

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Negociación colectiva del sector público en Chile

Yenny PINTO SARMIENTO*

RESUMEN: El presente artículo expone de modo sucinto, la regulación y negativa del derecho de negociación colectiva y huelga de los trabajadores del sector público, incluyendo la normativa recientemente aprobada en Chile, como instrumentos internacionales, fundamentalmente de la OIT. Además se analiza la actual consagración del derecho a huelga en el Derecho chileno, tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo, la vía doctrinaria para estimar que su naturaleza es la de un derecho fundamental y su regulación y moderación a través de los servicios mínimos. Y un breve análisis a los problemas de los derechos mínimos en la reciente ley n. 20.940.

Palabras clave: Derecho fundamental, derecho de huelga, servicios mínimos.

SUMARIO: 1. Antecedentes preliminares: negociación colectiva en Chile. 2. Regulación del derecho colectivo del sector público. 3. Convenio núm. 151 de la Organización Internacional del Trabajo: su contradicción con el ordenamiento chileno. 4. La huelga de los servicios esenciales. 4.1. La huelga como derecho fundamental. 4.2. La huelga como derecho fundamental. 5. Bibliografía.

* Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica del Norte, Magíster y Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad de Deusto. Correo electrónico: ypinto@ucn.cl.

Collective bargaining in the public sector in Chile

ABSTRACT: This paper presents succinctly develops, the regulation and the denial of the right to collective bargaining and to strike of the civil servants workers, including on the recently regulations approved in Chile, and international instruments, primarily ILO standards. In addition the current recognition of the right to strike is discussed in Chilean law, both at the Constitution and the Labour Law Code, the doctrine way to estimate that its nature is a fundamental right and its regulation and moderation through minimum services. And a brief analysis of the problems of the minimum rights in recent Law No. 20,940.

Key Words: Fundamental right, the right to strike, minimum services.

1. Antecedentes preliminares: negociación colectiva en Chile

En nuestro país la negociación colectiva se encuentra regulada en el libro IV del Código del Trabajo y como señala Caamaño “su contenido medular sigue correspondiendo al diseño impuesto por el Plan Laboral de 1978, concretado normativamente en el Decreto Ley (DL) n. 2.758. Esta normativa obedeció al interés de Régimen Militar de implementar un marco regulador del ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que estuviera en concordancia y al servicio de un nuevo modelo económico de corte neoliberal, abierto al comercio internacional y en el que se promovían como verdaderos ejes centrales de su funcionamiento el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras que dificultaran o encarecieran la libre iniciativa privada en materia económica”¹.

Por esta razón, en Chile, nos encontramos con un ámbito de libertad sindical bastante limitado, sobre todo en lo que dice relación con la negociación colectiva, puesto que una de las principales características del neoliberalismo es su radical individualismo, lo que se tradujo en la reducción de la negociación colectiva al ámbito exclusivo de la empresa, prohibiendo la negociación a un nivel fuera de ella. Se privilegió la negociación individual por sobre la colectiva, llegando a extremos de favorecer las negociaciones sin la intervención de sindicatos y sin mecanismos de igualación de poderes como el fuero y la huelga².

2. Regulación del derecho colectivo del sector público

Tradicionalmente el Derecho del Trabajo ha sido aplicado a los empleadores y trabajadores del sector privado, siendo excluido expresamente de su ámbito de aplicación los trabajadores del sector público, y como señala el artículo 1 inciso 2º del Código del Trabajo, siempre que éstos se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial, que en el caso de nuestro país corresponde al estatuto administrativo. Sin embargo, con el pasar de los años, esto ha ido cambiando, ya que se han ido acrecentando los países que asimilan a los funcionarios públicos a los trabajadores del sector privado, llevando incluso a desaparecer la brecha

¹ Caamaño Rojo, E., “El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008.

² Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, pp. 257-258.

de separación que existía entre ambos sectores, producto del arribo de instituciones propias del Derecho del trabajo al campo de la Administración Pública³. Nuestro Código del Trabajo, en el mismo artículo 1 inciso tercero, establece la supletoriedad de este código al régimen jurídico de función pública, al señalar que: “*los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos*”⁴, lo que de acuerdo a Varas Marchant forma parte del proceso de laboralización de este sector⁵.

Este fenómeno de expansión del Derecho laboral ha permitido que paulatinamente vaya ampliando su ámbito de protección a favor de los trabajadores del sector público. Particularmente tratándose de la negociación colectiva, la incipiente regulación llega amparada por una situación de hecho, es decir, a través de negociaciones colectivas de facto⁶. A pesar de lo anterior, debemos considerar que en nuestro ordenamiento la negociación colectiva de los funcionarios públicos se encuentra expresamente prohibida: la negociación colectiva, de acuerdo a lo establecido en el artículo 304 del Código del Trabajo, podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación. Sin embargo, en los siguientes incisos prescribe quienes se encuentran excluidos del ejercicio de este derecho, específicamente, en el inciso tercero, que incluye a las empresas o

³ Gamonal Contreras, S., “Derecho Colectivo del Trabajo en el Sector Público”, *Revista Laboral Chilena*, 1998. En el mismo sentido Varas Marchant, K., “El Código del Trabajo y la función pública: Análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. III, 2013.

⁴ Lo que ha sido reconocido reiteradamente por la Corte Suprema, como en la sentencia de unificación de jurisprudencia Rol N° 11584-2014, donde señala que si: “*se trata de una persona natural que no se encuentra sometida a estatuto especial, sea porque no ingresó a prestar servicios en la forma que dicha normativa especial prevé, o porque tampoco lo hizo en las condiciones que esa normativa establece inconcuso resulta que la disyuntiva se orienta hacia la aplicación del Código del Trabajo o del Código Civil (...)*” y continúa añadiendo “*correspondiendo subsumirlas en la normativa del Código del trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones(...)*”.

⁵ Estos trabajadores se sujetarán a las normas del Código, siempre que reúnan las siguientes exigencias: a) Que exista una omisión de regulación o vacío legal, es decir, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias podrían ser aplicables respecto de materias o aspectos no regulados en los estatutos de los trabajadores del sector público; y b) Que exista una compatibilidad de regímenes, es decir, que las materias que resulten aplicables en razón del vacío legal existente en sus estatutos, no sean contrarios a estos últimos. (Varas, 2013, p. 4).

⁶ Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, en *Revista Laboral Chilena*, 1999.

instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.

Además de lo anteriormente expuesto, la Ley n. 19.296 de 1994, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, reconoce el derecho de formar sindicatos o asociaciones de funcionarios, los que no pueden negociar colectivamente o recurrir a huelga⁷. Por su parte, la Constitución Política de la República prohíbe expresamente en su artículo 19 número 16 inciso final la huelga en los funcionarios del Estado y municipalidades, además de las personas que trabajan 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. En el mismo sentido, la ley n. 12.927, sobre Seguridad del Estado, contempla, en sus artículos 11 y 12 penas corporales y multas a los responsables de toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales⁸.

Las disposiciones antes indicadas encuentran fundamento en una clara corriente dogmática, que entiende que no es posible admitir la negociación colectiva entre los funcionarios públicos. Se señalan una serie de argumentos. Siguiendo a Gamonal, pueden anotarse, entre otros, los siguientes:

- Los salarios de los funcionarios públicos son materia de ley de presupuestos, por lo que requiere de la aprobación del poder legislativo, y que el empleador de estos funcionarios es el poder ejecutivo, lo que dificultaría una negociación colectiva.
- Además, se argumenta que las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos son reguladas por ley y por actos unilaterales del ente público, conformándose no una relación contractual sino una relación estatutaria, lo que excluye la posibilidad de negociar colectivamente y de establecer instancias administrativas del personal.
- Y se señala que es impensable esta negociación por ser impensable la

⁷ Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 694.

⁸ Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *op. cit.*, p. 83.

utilización de mecanismos de autotutela como la huelga, por existir intereses públicos involucrados en la labor de estos funcionarios⁹. Sin embargo, como lo mencionamos, en la práctica hemos observado innumerables negociaciones colectivas informales, que de acuerdo al profesor Gamonal podríamos encuadrarse como una negociación colectiva atípica¹⁰. Dichas negociaciones terminan además con la forma de acuerdos y protocolos que a veces son verdaderos contratos colectivos¹¹. En este sentido ha afirmado Toledo Corsi al señalar que “respecto de las huelgas del sector público, la experiencia indica la ineficacia de la prohibición constitucional. Pero la situación no se encuentra exenta de complejidades. La falta de reconocimiento como derecho condiciona el no haberse desarrollado restricciones en caso de servicios esenciales o mínimos, dejando a los propios actores involucrados la decisión. La misma circunstancia condiciona ya no sólo la persistente amenaza de aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado por parte de la Administración, sino la amenaza de descuentos a las remuneraciones de los funcionarios públicos que participen de ella”¹². Así lo pudimos observar, por ejemplo, el año 2010 con la paralización de un grupo de trabajadores del Servicio de Impuestos Internos, donde la dirección de dicha institución procedió a deducir de las remuneraciones de los funcionarios el tiempo durante el cual no se hubiese efectivamente trabajado¹³.

El carácter de atípico de esta negociación colectiva, de acuerdo al profesor Walker Linares y Arellano Ortiz, se debe a los siguientes factores:

- Que al existir asociaciones de funcionarios públicos poderosas, éstas se “saltan” todos los conductos legales y negocian directamente con las autoridades, a veces por servicio público, a veces por rama de actividad y en ocasiones iniciando el proceso con una huelga absolutamente ilegal;

⁹ Gamonal Contreras, S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. 300-305.

¹⁰ La contratación colectiva atípica forma parte de los cambios producidos en el accionar de los sujetos colectivos, debido a los rápidos avances en los procesos productivos o por la existencia de un marco legal muy restrictivo o demasiado teórico o engorroso, que imposibilita una negociación fluida y eficaz. El profesor cree que en el caso de Chile sería consecuencia de un marco legal especialmente restrictivo de la autonomía colectiva. Véase también, Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *op. cit.*, p. 83.

¹¹ Véase www.fenaminsa.cl.

¹² Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, *op. cit.*, p. 288.

¹³ Muñoz León, F., “Anef con SII: ¿Libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?”, *Ius et Praxis*, vol. 17 n. 2, 2011.

- Este procedimiento ha sido en la práctica aceptado por las autoridades, dando lugar a modificaciones legales y a acuerdos sobre remuneraciones y condiciones de trabajo en distintos niveles, que poseen el carácter de convenios colectivos sui generis¹⁴.

3. Convenio núm. 151 de la Organización Internacional del Trabajo: su contradicción con el ordenamiento chileno

Aún cuando, como hemos analizado, existe prohibición expresa de negociar colectivamente para los funcionarios públicos, el año 2000 Chile aprobó el Convenio núm. 151, de la OIT, de 1978, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Este convenio recoge el contenido esencial de las disposiciones del Convenio núm. 98 sobre la protección contra la discriminación antisindical (artículo 4) al señalar que: *“Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo, dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

- a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;*
- b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.*

En relación a los actos de injerencia el artículo 5 dispone que: *“las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas, además de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración”.* Añadiendo que: *“se consideran actos de injerencia los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública”.*

Aunque para el objeto de nuestro estudio, resulta de relevancia el artículo 7 de dicho convenio que dispone que: *“deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de*

¹⁴ Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, op. cit., p. 695.

empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones". La norma en análisis retoma lo establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, con la diferencia de la posibilidad de los funcionarios públicos de recurrir a otros métodos distintos de la negociación colectiva.

Como se aprecia, la Conferencia Internacional del Trabajo permite ampliar los derechos reconocidos por el Convenio núm. 98 a los empleados públicos, otorgándoles oficialmente el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de empleo, cuya negociación colectiva se menciona como una de las modalidades posibles. Además, debemos tener en cuenta que podrán contemplarse otros métodos que permitan a los empleados participar en la determinación de dichas condiciones, debiendo adoptarse, en caso que sea necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos. La solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá lograr mediante negociación entre las partes o procedimientos independientes e imparciales, como la mediación, conciliación y arbitraje.

En relación con el ámbito de aplicación del Convenio núm. 151, el artículo 1 establece que: *"Deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo"*. Además añade que: *"la legislación nacional deberá determinar hasta que punto las garantías previstas en el presente convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial"*¹⁵. Una vez

¹⁵ En 1978, la Comisión del Servicio Público precisó que dicha frase debía entenderse en el sentido de que no permitía la exclusión de personas cuyas funciones de dirección eran accesorias o constituían únicamente una parte poco importante de sus tareas habituales y que pretendía aportar un cierto grado de flexibilidad, dejando al criterio de los gobiernos el decidir la medida en la que los instrumentos propuestos se aplicarían a un número limitado de dichos empleados de alto nivel y empleados cuyas obligaciones tuvieran una naturaleza altamente confidencial. A este respecto, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical tuvieron que pronunciarse sobre legislaciones o prácticas nacionales que, debido a definiciones demasiado amplias en la categoría de "empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos", y "empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial", o al recurso demasiado frecuente a la calificación de puestos de empleados públicos de esta categoría, ponían trabas en la práctica a los derechos sindicales; tales disposiciones o prácticas, combinadas en ocasiones con el

analizado lo anterior podemos afirmar, como además lo señala el profesor Gamonal, que el presente convenio considera la visión triangular del derecho colectivo, o sea sus elementos esenciales sindicato, negociación colectiva y huelga: la falta de alguno de estos elementos desconfigura el sistema¹⁶.

Todo ello es perfectamente coherente con una de las principales misiones de la OIT, de promover la negociación colectiva en el mundo entero, como estableció en 1944 en la Declaración de Filadelfia, que forma parte integrante de la Constitución de la OIT y en la que se reconoce: *“la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr... el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”*¹⁷.

Por su parte, el ejercicio del derecho de huelga forma parte de los derechos sindicales, reconocidos dentro de los derechos de libertad sindical y por tanto, dentro de la categoría de derechos humanos y libertades públicas fundamentales, siendo garantizada a nivel internacional, no sólo en los convenios de la OIT, sino además, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 11), la Carta Social Europea (art. 5), y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 12)¹⁸.

Como podemos observar, existe una incongruencia entre las tendencias internacionales y lo señalado en el convenio núm. 151 ratificado por nuestro país y nuestra normativa interna. A ello súmese, como se ha advertido, la cantidad de este tipo de negociaciones surgidas al margen de la ley. El problema, por cierto, tiene un carácter más profundo. Se trata de averiguar si el derecho a huelga constituye un derecho social, si ese derecho social puede ser reconocido a favor de los trabajadores, públicos

requisito de un número mínimo relativamente elevado de miembros para constituir un sindicato, pueden incluso, en la práctica, suponer actos de injerencia en los asuntos sindicales, impedir la constitución de sindicatos y, por consiguiente, violar gravemente los derechos sindicales de los empleados públicos interesados. Es por esto, que la Comisión de expertos considera que la noción de confidencialidad debe interpretarse en forma restrictiva; de igual modo, la calificación de las tareas como tareas de dirección o que conllevan poder decisorio debe limitarse tanto como sea posible.

¹⁶ Esta visión triangular es prácticamente unánime en doctrina, en el sentido que la libertad sindical no puede ser semántica o meramente organizativa, caso en el cual sería indistinguible del derecho de asociación (Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, en *RDUCN*, vol. 20, n. 1, 2013).

¹⁷ La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir, Conferencia Internacional del Trabajo 102ª reunión, 2013, p. 77-94.

¹⁸ Padilla Ruiz, P., “La huelga en los servicios esenciales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2010.

o privados y cuál sería el camino para regular el referido derecho a huelga. Al margen de la cuestión de *lege ferenda* del texto constitucional que supone el problema, en el apartado siguiente analizaremos una vía de reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores del sector público, a partir del concepto de servicios esenciales¹⁹.

4. La huelga de los servicios esenciales

4.1. La huelga como derecho fundamental

Como señalábamos anteriormente, una de las críticas que surgen frente a la existencia de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público es el problema que se origina cuando hay intereses públicos involucrados, y esto surge cuando se trata de trabajadores que prestan servicios esenciales para la comunidad, toda vez que podría surgir el conflicto entre diversos derechos fundamentales. Sin embargo, antes de afirmar que existe tal conflicto debemos determinar si la huelga es o no un derecho fundamental, esto porque la Constitución Política de la República reconoce expresamente en el artículo 19 n. 19 la libertad sindical, pero no establece en forma expresa el derecho de huelga²⁰, sino más bien lo que

¹⁹ Es evidente que el problema que tratamos tiene relación con el denominado estado social de Derecho, sobre su recepción en la constitución chilena de 1980 y sobre el debate constitucional. No podemos detenernos en esta cuestión, que excede los límites de nuestro estudio. Para su análisis, remitimos a los esfuerzos de Enzo Solari. Véase Solari Alliende, E., “Para un concepto del Estado social de Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 42, 1997 y Solari Alliende, E., “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n. 2-3, 1993.

²⁰ Nuestra carta fundamental si bien no reconoce la huelga como derecho fundamental, como señala el informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014 que “establece la huelga desde una óptica negativa, limitándose a explicitar los casos en que se encuentra prohibida. Por su parte, la ley se refiere a la huelga como una etapa final, pero eventual, de un tipo específico de negociación colectiva (la de carácter reglado), antes que como un derecho de los trabajadores. Esta regulación es heredera de la contenida en el DL 2.758 DE 1979, inserta en el denominado Plan Laboral, normativa que pretendió regular la huelga de acuerdo al libre mercado, esto es, reconociéndole al empleador el derecho a actuar, durante la huelga, con la plenitud de sus facultades, incluido el derecho a contratar rompehuelgas. El matiz de diferencia se encuentra en que, a partir de la reforma introducida por la Ley 19.069 de 1991, se encareció la contratación de rompehuelgas desde el primer día de la huelga por medio de la exigencia de una oferta mínima (piso del instrumento colectivo vigente más reajustabilidad en base a IPC), más el ofrecimiento de 4 UF por cada trabajador reemplazante utilizado. Diez años más tarde, se precisó que este aumento del costo estaba asociado a que no se cumpliera con los requisitos legales al a de los huelguistas (artículo 381) y no simplemente a la contratación de trabajadores

hace nuestra Carta fundamental en su artículo 19 n. 16 inciso final es establecer la prohibición ya analizada respecto de los funcionarios del Estado. Como consecuencia de la mentada regulación, han surgido cuatro posturas distintas:

1) Tesis restrictiva: Se sostiene por los defensores de esta tesis que el derecho de huelga no estaría contemplado en la Constitución, sino más bien su regulación quedaría entregada al legislador como un derecho de jerarquía legal. Esta postura es criticada por Gamonal, que la califica de inadmisibles, al señalar que al considerar en forma sistemática todo el texto constitucional, en especial los artículos 19 números 19° y 5°, inciso segundo. En concepto de Gamonal, la Constitución no puede interpretarse en forma exegética, sin concordancias con el resto de su normativa, además, agrega, la opinión no estaría conforme con el avance de los derechos humanos y el constitucionalismo occidental en los últimos 100 años.

2) Tesis del derecho implícito: De acuerdo a los defensores de esta tesis, la huelga se encontraría reconocida tácitamente en la Constitución, ya que menciona sólo los casos que se encuentra prohibida, por lo tanto, en los casos no mencionados sería un derecho. De acuerdo a lo señalado por Gamonal, deducir derechos fundamentales con el aforismo “*a contrario sensu*” no es pertinente, a menos que la redacción fuere de tal forma concluyente que pudiera operar este raciocinio.

3) Tesis del bloque de constitucionalidad: Para los defensores de esta tesis la huelga sí estaría contemplada por el juego del artículo 5° inciso segundo de la Constitución²¹, en relación a los tratados internacionales de derechos humanos que sí la consagran, como el Convenio 87 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, añade Gamonal que en nuestro derecho se ha enfatizado que los derechos humanos adquieren con el mencionado artículo 5° dos formas de institucionalización: por medio de la propia norma constitucional y a

durante la huelga, modificación a la que, con el tiempo, la jurisprudencia dominante de los tribunales ha restado valor”. Y continúa señalando que “De esta manera, la ley, en vez de reconocer de modo efectivo el derecho de huelga, lo restringe y acota sus efectos según el grado de cumplimiento de ciertos requisitos. Y lo hace, paradójicamente, no desde la óptica de sus titulares y buscando que produzca sus efectos, sino desde el derecho del empleador a inhibir los mismos”. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf.

²¹ Este artículo prescribe 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 los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”.

través de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que el precepto permite incorporar derechos humanos no incorporados en la Carta Fundamental.

4) Tesis dogmática: Para esta postura, el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical y, por ende, la pregunta a contestar es si la Constitución consagra la libertad sindical. Por lo tanto, la discusión se traslada al artículo 19 n. 19, que establece inequívocamente la libertad sindical, haciendo referencia expresa en su párrafo tercero a la autonomía colectiva o sindical como derecho constitucional.

A juicio de Gamonal, a quien nos adherimos, las dos últimas tesis parecieran ser las correctas, pero debiendo ser integradas en una perspectiva unitaria. Lo que nos permite concluir que la huelga sería un derecho fundamental, ya que la vigencia de varios instrumentos internacionales permite que existan ciertos elementos de confluencia, aún cuando en la práctica queden muchas veces desvirtuados²².

No obstante, a nuestro juicio la huelga debiese incorporarse en forma expresa en nuestra Carta fundamental, como ha ocurrido en otros países, como el caso de la Constitución Española, que en su artículo 28.2 señala que: “*se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*”, otorgándole el máximo rango como derecho constitucional fundamental²³. Además, debemos mencionar que el Comité de Libertad Sindical ha convertido casi en una cláusula de estilo la expresión que “*el derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio n. 87*”, sin mencionar que el criterio del presente Comité ha sido que la huelga sólo puede prohibirse en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, y que en los casos que se establece una legítima prohibición, esta misma debe ir acompañada de un mecanismo de arbitraje independiente, y de lo contrario, una legislación específica que pone fin de manera unilateral a la huelga vulnera gravemente la libertad sindical. De este modo, una prohibición general de una huelga, vulneraría el derecho fundamental,²⁴ que es lo que sucede precisamente en nuestro país.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es la concepción amplia que ha recogido la OIT que se manifiesta en:

a) El reconocimiento del derecho de huelga como un derecho de finalidad

²² Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, *op. cit.*, pp. 6-9.

²³ Monereo Pérez, J.L., “Huelgas generales: fundamento, legitimidad y dinámica de tutela. Reflexiones iuslaborales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010.

²⁴ Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *REDT*, n. 156, 2012.

múltiple, pudiendo ejercerse para reivindicar intereses de índole laboral, de naturaleza sindical y políticos. Llegando incluso a reconocer que la huelga puede ser ejercida en apoyo de reivindicaciones de derechos de terceros, legitimando las huelgas de solidaridad.

b) La aceptación de diversas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, sin reducirlo, como ocurre en nuestro país, a la abstención colectiva del trabajo.

c) La exigencia de los procedimientos legales que se establezcan para declarar una huelga sean razonables, sencillos y rápidos, para así evitar que se transformen en obstáculos al efectivo ejercicio del derecho de huelga.

d) La admisibilidad del recurso al arbitraje obligatorio solo cuando ha solicitado por las dos partes implicadas en el conflicto o en aquellos casos en que la huelga pueda ser limitada, esto es, en los casos de conflictos en la Administración Pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término.

e) El reconocimiento del derecho de huelga en la función pública, admitiéndose la posibilidad de limitación o restricción sólo respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, y en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o cuando la interrupción de los servicios que prestan pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.

f) La existencia de un criterio restrictivo para los efectos de prohibir la huelga, siendo el principio determinante la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población.

g) La configuración de una concepción estricta del término servicios esenciales, esto es, aquellos cuya interrupción puedan poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

h) La posibilidad de exigir un servicio mínimo de funcionamiento solo en caso de huelga en servicios de utilidad pública o en los servicios públicos de importancia trascendental, debiendo participar en la determinación de este servicio mínimo tanto los empleadores como las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.

i) En los casos donde se admite la prohibición o limitación del derecho de huelga – función pública y servicios esenciales –, deben establecerse medidas compensatorias a favor de los trabajadores que les garanticen una protección adecuada de sus intereses, como, por ejemplo, el establecimiento de procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos, donde los interesados puedan participar en todas sus etapas.

- j) La prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, por constituir una grave violación de libertad sindical.
- k) El reconocimiento del principio de que nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima.
- l) El reconocimiento de que los despidos de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituyen una discriminación grave en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 98²⁵.

4.2. La huelga como derecho fundamental

Actualmente en Chile se acaba de promulgar la ley n. 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales²⁶. En la materia que nos interesa, la reforma introduce un capítulo VII, titulado “Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga”, el que analizaremos someramente en los párrafos siguientes.

La ley define los servicios mínimos y equipos de emergencia. Dos disposiciones son relevantes en esta materia, insertas en el proyecto. Nos referimos a los artículos 359 y 360. De acuerdo al artículo 359²⁷, los servicios mínimos deben proveerse para tres fines: a) proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y, b) atender, en su caso, las

²⁵ Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf.

²⁶ Publicada en el Diario oficial el 8 de septiembre de 2016.

²⁷ La disposición reza: “*Servicios mínimos y equipos de emergencia. Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena. El personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado. Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados. En el caso que el sindicato no provea el equipo de emergencia, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento. Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente un número distinto*”.

necesidades básicas de la población, incluidas las relaciones con la vida, la seguridad o la salud de las personas; c) o para prevenir daños ambientales o sanitarios. La norma establece que dichos servicios deben proveerse por la comisión negociadora sindical y se establece como obligación. En caso de no prestación, el empleador puede adoptar por sí solo las medidas necesarias, informando de ellos a la Inspección del Trabajo.

La calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, se regula en el artículo 360²⁸. La norma regula un engorroso y complejo sistema de calificación. Comienza con una propuesta del propio

²⁸ “Calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia. Los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva. La calificación deberá identificar los servicios mínimos de la empresa, así como el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia. El empleador deberá proponer por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, con una anticipación de, a lo menos, ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia para la empresa, remitiendo copia de la propuesta a la Inspección del Trabajo. En el caso de haber más de un instrumento colectivo vigente en la empresa, los referidos ciento ochenta días se considerarán respecto del instrumento colectivo más próximo a vencer. En caso que no exista sindicato en la empresa, el empleador deberá formular su propuesta dentro de los quince días siguientes a la comunicación de la constitución del sindicato efectuada de conformidad al artículo 225 de este Código, plazo durante el cual no se podrá iniciar la negociación colectiva. Habiéndose formulado el requerimiento por parte del empleador, tampoco se podrá iniciar la negociación colectiva en tanto no estén calificados los servicios mínimos y equipos de emergencia. Recibida la propuesta del empleador, los sindicatos tendrán un plazo de quince días para responder, en forma conjunta o separada. Las partes tendrán un plazo de treinta días desde formulada la propuesta para alcanzar un acuerdo. En caso de 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. Si las partes no logran acuerdo o este no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de ellas podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes. En caso que la empresa tenga establecimientos o faenas en dos o más regiones del país, el requerimiento deberá formularse ante la Dirección Regional del Trabajo del domicilio del requirente. En caso que haya sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, la Dirección Nacional del Trabajo determinará cuál de ellas resolverá todos los requerimientos. Recibido el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Cualquiera de las partes podrá acompañar informes técnicos de organismos públicos o privados. Asimismo, a requerimiento de parte o de oficio, la Dirección Regional del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas. La resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa deberá ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento. Esta resolución deberá ser notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo. La Dirección del Trabajo, en el mes de abril de cada año, publicará los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia. Por circunstancias sobrevinientes, la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación, de acuerdo al procedimiento previsto en los incisos anteriores. La solicitud de revisión deberá ser siempre fundada por el requirente”.

empleador, que debe hacerse efectiva antes de los 180 días al vencimiento del convenio vigente o dentro de los quince días siguientes a la comunicación de constitución del sindicato. El sindicato debe revisar la propuesta en un exiguo plazo de 15 días y las partes tienen 30 días para llegar a acuerdo. A falta de acuerdo, el pronunciamiento reposa en la Dirección del Trabajo. Esta disposición se complementa con otra, que regula, a su vez, el procedimiento de determinación de los equipos técnicos.

Como se aprecia, la ley es compleja, no sólo en la determinación sustantiva de los denominados servicios mínimos, que comprenden desde salvaguarda de intereses exclusivos del empleador (los bienes corporales e instalaciones), como si la huelga fuese, por sí misma, un fenómeno que comprendiera vulneración de derechos de propiedad, la atención de necesidades básicas de la población (relacionadas con la vida, la salud o la seguridad) y, el criterio muy general del daño al medioambiente. A esta complejidad normativa se suma el proceso excesivamente reglamentado, que comprende plazos exigüos y una incomprensible iniciativa del empleador. Si ello no bastara, el artículo 362 provocará²⁹, de aprobarse la norma, todavía más confusión. Ello por cuanto la norma permite señalar, por resoluciones de los Ministerios del Trabajo, Defensa o Economía, aquellas empresas que no podrán declararse en huelga, por afectar gravemente la salud, la economía del país, el abastecimiento de la población o la seguridad nacional. Es claro, entonces, que los servicios mínimos regulados a la luz del artículo 359, en cuanto atiendan a la salud de la población o al daño al medioambiente, pueden sufrir una seria restricción se estime que una huelga afecta gravemente la salud o la seguridad, por ejemplo.

El tenor de la ley, recientemente aprobada, no deja al país en ningún estándar conocido y aprobado por la OIT. Ciertamente es que la afectación de

²⁹ Actualmente la norma prescribe: “*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. Promovida la solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de quince días. Efectuada la calificación de una empresa e incorporada en la resolución conjunta respectiva, sólo por causa sobreviniente y a solicitud de parte, se podrá revisar su permanencia. La resolución deberá publicarse en el Diario Oficial y podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 405*”.

la salud, por ejemplo, puede ser un criterio regulador de servicios mínimos, pero con la presente ley, en la medida que ello suponga una afectación grave, la huelga puede estar lisa y llanamente prohibida. Y más erróneo todavía, por cierto, resulta incluir como criterio el que se cause grave perjuicio a la economía del país, ya que esto podría llevar a que no se cumpla con la finalidad que se pretende, pudiendo sostenerse que cualquier paralización podría ser perjudicial para la economía.

Desde luego, que los servicios mínimos abarquen aquellos necesarios para atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la empresa, no cumple con la finalidad prevista por la OIT para los servicios mínimos, sino que más bien opera sólo en función de los intereses económicos del empresario.

Con todo, nos parece un avance el señalar que deberá estar acordado los servicios mínimos antes del inicio del proceso de negociación colectiva, ya que así no genera la extensión innecesaria de los plazos, evitando el desgaste de los trabajadores en discusiones que no podrían tener puntos en común, pero lo engorroso del procedimiento y la ausencia de intervención de un organismo técnico que dirima los servicios mínimos, se prestará a una judicialización indeseada. Mayores problemas generará un posible acuerdo sobre servicios mínimos. En parte, por la posible presión que pueda sufrir un sindicato pequeño en estas materias, pero podrán presentarse problemas dogmáticos más complejos. Aquí someramente pueden esbozarse dos, de momento: ¿el acuerdo que alcance el empleador y el sindicato, podrá ser impugnado judicialmente?; y, nos parece, un problema más complejo, ¿un empleador que ha suscrito un acuerdo de servicios mínimos, conforme al artículo 360, podría sin embargo, como estrategia, pedir que se declare que la actividad no puede estar sujeta a huelga, dada una grave afectación de la salud o la economía? No es difícil pensar que problemas de esta naturaleza podrán presentarse en la gran minería, donde la cuestión sindical guarda mucha relevancia.

5. Bibliografía

Caamaño Rojo, E., “El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008.

Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *REDT*, n. 156, 2012.

- Gamonal Contreras, S., “Derecho Colectivo del Trabajo en el Sector Público”, *Revista Laboral Chilena*, 1998.
- Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *Revista Laboral Chilena*, 1999.
- Gamonal Contreras, S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Lexis Nexis, 2007.
- Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, *RDUCN*, vol. 20, n. 1, 2013.
- Monereo Pérez, J.L., “Huelgas generales: fundamento, legitimidad y dinámica de tutela. Reflexiones iuslaborales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010.
- Muñoz León, F., “Anef con SII: ¿Libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?”, *Ius et Praxis*, vol. 17 n. 2, 2011.
- Padilla Ruiz, P., “La huelga en los servicios esenciales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 9, 2010.
- Solari Alliende, Enzo, “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n. 2-3, 1993.
- Solari Alliende, E., “Para un concepto del Estado social de Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 42, 1997.
- Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- Varas Marchant, K., “El Código del Trabajo y la función pública: Análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. III, 2013.
- Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Librotecnia, 2014.

Web sites

http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo