad de la Dirección del Trabajo como organismo encargado de determinar los servicios mínimos, por cuanto, al estar directamente subordinado al poder ejecutivo, existe siempre el interés de que exista un funcionamiento controlado y “normal” de todos los estamentos y áreas de la sociedad, sin conflictividad, sin paralizaciones, ni nada que pueda afectar la Gobernanza de quien detente el poder político. Por lo tanto, la tentación de ejercer el poder de los superiores contra los subordinados jerárquicamente para conseguir los fines de evitar la aborrecida conflictividad sindical como una huelga, es muy alta. Hacemos notar la misma opinión respecto a la determinación de servicios esenciales (empresas estratégicas), cuya determinación se hace a través de un decreto por medio de 3 ministros: el del Trabajo, el de Economía y el de Defensa Nacional.

- d) El control judicial de la calificación de los servicios mínimos determinada por la autoridad

Esta materia inicialmente presentó problemas interpretativos tanto a nivel de la Dirección del Trabajo como de los Tribunales de Justicia.

La discusión surge a partir de la redacción de la parte final del inciso undécimo del artículo 359 del Código del Trabajo al señalar, “la resolución emitida por la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos (...) sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo¹⁸⁷”. Lo que trajo problemas serios a las organizaciones de trabajo afectándole el derecho constitucional del debido proceso y de poder someter al conocimiento a los tribunales los asuntos litigiosos.

En este sentido, la Central siempre defendió la posición de que todo acto administrativo puede ser revisado por tribunales de justicia, situación que fue confirmada por la Corte Suprema en la causa de Tecnoglobal, basado en los siguientes argumentos:

- i. El principio de inexcusabilidad de los tribunales: Los Juzgados de Letras del Trabajo no pueden declararse incompetentes para analizar las reclamaciones presentadas en contra de la Dirección del Trabajo que resuelve el asunto por la vía administrativa. Que en estricto rigor se priva a los involucrados, en la especie al reclamante, de su derecho de acceder a la jurisdicción (artículo 76 CPR). Esta última prevención es reiterada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.
- ii. El Artículo 420 letra e) del Código del Trabajo: Los preceptos constitucionales citados están en concordancia con el Código laboral, otorgando a los tribunales ordinarios la competencia para resolver este tipo de conflictos, lo que refuerza la garantía del debido proceso a todos los ciudadanos. El artículo indicado reza que: "Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: e) las reclamaciones que procedan contra las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social". Tampoco cabe duda alguna que la materia que ocupa este análisis es de naturaleza laboral; resolución que determina los servicios mínimos, son materia de orden laboral y que es emanada por la autoridad administrativa, Director del Trabajo.
- iii. Libertad Sindical: El artículo 19 N° 26 de la Constitución nacional, y con el 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, contexto en el cual se inserta la problemática que aquí se trata.

4. Sobre el proyecto.

Estamos ante un Proyecto de Ley del Gobierno que retrocede en derechos laborales, pues es evidente que sus objetivos implícitos son:

- A) Flexibilizar los mecanismos de control con los que cuenta la Dirección del Trabajo en el ámbito del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad y salud en el Trabajo;
- B) Dificultar la constitución y creación de organizaciones sindicales y;

- C) Debilitar el Derecho a Huelga de las organizaciones sindicales, por la vía de transformar los servicios mínimos en servicios máximos, es decir, la mantención plena del proceso productivo durante la huelga.

Bajo el titular “modernizar” se esconden una serie de modificaciones propuestas de mucho mayor alcance, en especial referidas a la afectación de derechos colectivos como la Sindicalización y el Derecho a Huelga.

El Proyecto de Ley transita sobre un derrotero peligroso y riesgoso en el ámbito de la legislación laboral y de seguridad y salud en el trabajo, cual es, debilitar a la propia Dirección del Trabajo (y no modernizarla).

Aspectos en que la Debilita:

- i. Fiscalización (por ejemplo, elimina la comparecencia obligatoria para efectos de fiscalización).
- ii. Externaliza la mediación y parte de sus funciones (elaboración de dictámenes).
- iii. Establece excesivas garantías para el infractor (empleador) al crear un título completo que regula las garantías procesales de los posibles infractores en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras.
- iv. Establece que el Director del Trabajo llame a Consulta Pública a los interesados (léase posibles infractores o afectados) para la interpretación y aplicación de las leyes laborales y de seguridad y salud en el trabajo.

Yendo específicamente a la materia consultada. Según el estándar que han fijado los organismos de control de normas de la OIT, los servicios mínimos, llamados también esenciales, debieran ser aquellos que se siguen prestando en el caso de huelga, cuyo único objetivo es no afectar derechos como la vida, la salud y la seguridad de la población.

Luego de un complejo debate legislativo y político, nuestro país legisló en la Ley N° 20.940 una definición de Servicios Mínimos que, si bien no fue aceptada por las organizaciones sindicales (dada su amplitud), contó con el informe técnico favorable de la OIT.

Sin decirlo, el proyecto de Ley destierra del Código del Trabajo el Derecho a Huelga. Esto, pues define con tan amplitud los servicios mínimos que, en la práctica, estos terminan por impedir el ejercicio del Derecho a Huelga.

En efecto, el proyecto propone que los Servicios Mínimos ahora sean, además de todas las hipótesis actuales, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, tributarias y de pago de la empresa y proteger los bienes corporales, incorporales e instalaciones de la empresa, permite a las firmas otorgar funciones convenidas, lo que no es otra cosa que impedir todo ejercicio de paralización del proceso productivo.

De esta forma se facilitar al empleador la proliferación de servicios mínimos, al permitir:

- a) Que el acuerdo sobre servicios mínimos pueda ser con un solo sindicato (existiendo varios) y además por una cierta categoría de trabajadores (aunque sindicato represente a más);
- b) Entregar la calificación a un “panel de expertos” pagados por el empleador, tratándose de las grandes empresas;
- c) Que el sindicato deba responder “fundadamente” la solicitud de servicios mínimos, cuestión que hoy no se exige. Se debe tener en cuenta de la precariedad existente en el mundo sindical en Chile, por lo que son muchas organizaciones sindicales que no cuentan con recursos para pagar asesores para obligarlos a responder fundadamente.
- d) Que la calificación en las medianas, pequeñas y microempresas no sea realizada necesariamente por el Director Regional;
- e) Eliminar el plazo que actualmente tiene la Dirección Regional para calificar Servicios Mínimos, ampliando el tiempo de las suspensiones de Negociaciones Colectivas;
- f) El sindicato para ser consultado no solo debe existir en la empresa, sino que además encontrarse “vigente”, entregándosele unilateralmente al empleador la facultad de ponderar tal circunstancia, sin considerar que las normas de disolución sindical son de derecho estricto y las causales están establecidas explícitamente en el Código del Trabajo en los artículos 295 y siguientes.

5. Cambios legislativos a la regulación actual.

Como se ha indicado, y sin la intención de sobreabundar se expresarán de manera conclusiva ideas que se han desarrollado a fin de responder la pregunta:

- 1) Se requiere una reforma profunda desde el punto de vista sustantivo, es decir, adecuando la normativa de los servicios mínimos como una alternativa al establecimiento de los servicios esenciales en sentido estricto (empresas estratégicas), y de manera, restringidas para aquellos casos en servicios no esenciales pero que por la prolongación de la huelga pueda ponerse en riesgo la vida, la salud o la salud de toda o parte de la población.
- 2) En concordancia de lo anterior, la reforma debiera apuntar tanto a las instituciones de los servicios mínimos y las empresas estratégicas, a fin de que exista una relación de género-especie; que los servicios mínimos estén establecidos en su generalidad para ser una alternativa a la prohibición de la huelga, tal y como lo entienden los órganos de control de la OIT. De igual forma el cambio normativo debiera ir dirigido en las hipótesis normativas para que proceda el establecimiento.

Sin perjuicio de lo anterior y asumiendo que cambios legislativos como los planteados anteriormente son más complejos, porque implican una reforma ideológica, consideramos que en lo pronto podrían realizarse modificaciones a fin de afinar el actual procedimiento:

1. El primero es modificar las hipótesis normativas actuales ajustándolos a los estándares de la OIT, el que supone como criterio “(...) la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”.
2. Modificar los plazos para su determinación, ya sea aumentándolos a fin de que no se afecte el derecho a la negociación colectiva por el efecto que produce de la suspensión de esta, como la determinación que, si se supera la etapa administrativa y se entra a la judicial, tal proceso ya no suspende la negociación y lo resuelto quedará fijado para la próxima negociación. Esto último, porque estimamos que existen instituciones como la “reanudación de faenas” que salvaguardarían ese proceso en que no existan servicios mínimos fijados.
3. Determinación expresa en la legislación que la resolución del Director Nacional podrá ser revisada siempre judicialmente a fin de otorgar certeza a las partes.

4. Que la etapa de determinación de los “equipos de emergencia” que conforman los servicios mínimos sea negociada y no una simple imposición del empleador o determinación del Servicio.
5. De igual modo, urge una reestructuración en el departamento de servicios mínimos de la DT, compuesto por comité de expertos independientes que ponderen distintos intereses y no exclusivamente los técnicos, pues como se ha expresado, la huelga es un derecho fundamental y, como tal, requiere que se vele porque se otorguen las más amplias garantías para que pueda ser ejercido libremente por los trabajadores.

Entrevista a Don Pablo Bobic

1. Función de los servicios mínimo y su necesidad.

Los servicios mínimos son una limitación responsable del derecho a huelga, el que, pese a ser un derecho fundamental no es un derecho absoluto, y debe convivir con otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo. Y en nuestra regulación laboral vigente son especialmente necesarios, visto que se prohíbe todo tipo de reemplazo (interno o externo) de trabajadores durante la huelga.

Su función principal debiera ser evitar que un conflicto laboral genere daños colaterales para el resto de la sociedad, y en particular para los trabajadores no involucrados en la huelga, para los clientes, consumidores y proveedores involucrados con la empresa, y para ésta misma y su derecho de propiedad y de operar garantizados en la Constitución Política.

2. Sobre el proceso de calificación.

En relación a los servicios mínimos contemplados en la ley 20.940, su implementación ha sido y es, un proceso de aprendizaje tanto para los trabajadores como para las empresas, que no ha estado exento de tropiezos.

Una vez aprobado en el Congreso el texto de la ley 20.940, y pocos días antes de su publicación en el Diario Oficial la CPC invitó a su sede al Director Nacional del Trabajo, Sr. Cristian Melis, quien vino acompañado del Jefe del Departamento de Inspección de la Dirección del Trabajo, Sr. Jorge Guzmán. El objeto de la reunión fue conocer los puntos de vista y acciones que emprendería la Dirección del Trabajo para facilitar la implementación de la ley. En materia de servicios mínimos el Director del Trabajo señaló:

- Que la Dirección del Trabajo iba licitar y encargar la realización de 19 estudios destinados a definir servicios mínimos. Indicando que para definir los sectores la DT se consideraría el clasificador internacional de actividades.
- Que la Dirección del Trabajo había constituido una unidad de servicios mínimos, integrada por abogados e ingenieros.
- Que la Dirección del Trabajo estaba abierta a recibir insumos por parte de los gremios empresariales, que contribuyan a favorecer el conocimiento de las actividades desarrolladas por las empresas., y
- Que, a partir del primer mes de entrada en vigor de la ley, la Dirección del Trabajo iba a empezar a emitir dictámenes sobre las materias más relevantes de la ley, incluidos los servicios mínimos.

El 28 de octubre de 2016 la Dirección del Trabajo emitió su primer Dictamen sobre Servicios Mínimos ORD N° 5346/92, y con posterioridad ha emitido numerosos dictámenes sobre la materia.

La ley establece que cuando el sindicato y el empleador no llegan a acuerdo en la determinación de los servicios mínimos y/o en los trabajadores que prestaran los equipos de emergencia en caso de huelga, decide la Inspección del Trabajo. Sin embargo, la ley nada dice respecto a la posibilidad de apelar ante los tribunales de aquella decisión. A su vez, se desconocen los criterios que utilizan las Inspecciones del Trabajo para determinar qué se incluye y qué queda fuera del concepto de servicios mínimos y equipos de emergencia.

Por otra parte, debido a la gran cantidad de solicitudes de servicios mínimos, producto de la falta de acuerdo de las partes, y el escaso expertise técnico de la DT, muchas calificaciones de servicios mínimos tardan mucho en ser resueltas, generando insatisfacción tanto en los trabajadores como en los empleadores.

En la práctica esto ha conllevado a que varias empresas y sindicatos hayan judicializado las resoluciones de servicios mínimos emitidas por la DT, quedando expuestos a distintas interpretaciones judiciales, existiendo varios casos en que los tribunales han resuelto no tener competencia legal para resolver.

Esto implica otorgarle un poder excesivo a la Inspección del Trabajo, y no respeta el principio general de que todas las decisiones administrativas pueden ser apeladas ante los tribunales de justicia.

Al efecto consideramos, que se debiera establecer que en caso de desacuerdo con la resolución de la DT que establece los servicios mínimos o los equipos de emergencia, el empleador y/o el sindicato puedan ejercer el derecho de reclamación judicial de los actos de la administración, **estableciendo en la ley un procedimiento expreso al efecto.**

3. Sobre el proyecto.

El proyecto de ley del Ejecutivo Nacional que Moderniza la Dirección del Trabajo (Boletín N° 12827-13) contempla propuestas que podrían ayudar a la efectiva implementación de los servicios mínimos, en particular destacan:

- Que en caso de no haber acuerdo entre las partes y tratándose de una empresa que tenga 200 o más trabajadores, la calificación deba ser efectuada por un panel técnico de expertos, el cual estará bajo la supervigilancia del Director del Trabajo. Pudiendo también someterse a la determinación de dicho panel, las empresas que teniendo menos de 200 trabajadores lo acuerden con la mayoría absoluta de sus trabajadores sindicalizados.
- Que tanto el panel técnico de expertos como la Dirección del Trabajo, deban resolver los servicios mínimos y equipos de emergencia en el plazo de 45 días, y que la resolución que a estos efectos emitan, sea judicialmente reclamable a través del procedimiento monitorio.
- Y, que se distinga si los servicios mínimos afectan exclusivamente a un determinado establecimiento, planta, obra, faena o área de la empresa, o bien, son transversales a ésta. Estableciendo que, en el primer caso, se entenderá que hay acuerdo cuando la propuesta del empleador ha sido aprobada por el o los sindicatos que, en su conjunto, representen a la mayoría absoluta de los trabajadores que prestan servicios en el establecimiento, planta, obra, faena o área de la empresa correspondiente. Por su parte, tratándose de servicios mínimos transversales a la empresa, será necesario que el acuerdo de calificación se pacte con el o los sindicatos que representen a la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados.

4. Cambios legislativos a la regulación actual.

Considero importante para garantizar la sustentabilidad de las empresas y preservar adecuadamente el derecho al trabajo de los trabajadores no involucrados en la huelga, que durante la misma se permita, bajo el cumplimiento estricto de ciertas circunstancias, que las empresas puedan realizar reemplazos internos de trabajadores, tal como se permite en varios de los países de la OCDE.

Entrevista a Don Rodrigo Valdés

1. Función de los servicios mínimo y su necesidad.

En la ley 20.970, los servicios mínimos son parte de un paquete con sacar la posibilidad de reemplazo de trabajadores en la huelga del código, y por lo mismo son parte de equilibrio mas general. Yo esperaba, (en el proyecto de ley) que fuera algo más general que la simple definición de la OIT, esto no quedo explicito en la ley, pero en las discusiones era algo obvio. Esto tiene la lógica del punto de vista económico en la tensión entre las rentas y las cuasi rentas dentro de la empresa, las rentas son aquellas que si se le quitara a la empresa las decisiones empresariales son las mismas, seguirán produciendo lo mismo; sobre esas rentas es que se busca empoderar a los sindicatos, permitiendo mejores negociaciones y ejerciendo la huelga, se busca que se comporte esta renta. Pero una cuasi renta, es una renta solo en el corto plazo, es sobre esta cuasi renta que se genera el problema, porque si en una negociación el empleador negocia no solo sobre la renta sino también sobre la cuasi renta, es cuando se paga más de lo que se puede. Entonces siempre tenemos esta tensión de que si el sindicato va por mas de lo que debe hay un problema.

Además, existen casos donde un mercado laboral es muy competitivo, un trabajador puede moverse de empleador muy fácilmente y recibe una remuneración similar, pudiéndose generarse casos donde los trabajadores puedan ir a negociar la cuasi renta sin ningún riesgo por la facilidad de encontrar otro trabajo.

Entonces cuando damos a los sindicatos el poder de la huelga sin reemplazo debemos, a mi opinión, recortar los bordes a cuando se use mal esa fuerza, y yo he pensado siempre los servicios mínimos como una forma de resguardar que te quiten cuasi rentas. Los servicios mínimos siempre los he pensado como un sustituto más ordenado al reemplazo.

Creo que no ha funcionado los servicios mínimos porque primero nadie entiende para que son, no quedo muy claro en la ley. Segundo, no se les hace caso a los reguladores, hay muchas industrias en las cuales el regulador debería establecer los servicios mínimos

Me gustaría que los servicios mínimos se puedan negociar, que se llegue a un punto a donde se establezca con anticipación a la negociación el poder que cada parte tendrá al momento de la negociación, es muy distinto a lo que establece la OIT que busca una protección de la sociedad y en algunos casos una protección a los activos de la empresa. Porque la negociación se produce porque hay una renta a repartir y se debe repartir con cierta asignación de poder, un daño recíproco, en el caso del trabajador el sabe su daño, el no recibir su remuneración, pero no

2. Cambios legislativos a la regulación actual.

La dirección del trabajo debe seguir con la facultad de calificar los servicios mínimos, pero esta debe colegiada. Pero en algunos casos específicos la Dirección del Trabajo debe conversar con los entes supervisores para establecer los servicios mínimos, como por ejemplo el rubro de los bancos.

Debe hacerse estudios de los servicios mínimos por sector productivo de tal forma de hacer reglas generales para todas las empresas en ese sector productivo.

Debe poder considerarse los servicios mínimos en sectores importantes en el funcionamiento de toda la empresa, por ejemplo, la bodega de una empresa, si se produce la huelga de ese sector significa que se debe paralizar toda la empresa. Se debe proteger el derecho a trabajar de los trabajadores que no están en huelga por lo tanto se debe poder establecer servicios mínimos en estos sectores de la empresa que son estratégicos.

Conclusiones

La huelga, uno de los pilares de la libertad sindical, constituye un medio del que disponen los trabajadores para promover y defender sus intereses, y es de suma importancia que su ejercicio cuente con una adecuada protección para que los trabajadores tengan la oportunidad de negociar en igualdad de condiciones con su empleador. Todo esto con el fin de promover una mayor justicia social.

No obstante, lo anterior, el ejercicio del derecho a huelga no puede ser absoluto e ilimitado, debido a que colisiona con derechos fundamentales de terceros, ajenos a la relación laboral, ósea todos nosotros. Debido a esto, el ejercicio de la huelga puede ser limitado o, inclusive, prohibido, pero estas medidas deben ser interpretadas de forma restrictiva, en este sentido se ha manifestado el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

Una razón para limitar o prohibir el derecho a huelga son los servicios esenciales, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Una de las formas de proteger a los servicios esenciales es establecer que por parte de los trabajadores y durante la huelga, deberá continuar ejecutándose un mínimo de estas actividades, estos son los denominados servicios mínimos.

No hay que perder de vista que aunque los servicios mínimos son la forma mas usada, junto con la prohibición del ejercicio de la huelga para asegurar los servicios esenciales, existen otras formas o medidas como lo son exigencia de un previo aviso, publicidad de la huelga a los usuarios, exigencia de convocatoria sindical, conciliación obligatoria previa, prohibición de las modalidades de huelga más dañina, entre otras. Estas medidas, no deben ser impuestas de forma a priori, primero se debe analizar la necesidad de establecer una medida en el caso particular, y llegándose a la conclusión de que sea necesaria, ver que medida es la más adecuada para conciliar el derecho a huelga y derecho del usuario del sistema.

Además, se debe considerar que, en los ordenamientos jurídicos de los países, e independiente de la técnica de conceptualización, se observa una tendencia de proteger derechos de terceros a través de la imposición de servicios esenciales, en casos más allá

del concepto estricto dado por la OIT. Asimismo, se puede ver que los ordenamientos jurídicos establecen un ámbito de prohibición de huelga y este coincide con el sentido estricto de los servicios esenciales.

También podemos observar que los ordenamientos jurídicos anta la colisión del ejercicio del derecho fundamental de la huelga y otros derechos constitucionalmente protegidos de terceros, han optado por una de las siguientes opciones para dar respuesta al problema: a) fijar a priori el derecho que ganara ante un eventual conflicto; b) fijar la prioridad de los derechos en caso de conflicto; y c) buscar mecanismos de conciliación para buscar una mecanismo donde los dos derechos puedan ser ejercidos, aunque limitadamente.

En atención a lo expuesto a lo largo de este trabajo podemos concluir lo siguiente:

En primer lugar, la legislación nacional no cuenta con una definición ni regulación de los servicios esenciales, sino sólo trata los servicios mínimos y establece casos en los cuales la huelga está prohibida, las empresas consideradas estratégicas. Esta técnica legislativa ha generado que en el centro del procedimiento para delimitar los servicios mínimos se encuentren los intereses particulares de las partes en conflicto, y no la protección de los derechos fundamentales de los terceros ajenos, desnaturalizando la función que debería realizar la institución de los servicios esenciales.

En segundo lugar, el papel que le ha otorgado la legislación a la Inspección del Trabajo y a la Dirección del Trabajo, en relación a la calificación de los servicios mínimos, ha sido inmenso, provocando que el procedimiento sea más extenso de que lo prudentemente debería, debido a la naturaleza del conflicto colectivo. Lo anterior también ha llevado a que se den grandes márgenes de discrecionalidad a la autoridad administrativa. Estos inconvenientes han sido una carga pesada y de descontento para los actores del conflicto, así lo podemos observar en las respuestas de las entrevistas, de Don Pablo Bobic y del equipo de presidencia de la CUT, presidido por Doña Barbara Figueroa.

En tercer lugar, en relación a los cambios propuestos a través de proyecto de ley a los servicios mínimos, observamos cómo se amplía la definición de que puede ser un servicio mínimo, generando como contra efecto una disminución en el ejercicio efectivo de la huelga. Y más, una ampliación con instituciones jurídicas indeterminadas como son por ejemplo los *bienes incorporales de la empresa*, introduciendo en el sistema una mayor incertidumbre jurídica y dándole un mayor margen a la institución que califique a los servicios mínimos.

En este sentido, la reforma propone la creación de los comités técnicos de expertos que califican en ciertos casos, en su mayoría, los servicios mínimos. Esta decisión creemos que es errada debido a que la discusión sobre si procede o no los servicios mínimos en el ejercicio de una huelga no debe estar centrada en los aspectos técnicos de la empresa sino en la discusión de cómo la huelga afecta a los derechos fundamentales de los terceros ajenos a la huelga, y vemos en el proyecto que el comité es un órgano, que debido a su composición, se entiende que centrará la discusión en los aspectos técnicos de la huelga en relación a la empresa, y por las razones que presentamos consideramos que no es lo apropiado.

Además, el proyecto de reforma de ley buscar permitir los acuerdo de servicios mínimos por sector, faena o establecimiento, desnaturalizando completamente la función de los servicios mínimos, pudiendo acordar con solo un sindicato, esto, a juicio de los autores, está desincentivando la afiliación de los trabajadores a los sindicatos que no representen esa mayoría (cuando realicen esas funciones, ya que tendrían menos interés en afiliarse a un sindicato que no tenga voz ni voto en la declaración de los servicios mínimos relacionados a su área)

En razón de todo lo concluido, proponemos lo siguiente:

- Debe incorporarse a la legislación una definición de *servicios esenciales*, creemos que la técnica jurídica de la *cláusula general* es una técnica debido a la historia jurídica de nuestro ordenamiento, y que la definición surja de un *acuerdo tripartito*, las confederaciones de Trabajadores, las confederaciones de empleadores y el Estado. Esta definición debe construirse con relación a la protección de los derechos fundamentales de los terceros ajenos a las huelgas y teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical.
- Que la definición debe responder a una acepción estricta del concepto de *servicios esenciales*, debido a que esta es la mas respetuosa con el carácter de derecho fundamental de la huelga.

- Una vez establecido los servicios esenciales debe explorarse *todas las formas posibles* para poder asegurarlos y no necesariamente establecer una relación de objeto causa entre servicio esencial y servicio mínimo.
- La calificación de servicios mínimos en casos específicos, de ser necesaria, debe ser una función de la *Dirección del Trabajo*, debido a que este órgano asegura una imparcialidad, experticia y se puede centrar la discusión, de forma natural, en la colisión del ejercicio de la huelga con los derechos de terceros ajenos.
- Y debe existir *la posibilidad de revisión de la decisión administrativa* por parte de los *Tribunales de Justicia* en lo laboral, esto debido a un principio básico de justicia que es la revisión de las decisiones emanadas de los Órganos del Estado. Y en razón a la necesidad de resolución en breve tiempo, pero siendo imprescindible la discusión entre las partes interesadas es que consideramos que el *procedimiento monitorio*, contemplado en el código laboral, es el adecuado. Y en razón de la necesaria prontitud de respuesta, *contra esta resolución judicial no deberá proceder recurso alguno*.

Por último, queremos aclarar que esta memoria tiene como finalidad aportar al ejercicio del derecho a huelga, y que, aunque parezca contraintuitivo por tratarse este trabajo de una institución que limita la huelga, desde nuestra perspectiva el discutir los límites y en específico los medios que se usan para limitarla es que podemos establecer un mayor campo de libertad para el ejercicio del derecho a huelga. Porque, si bien es cierto que la huelga es un derecho fundamental, que no es absoluto, no es más cierto que tampoco lo es el derecho de terceros que no le afecte la huelga, debido a que esto no es un problema de privados contra el bien común de la sociedad, ya que el correcto y libre ejercicio del derecho a huelga responde a un interés de la sociedad completa, puesto que a través de la negociación colectiva y de su arma clave, la huelga, es que se lucha por la reivindicaciones y demandas de los trabajadores, y en última instancia por la desigualdad existente en nuestra sociedad.

Bibliografía

- AZÓCAR, R. y CRUZ, Á. 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 de la Seguridad Social* 6 (12): 140-161, 2015.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. *Apuntes sobre la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2º Edición, 1996.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "La Constitución de 1980 y la Libertad Sindical". *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2000.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El Derecho de huelga en la Constitución chilena. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100005#n82>.
- IRURETA URIARTE, Pedro. *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena*. Colección Investigaciones Jurídicas (6). Universidad Alberto Hurtado, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile". *Ius et Praxis* 6 (2): 227-279. Universidad de Talca, 2000.
- TRIBUZIO, José E. *La huelga en los servicios esenciales*. [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>>.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XIII. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- VARAS Marchant, Karla. *Derecho a Huelga: los límites derivados de la protección de terceros*. Santiago, Der Ediciones, 2019.
- Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición, 2006.
- Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, cuarta edición, 1996.

Dictámenes Dirección del Trabajo

- Dictamen N° 3896/32, 26 de julio de 2018, Antofagasta.
- Dictamen N° 608/12, 31 de enero de 2018, Valparaíso.
- Dictamen N°5346/0092, 28 de octubre de 2016, Santiago.
- Dictamen N°3914/100, 24 de agosto de 2017, Santiago.
- Dictamen N°5.067/116, 26 de octubre de 2017, Santiago.
- Dictamen N°1287/23, 09 de marzo de 2018, Santiago.
- Ordinario N° 3198, 31 de julio de 2017, Santiago.

Jurisprudencia Judicial

- Corte Suprema, rol N°832-2018 de 18 de abril de 2018
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2783-2017 de 12 de enero de 2018
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 64-2018 de 13 de marzo de 2018
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2522-2017 de 23 de marzo de 2018
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol n°2582-2018 del 12 de febrero de 2019
- Tribunal Constitucional, rol N°4136-17 de 27 de marzo de 2019