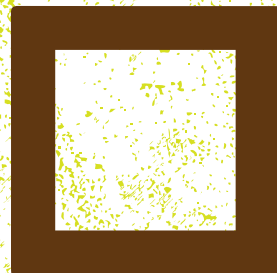
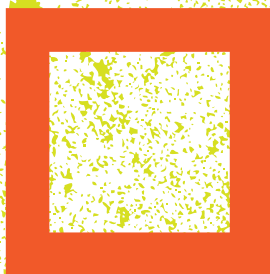


INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2018

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2018, 1ª edición, p. 592, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2018.

Materias:

- Chile. Derechos Humanos.
- Justicia y verdad. Chile.
- Derecho de las mujeres. Chile.
- Derechos de los pueblos indígenas. Chile.
- Derecho a la información y libertad de expresión. Chile.
- Equidad de género. Educación. Chile.
- Derechos laborales. Chile.
- Violencia contra la mujer. Chile.
- Personas con discapacidad mental. Chile.
- Privados de libertad. Chile.
- Empresas, aspectos sociales.
- Derechos del niño. Chile.
- Derecho de las personas LGTBI. Chile.
- Inmigrantes, situación jurídica.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2018

Primera edición: noviembre de 2018

Inscripción nº 297.868 en el Departamento de Derechos Intelectuales

Universidad Diego Portales

Facultad de Derecho

Av. República 105

Teléfono (56-22) 676 2601

Santiago de Chile

www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

DERECHOS LABORALES: LOS LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA. EL TALÓN DE AQUILES DE LA REFORMA LABORAL¹

1 Sección elaborado por Karla Varas Marchant, con la colaboración de las ayudantes Paulina Bahamonde Lagos y Micaela Krogh Orellana.

SÍNTESIS

En abril de 2017 entró en vigencia la Reforma Laboral que moderniza el sistema de relaciones laborales (Ley 20.940). Aumentar la cobertura de la negociación colectiva, promover el diálogo, equiparar la asimetría de poder existente en la relación laboral para que trabajadores y empleadores puedan negociar con igualdad de medios al interior de la empresa (equiparar la cancha), encauzar el conflicto laboral por mecanismos pacíficos de regulación de controversias, eliminar el reemplazo de los trabajadores en huelga, fortalecer la capacidad operativa de la Dirección del Trabajo, fueron algunos de los objetivos que se plasmaron en el mensaje presidencial que dio inicio al debate legislativo de la tan esperada reforma.

A más de un año de su entrada en vigencia, los objetivos enunciados no se han cumplido a cabalidad, especialmente porque la cancha sigue desnivelada dado que la huelga—herramienta indispensable para disminuir la asimetría de poder existente al interior de la relación laboral— se ha visto fuertemente coartada por los límites legales que se impusieron a su ejercicio.

La presente sección tiene por finalidad dar cuenta de cómo se han venido aplicando los límites que el legislador laboral ha consagrado para el ejercicio del derecho de huelga, con el fin de determinar si efectivamente han sido utilizados para garantizar derechos constitucionales de terceros (sujetos ajenos al conflicto), o más bien para reservar espacios de inmunidad a favor de los intereses empresariales y/o del gobierno.

PALABRAS CLAVES: derecho de huelga, servicios esenciales, servicios mínimos, reforma laboral, sindicatos.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la huelga como derecho fundamental y su incorporación al sistema jurídico, la obliga a interactuar y a entrar en diálogo² con otros derechos. Se trata de la indiscutida configuración de la huelga como un derecho limitado o no absoluto,³ producto de la necesaria convivencia que debe tener con otros derechos e intereses fundamentales de la vida en sociedad.⁴ Ahora, si bien ningún derecho fundamental es absoluto, tampoco lo son los límites que puedan establecerse a su ejercicio cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, los que deben ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la efectividad y esencia del derecho objeto de limitación.⁵

Ante ese conflicto de derechos, el ordenamiento jurídico debe activar algún tipo de respuesta, la que tradicionalmente se ha movido entre la prohibición y la permisión condicionada de la huelga en los servicios esenciales.

En el caso chileno, existe una ordenación constitucional y legal que resuelve autoritativamente el conflicto entre el derecho de huelga y los otros derechos fundamentales con los que pueda entrar en colisión, que, como veremos a continuación, es bastante peculiar.

2 Terminología utilizada por Valdés Dal-Ré, para quien la huelga, al entrar en diálogo con otros derechos, debe ejercitarse de un modo compatible con la satisfacción de intereses fundamentales de la vida en comunidad. Fernando Valdés Dal-Ré, "Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto de derechos fundamentales", en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, p. 755.

3 Compartiendo tal premisa –los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados– Gargarella nos invita a no dejar dicha afirmación en el vacío, ya que lo que verdaderamente importa en estos casos, es cuándo y por qué razones puede limitarse un derecho. De lo contrario, lo que tiende a ocurrir es que se fijen límites a los derechos fundamentales de modo discrecional. Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires, Departamento de publicaciones Facultad de Derecho UBA y Ad-Hoc S.R.L., 2007, p. 66.

4 Fernando Valdés Dal-Ré, "Servicios Esenciales y servicios mínimos en la función pública, La Ley, Tomo II, 1986, p. 125.

5 Vicente Martínez, Francisco Pérez y Eduardo Rojo, "Los límites del derecho de huelga en la Constitución Española", *Revista Técnico Laboral*, N° 59, 1994, p. 40.

Esta peculiaridad viene determinada porque nuestro legislador ha consagrado una trilogía de limitaciones al derecho de huelga cuando su ejercicio puede poner en peligro derechos fundamentales de terceros, que van desde la prohibición lisa y llana de su ejercicio, hasta la posibilidad de detener o poner fin a la misma por medio de la acción judicial de reanudación de faenas.

De esta manera, el legislador nacional consagró tres tipos o clases de límites al derecho de huelga⁶ cuyo centro es la protección de esferas jurídicas de terceros —no del empleador—, que afectarán o incidirán en su ejercicio con distinta intensidad. Nos referimos a la prohibición de ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores que se desempeñan 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;⁷ la obligación de prestar servicios mínimos para 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.⁸ Por último, la acción judicial de reanudación de faenas, que puede ser ejercida ante una huelga o cierre temporal de la empresa donde no se hayan fijado servicios mínimos y que por sus características, oportunidad o duración causare 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.⁹

Esta trilogía de limitaciones permite encuadrar al modelo chileno dentro de aquellas soluciones normativas que consagran un ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, en conjunto con un régimen de carácter restrictivo, que estaría constituido por la institución de los servicios mínimos y la acción judicial de reanudación de faenas.

Esto se produce porque la prohibición que se consagra al ejercicio del derecho de huelga no se fija en base a la posible afectación de todos los derechos fundamentales de terceros, incorporándose exclusivamente dentro del ámbito de delimitación de la prohibición del

6 Recordemos que en agosto de 2016 fue promulgada la Ley 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales en Chile, introduciendo una serie de modificaciones al Código del Trabajo en materia de relaciones colectivas de trabajo, entre ellas, las vinculadas con las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga. La presente sección entonces, analizará las limitaciones del derecho de huelga en Chile que se derivan de la protección de las esferas jurídicas de terceros, en base a esta nueva configuración normativa, cuya entrada en vigencia se verificó el día 1 de abril del año 2017.

7 Artículo 362 del Código del Trabajo.

8 *Ibíd.*, Artículo 359.

9 *Ibíd.*, Artículo 363.

ejercicio del derecho tres criterios abstractos –servicios de utilidad pública, economía nacional y abastecimiento de la población– y dos derechos fundamentales –salud y seguridad nacional–. Esto significa que existirá una serie de derechos fundamentales que pudiendo entrar en colisión con el ejercicio del derecho de huelga, no determinarán la prohibición de su ejercicio y, a su vez, que la referida prohibición solo tiene por objeto tutelar o garantizar los derechos fundamentales de carácter vital, a saber, la vida, salud y seguridad de la nación,¹⁰ toda vez que esos son los únicos derechos fundamentales considerados por el legislador constitucional en la norma prohibitiva del derecho de huelga.

Ahora, al utilizarse las categorías abstractas precedentemente indicadas, no podemos desconocer que existirá un riesgo de extensión indebida del concepto cuando la autoridad competente determine las empresas que quedarán sujetas a la referida prohibición.¹¹ Es por ello que en el caso chileno, dependiendo de cómo se concreten los conceptos jurídicos indeterminados en comento, existirá un ámbito de prohibición de la huelga más amplio o reducido. En otras palabras, la mayor o menor extensión del campo de prohibición de la huelga quedará en manos de la autoridad de aplicación competente.

No obstante lo anterior, y teniendo en vista que la restricción o limitación de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, debe venir sustentada por el ejercicio de otro derecho fundamental,¹² más allá de la flexibilidad que entregan estos conceptos jurídicos indeterminados, lo cierto es que el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga no se fija en base a la totalidad de los derechos fundamentales de terceros, sino que exclusivamente sobre la base de los derechos a la salud y seguridad nacional, a los que se debe añadir el derecho a la vida. En consecuencia, son solo estos derechos a los que en definitiva deberán servir las empresas que sean incorporadas a la categoría de esenciales o estratégicas.

Teniendo claro cuáles serán los derechos fundamentales que tendrán la capacidad de prohibir el ejercicio del derecho de huelga, cabe preguntarse: ¿el legislador nacional entrega alguna respuesta o solución a los casos en que el derecho de huelga colisione con derechos

10 Si bien el legislador constitucional no hace mención expresa al derecho a la vida, al protegerse el derecho a la salud, entenderemos por añadidura incluido el derecho a la vida.

11 De acuerdo con el artículo 362 del Código del Trabajo, la determinación de las empresas que quedarán sujetas a la prohibición en comento corresponde a los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo. Dicha calificación se realizará cada dos años, dentro del mes de julio, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo.

12 José Luis Ugarte, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013, pp. 114-115.

fundamentales distintos a la vida, salud y seguridad de las personas, por ejemplo, la libertad de circulación? O, formulada la pregunta en otros términos, ¿se establecen limitaciones o restricciones adicionales al ejercicio del derecho de huelga?

La respuesta es sí. Fuera del ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, nuestro legislador consagró dos restricciones adicionales que se vinculan con la protección de esferas jurídicas de terceros –los servicios mínimos y la acción judicial de reanudación de faenas–.

Entonces, junto con existir una esfera donde el ejercicio del derecho de huelga estará prohibido, nuestro legislador consagró un régimen especial de carácter restrictivo al que deberá sujetarse el ejercicio del derecho de huelga cuando choque o colisione con ciertos y determinados bienes jurídicos que son enunciados por el legislador.

Podemos sostener, entonces, que nuestro modelo de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales tiene la particularidad de combinar medidas prohibitivas con medidas restrictivas. Es decir, se excluye el ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores que se desempeñan en actividades destinadas a satisfacer los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad de las personas y, a su vez, se establecen medidas especiales de restricción –servicios mínimos– cuando sea necesario garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población y la prevención de daños ambientales o sanitarios. Junto con ello, para los casos en que no hayan sido previstos o decretados servicios mínimos y cuando las características, oportunidad o duración de una huelga causaren grave daño a la salud, medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional, se podrá solicitar a los Tribunales del Trabajo la reanudación de faenas, sometiendo el conflicto a arbitraje obligatorio.

La presente sección, entonces, tiene por objeto analizar cómo han operado en la práctica estos límites, si han respetado los estándares internacionales o, por el contrario, han sido utilizados para restar efectividad al derecho de huelga.

1. LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La primera limitación consagrada por el legislador nacional es la prohibición lisa y llana del derecho fundamental de huelga para los trabajadores que prestan servicios en corporaciones o empresas que atienden servicios de utilidad pública o cuya paralización pueda causar un grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento

de la población o a la seguridad nacional, prohibición que tiene consagración constitucional.¹³

Se trata de la máxima restricción posible que un ordenamiento jurídico puede imponer al derecho de huelga. En otros términos, la alternativa más radical que existe para resolver el conflicto de derechos que se presenta en este especial ámbito, donde determinados derechos constitucionales prevalecerán de forma absoluta sobre el ejercicio del derecho de huelga.

Esta prohibición total del ejercicio del derecho de huelga, ¿respetar los estándares internacionales vinculados con la delimitación del ámbito prohibido del derecho de huelga?

En las observaciones formuladas al gobierno chileno por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), respecto a la nueva configuración de los límites al derecho de huelga, el organismo sostuvo algo que hace años le ha venido señalando al gobierno chileno: que la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho de huelga cubre potencialmente servicios que desbordan la definición de “servicios esenciales” en el sentido estricto del término elaborado por el organismo internacional y que sirve de parámetro para fijar el ámbito de prohibición de la huelga, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. En la observación se señala expresamente “que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía son más amplias que la de servicios esenciales”.¹⁴

13 Nuestra Constitución Política no consagra de forma expresa el derecho de huelga. Simplemente se limita a señalar cuándo estará prohibido su ejercicio en los siguientes términos: “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”. (Artículo 19 n° 16, parte final). El proyecto de reforma constitucional de la ex presidenta Bachelet (Boletín N° 11.617-07), ingresado a 5 días de terminar su segundo mandato presidencial, si bien parte de un reconocimiento positivo del derecho de huelga, vinculado eso sí a la negociación colectiva, no levanta la prohibición de ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores que prestan servicios en instituciones, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud y al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La única novedad de la propuesta de reforma constitucional viene dada porque se elimina, como criterio para delimitar el ámbito de la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, el daño a la economía nacional, manteniéndose eso sí el modelo prohibitivo expuesto y la referencia a los servicios de utilidad pública.

14 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Solicitud directa, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948* (núm. 87). Chile, 106ª reunión CIT (2017).

En concordancia con la prohibición constitucional, el legislador laboral reguló el procedimiento en base al cual se determinarán las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición en comento, tarea que se concreta en la actualidad, tras el debate de la famosa Reforma Laboral, en el artículo 362 del Código del Trabajo.

Bajo la actual regulación, la determinación de si una empresa presta un servicio de utilidad pública o de si su eventual paralización puede causar grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, se realiza por la autoridad gubernativa cada dos años, previa solicitud de parte, la que deberá ser ingresada antes del 31 de mayo del año respectivo. Una vez recibida, la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora, para que, dentro del plazo de 15 días, formule las observaciones que estime pertinentes. Luego de recabarse las observaciones de la parte contraria, la solicitud deberá ser resuelta en el mes de julio del año respectivo por medio de una resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo.

De la regulación actual se puede desprender que la calificación de “esencialidad” de un servicio dejó de ser una potestad oficiosa de la autoridad pública representada por los 3 ministerios en comento, pasando a ser un procedimiento contradictorio que debe ser promovido por la parte interesada, reconociéndose el derecho de la contraparte de aquel que haya promovido la solicitud, de realizar las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de 15 días desde que haya tomado conocimiento de la misma.¹⁵

En cuanto a los titulares de esta solicitud, nuestro legislador no los circunscribió a quienes representan los intereses en conflicto (trabajadores y usuarios de los servicios esenciales, por sí mismos o a través de la autoridad pública que represente sus legítimos intereses), sino que entregó tal herramienta a la parte empleadora y trabajadora, olvidando con ello que la finalidad de esta medida es la tutela de los derechos fundamentales de terceros y no los de los empleadores. En efecto, residiendo la titularidad de la solicitud para ser incluidos en el listado de

15 En el mensaje presidencial con el que se dio inicio al debate parlamentario de la reforma laboral, se señala como uno de sus objetivos mejorar el procedimiento para la calificación de las empresas en las que no se puede ejercer el derecho de huelga, “permitiendo el principio de bilateralidad, facultando a las partes a hacer valer sus alegaciones ante la autoridad, mediante un nuevo procedimiento judicial de carácter especial ante la Corte de Apelaciones, la que deberá pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de aquella calificación”. Mensaje N°362, de 29 de diciembre de 2014, de S.E. la Presidenta de la República recaído en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, p. 9.

prohibición de la huelga en la parte empleadora,¹⁶ primará su interés de reservarse espacios de inmunidad frente a la huelga, antes que la genuina o verdadera protección de los usuarios de los servicios esenciales.¹⁷

En cuanto a la resolución triministerial que define la nómina de las empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga, si bien el legislador se limita simplemente a señalar que debe ser dictada previa solicitud de parte, cada dos años, dentro del mes de julio, sin hacer referencia a sus requisitos de fondo, estimamos que la misma debe estar debidamente motivada, dado que a través de ella se restringe de la forma más severa un derecho fundamental. Este deber de motivación es una exigencia derivada del carácter de derecho fundamental de la huelga, y en nuestro sistema cobra especial relevancia dado que a través de esta medida un número importante de trabajadores se verá impedido de ejercer la principal, sino única, herramienta de presión para la defensa de sus intereses. En razón de lo anterior, los trabajadores afectados por la medida de prohibición de la huelga tienen el derecho a conocer los motivos por los cuales la autoridad política decidió sacrificar su derecho de huelga.

Ahora, si bien el legislador laboral no exige que la resolución deba ser fundada, entendemos que este requisito de motivación emana de

16 El 22 de junio y 4 de julio de 2017, se publicó en el Diario Oficial la nómina de empresas que solicitaron ser incorporadas al listado de prohibición de la huelga, con el objeto de comunicar a las contrapartes trabajadoras para que en el plazo de 15 días, formularen las observaciones que estimen pertinentes. El total de empresas que elevaron la solicitud fue de 134, y entre ellas algunas cuyos servicios no se conectan de ningún modo con la atención de derechos fundamentales de carácter vital (vida, salud y seguridad), lo que demuestra que la titularidad para presentar tal solicitud no debió quedar en manos de la parte empresarial. Solo a modo referencial, elevaron tal solicitud empresas como: Buses Vule S.A., empresa de transporte de pasajeros que opera recorridos del Transantiago; Banco Central, generadoras eléctricas, Comercializadora de Trigo, la Corporación Municipal de Educación y Salud de Pirque, la Corporación Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Fernando Samir Hales Chabán (farmacias), Laboratorio Sanderson S.A., empresas portuarias, Servicio de Administración Previsional S.A., servicios de hospitalización domiciliaria, Zona Franca de Iquique, entre otros.

Del total de solicitudes (134), la Resolución triministerial que determinó las empresas y corporaciones cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, sólo resolvió acoger 102, siendo rechazadas finalmente 32 solicitudes empresariales.

17 En diversas notas periodísticas que dan cuenta de la nómina de empresas que solicitaron ser incluidas al listado de prohibición de la huelga, figura como novedad que las empresas generadoras de electricidad elevaron tal solicitud con el objeto de ser incluidas por primera vez en el referido listado. Consultados por la razón de su solicitud, los representantes de las empresas indicaron que, como ahora la huelga efectiva es una posibilidad –tras la eliminación del reemplazo en la huelga– las compañías están intentando blindar la operación de ciertas centrales que serían indispensables para el funcionamiento del sistema eléctrico. Nota publicada en Revista Electricidad: “Por primera vez generadoras eléctricas postulan para ser declaradas empresas sin derecho a huelga”. 21 de junio de 2017. Diario Financiero.cl: “Por primera vez generadoras eléctricas postulan para ser declaradas empresas sin derecho a huelga”, 21 de junio de 2017.

la propia Constitución Política, al consagrarse los principios de probidad y transparencia de los actos de la administración del Estado.¹⁸ En el contexto legislativo, en tanto, se exige que todos los actos de la administración del Estado estén fundados, de manera que permitan a los ciudadanos comprender los motivos de las decisiones adoptadas, especialmente cuando a través de los mismos se pueda afectar algunos de sus derechos.¹⁹

Del marco constitucional y legal expuesto se colige que el acto a través del cual las autoridades ministeriales competentes determinan la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga, debe estar debidamente fundado, debiéndose expresar los hechos y fundamentos de derecho de la decisión, ya que se trata de un acto que priva a determinados trabajadores del legítimo ejercicio del derecho de huelga.

Por lo tanto, las autoridades ministeriales no se pueden limitar a entregar la nómina de las empresas que son incorporadas al listado prohibitivo, ni tampoco a dar como fundamento de tal decisión la mera invocación genérica de los criterios fijados por el legislador para determinar el ámbito de prohibición del derecho de huelga (que se trata de servicios de utilidad pública cuya paralización causa un grave daño a la salud, a la economía del país, etc.), sino que se deben expresar todos los antecedentes que se tuvieron en cuenta para estimar que una determinada actividad debe estar incluida en el listado prohibitivo, con indicación precisa del derecho fundamental que se satisface por medio de la misma y las consecuencias que una eventual paralización pudiese generar en su goce y disfrute, de manera que se vean seriamente amenazados. Junto con ello, la autoridad deberá explicar debidamente por qué la medida a adoptar ha sido la prohibición del ejercicio del derecho de huelga y no otra más benigna, como son los servicios mínimos, sobre todo si consideramos que los criterios o supuestos normativos que habilitan para la aplicación de una u otra medida son prácticamente coincidentes.

La falta de una debida fundamentación constituirá una vulneración del propio derecho de huelga, que habilitará a los afectados a pedir la declaración de nulidad del acto o, al menos, de aquella parte del acto que no haya cumplido con tal exigencia.

18 En efecto, de acuerdo con el artículo 8 de la Constitución Política, "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen."

19 Incisos 1, 2 y 3° del artículo 11 bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 11 de la Ley 19.880.

1.1. El listado prohibitivo de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga

Por resolución conjunta de los ministros del Trabajo, Defensa y Economía,²⁰ para el año 2017 se resolvió incluir en el listado prohibitivo a las empresas concesionarias de servicios sanitarios,²¹ a las empresas de distribución y transmisión eléctricas²² y a las empresas de servicios de gas (transporte y distribución),²³ al estimarse que las mismas brindan un servicio de utilidad pública; a diversos centros de diálisis del país, al considerarse que la paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de las personas.²⁴ Asimismo, se agregó en el listado al Banco Central, dado que la paralización de sus actividades puede causar un grave daño a la economía del país;²⁵ a los puertos que están al servicio del Tratado Internacional de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia (Terminal Puerto Arica S.A., Empresa Portuaria de Arica, Antofagasta Terminal Internacional S.A. e Iquique

20 El 5 de agosto de 2017 fue publicada en el Diario Oficial la Resolución Exenta N° 133 de 28 de julio de 2017, por medio de la cual se determinaron las empresas y corporaciones que se encuentran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 362 del Código del Trabajo, siendo incorporadas al listado un total de 102 empresas de las 134 que previamente habían solicitado ingresar al mismo.

21 El fundamento entregado en la Resolución Exenta N° 133 para incluir en el listado prohibitivo a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, fue que de acuerdo a la Ley General de Servicios Sanitarios y a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República contenida en los dictámenes 37.849, de 2007 y 53.479 de 2008, las referidas empresas prestan un servicio de utilidad pública.

22 Para el caso de las empresas eléctricas de distribución y transmisión, la Resolución Triministerial fundamenta su incorporación en el listado en base a que la Ley General de Servicios Eléctricos señala que los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica constituyen servicios de utilidad pública. En cambio, no tienen tal consideración y por tanto, fueron excluidas del listado, las empresas de generación de electricidad, que como vimos, elevaron la solicitud a efectos de poder ser incluidas por primera vez en el listado prohibitivo, para de ese modo blindarse frente a una huelga efectiva. De esta manera, se sigue el criterio del órgano contralor contenido en el Dictamen 11.512, de 5 de marzo de 2009.

Cabe hacer presente también que las empresas de distribución y transmisión eléctrica han sido incluidas al listado prohibitivo, al menos desde 1990 a la fecha.

23 Nuevamente el fundamento entregado para incorporar a las empresas de servicios de gas dentro del listado prohibitivo fue que la Ley de Servicios de Gas señala que las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas constituyen un servicio de utilidad pública, siguiendo con ello el criterio contenido en Dictamen 98.667, de 19 de diciembre de 2014, emitido por la Contraloría General de la República, el cual señala que la resolución exenta que incluyó a la empresa GNL Mejillones S.A. al listado de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga, se ajusta a derecho, toda vez que se trata de una empresa que presta un servicio de utilidad pública al administrar el terminal de regasificación de gas natural licuado que abastece el sector minero y energético del norte grande del país. Al igual que el caso anterior, las empresas de servicios de gas han sido incluidas al listado prohibitivo, al menos desde 1990 a la fecha.

24 Cabe hacer presente que esta es la primera vez que los centros de diálisis son incluidos al listado prohibitivo.

25 La inclusión del Banco Central al listado prohibitivo se ha realizado de forma invariable, al menos desde 1990 a la fecha.

Terminal Internacional S.A.) y, finalmente, en base a la causal relativa al grave daño para el abastecimiento de la población, fueron incluidas empresas que aseguran la adecuada subsistencia e insumos básicos para la población, especialmente respecto de determinadas zonas geográficas del país.

Respecto a las empresas que ingresaron al listado prohibitivo bajo el argumento de que brindarían servicios de utilidad pública (concesionarias de servicios sanitarios, empresas eléctricas de distribución y transmisión y empresas de transporte y distribución de gas), podemos ver que la resolución triministerial siguió la línea argumentativa que la Contraloría General de la República había construido frente a los diversos requerimientos que fueron interpuestos bajo la anterior regulación. En efecto, la inclusión de estas empresas en el listado prohibitivo estuvo fundamentada por su condición de servicios públicos, haciéndose referencia expresa a las respectivas leyes reguladoras que les confieren la condición o calidad de servicios de utilidad pública.²⁶ En otras palabras, la autoridad, constatando que tales empresas tienen la condición de servicios públicos o de utilidad pública, resolvió incorporarlas al listado prohibitivo de manera automática, sin ponderar ninguna otra circunstancia.

Ahora, ¿es suficiente esa mera constatación para aplicar la medida más severa de restricción de un derecho fundamental? A nuestro juicio, no. La autoridad, junto con verificar que tales empresas constituyen

26 Para el caso de las empresas concesionarias de servicios sanitarios, el artículo 5 de la Ley General de Servicios Sanitarios (Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas), señala que a las referidas empresas concesionarias les corresponde prestar los servicios públicos de producción de agua potable, de distribución de la misma; de recolección de aguas servidas y de disposición de estas últimas, con lo cual queda claro que tales servicios proveen la satisfacción de necesidades básicas de la población. En cuanto a las empresas de transmisión y distribución eléctricas, el artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos dispone que es servicio público eléctrico el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conectan a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros. Junto con ello, el artículo en referencia señala que es servicio público eléctrico, el transporte de electricidad por sistemas de transmisión nacional, zonal y para polos de desarrollo de generación. Por lo tanto, los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica cumplen la función de entregar prestaciones que constituyen un servicio de utilidad pública. Finalmente, el numeral 9 del artículo 2 de la Ley de Servicios de Gas, dispone que las concesiones de distribución de gas y de redes de transporte de gas, constituyen un servicio público.

En base a lo anterior, el organismo contralor ha estimado que tales empresas deben estar incluidas en la nómina de empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, "sin que sea legalmente procedente recurrir a la ponderación de otros factores para incluir o excluir a esa entidad de la enumeración contenida en la resolución conjunta que prevé esta disposición, toda vez que la ley no lo contempla". Entre otros: Dictámenes de la Contraloría General de la República 37.849, de 21 de agosto de 2007; 53.479, de 13 de noviembre de 2008; 11.512, de 5 de marzo de 2009 y 98.667, de 19 de diciembre de 2014.

servicios públicos o de utilidad pública, debió haber analizado caso por caso, y no de forma general, por qué su eventual paralización provocaría una imposibilidad absoluta a la población de recibir las prestaciones más básicas e imprescindibles para su bienestar. Junto con ello, debió haber distinguido las diversas áreas que conforman la empresa, ya que no todas están vinculadas con la prestación del servicio de utilidad pública que se intenta garantizar. Ese análisis casuístico (empresa por empresa), que no está contenido de forma alguna en la resolución administrativa en comento, es el que se hubiera esperado tras la modificación del procedimiento de calificación de las empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga. En efecto, bajo el procedimiento actual, recibida la solicitud para ingresar al listado prohibitivo, se debe dar traslado a la contraparte, en este caso trabajadora, para que haga las observaciones que estime pertinentes. Recibidas esas observaciones, la autoridad triministerial debe resolver, entregando los fundamentos de su decisión, para lo cual tiene que hacerse cargo tanto de los argumentos expuestos en la solicitud de incorporación, como de los entregados por los trabajadores u organización sindical para rechazar tal inclusión. La autoridad, al no hacerse cargo de las observaciones formuladas por las contrapartes trabajadoras, ha vulnerado el carácter contradictorio del procedimiento de calificación de la esencialidad de un servicio y, por tanto, la necesaria imparcialidad del mismo.

Al no haber existido un ejercicio de ponderación de las circunstancias que en definitiva determinan el grado de afectación de tales intereses y por tanto, la idoneidad y necesidad de la medida de prohibición, la decisión de la administración de incorporar a cada una de las empresas concesionarias de servicios sanitarios, empresas de distribución y transmisión eléctrica y empresas de servicios de gas en el listado prohibitivo, carece de la debida fundamentación y, por ende, es vulneratoria del derecho fundamental de huelga.

Por otro lado, la fundamentación es totalmente insatisfactoria, ya que no justifica porqué se prefirió la aplicación de prohibición siendo que para el mismo supuesto –garantizar la atención de servicios de utilidad pública–, el legislador previó una medida igualmente idónea que resulta más benigna para el derecho de huelga, que corresponde a los servicios mínimos. Por lo tanto, la prohibición es desproporcionada por innecesaria.

En segundo lugar, respecto de la incorporación al listado prohibitivo de diversos centros de diálisis del país, al considerarse que la paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de las personas, las autoridades ministeriales tuvieron en consideración que los procesos de diálisis son tratamientos vitales para las personas que sufren de enfermedad renal crónica. Junto con ello, las autoridades tienen en vista un dato fáctico, cual es que la mayoría de

los pacientes con enfermedad renal crónica reciben tratamientos en centros de diálisis privados, ya que la red de salud pública no tiene capacidad para atenderlos a todos. Ahora, fuera de estos antecedentes, la autoridad no explica de forma detallada por qué la paralización de cada una de las empresas que elevaron la solicitud pone en grave riesgo la salud de los pacientes que se atienden en las mismas, ni mucho menos entrega fundamentos sobre la necesidad de aplicar la medida de prohibición, siendo que para los efectos de no poner en riesgo la salud de los pacientes de cada centro de diálisis pudo haber operado una restricción menos gravosa, como son los servicios mínimos. Incluso, ante una huelga en curso que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, el empleador o la Dirección del Trabajo disponen de la posibilidad de solicitar al Tribunal respectivo la reanudación de faenas.

En consecuencia, sin desconocer que los procesos de diálisis son tratamientos vitales, en nuestra opinión, las solicitudes realizadas por diversos centros de diálisis para ser incluidas en el listado prohibitivo de la huelga debieron haber sido rechazadas, dado que, por un lado, no se analiza caso por caso porqué una eventual paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de los pacientes y, por otro, porqué no se explica de modo alguno la necesidad de la medida de prohibición, existiendo expresamente otras medidas de restricción del derecho de huelga que son igualmente idóneas para garantizar la salud de las personas. A nuestro juicio, la prohibición total del derecho de huelga solo podría justificarse si existiese una imposibilidad absoluta para quienes padecen de insuficiencia renal crónica de recibir un tratamiento de diálisis oportuno, un supuesto difícil de que se produzca si se tiene en cuenta que en nuestro modelo normativo la huelga generalmente es ejercida dentro del procedimiento de negociación colectiva que tiene lugar en el marco de la empresa, por lo que difícilmente pudiese existir una huelga que afectase de forma simultánea a la totalidad de los centros de diálisis privados que existen en nuestro país. Por lo demás, en el supuesto descrito de grave daño a la salud de la población, cabe aplicar una medida de restricción de la huelga igualmente idónea, para evitar el referido daño, y que es menos incisiva que su prohibición total: los servicios mínimos. En consecuencia, la incorporación en el listado prohibitivo de los centros de diálisis es totalmente desproporcionada.

En tercer lugar, las autoridades ministeriales, utilizando el criterio de grave daño para la economía del país, decidieron incorporar en el listado prohibitivo al Banco Central, argumentando que por medio de esta medida, además de asegurar el cumplimiento de sus funciones, se garantiza la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos del país. Se trata del criterio más polémico

y cuestionable consagrado por nuestro legislador constitucional para fijar el ámbito de prohibición de la huelga, dado que no se conecta o vincula, ni siquiera remotamente, con la tutela o protección de derechos fundamentales de terceros. En consecuencia, no es un criterio legítimo para aplicar la restricción más severa al ejercicio del derecho de huelga. Este criterio, por lo demás, no se ajusta a la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo, la que si bien admite como legítimo que pueda existir un espacio de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, señala que ese ámbito es aplicable solo al concepto estricto de servicios esenciales, es decir, únicamente aquellos cuya paralización puede ocasionar un grave daño a la vida, salud y seguridad de las personas en toda o parte de la población.²⁷ Por otro lado, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que cuando las huelgas y otras acciones conexas puedan tener repercusiones perjudiciales para el comercio y el intercambio, tales consecuencias no convierten de por sí al sector afectado en un servicio esencial, no siendo admisible, por lo tanto, la imposición de restricciones o límites a su ejercicio.²⁸

En cuarto lugar, y sin vincular la prohibición de ejercicio del derecho de huelga con alguno de los criterios previstos en la legislación, las autoridades ministeriales decidieron incorporar, en el listado prohibitivo, a los puertos que están al servicio del Tratado Internacional de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia (Terminal Puerto Arica S.A., Empresa Portuaria de Arica, Antofagasta Terminal Internacional S.A. e Iquique Terminal Internacional S.A.). El fundamento entregado en este caso fue dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del país. Sin embargo, cabe hacer presente que tal criterio no está dentro de los que habilitan para incluir a una empresa o corporación en el listado prohibitivo en comento, razón por la cual estimamos que en este punto las autoridades han excedido sus atribuciones, incorporando razones o argumentos que no fueron tenidos en vista ni por el legislador constitucional ni por el legislador ordinario a la hora de fijar el ámbito

27 En las observaciones formuladas al gobierno chileno por la CEACR de la OIT, se indica que la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga cubre potencialmente servicios que van más allá de la definición de servicios esenciales en el sentido estricto del término, toda vez "que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía son más amplias que la de servicios esenciales". CEACR, Solicitud Directa, *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, 1948 (núm. 87). Chile. 106ª reunión CIT (2017).

Tal observación ha sido realizada al gobierno chileno por la comisión desde 2002 a la fecha, tanto por la amplitud del criterio "grave daño a la economía del país", así como por el hecho de que el Banco Central no constituye un servicio esencial en sentido estricto del término, y por ende, sus trabajadores debiesen gozar del ejercicio del derecho de huelga.

28 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párr. 592, p. 128.

de prohibición del derecho de huelga.²⁹ Además, de forma reiterada la CEACR ha observado al gobierno chileno que las terminales portuarias de carácter privado no pueden ser consideradas servicios esenciales en sentido estricto del término, razón por la cual debiesen ser excluidas de la nómina de empresas cuyos trabajadores no pueden ejercer el derecho de huelga.³⁰

Finalmente, en cuanto a la causal relativa al abastecimiento de la población, la resolución triministerial, sin identificar las empresas que entrarían dentro de la referida causal, expresa que se incluyeron aquellos servicios que aseguran la adecuada subsistencia y suministro de insumos básicos a la población, especialmente en determinadas zonas geográficas del país. Nuevamente entonces, y con el agravante de que no se identifican las empresas concretas que son incorporadas al listado prohibitivo en base al criterio de grave daño al abastecimiento de la población, la autoridad no entrega fundamentos para justificar la aplicación de este criterio. Se limita simplemente a invocar de forma genérica la necesidad de garantizar la subsistencia de la población y el suministro de insumos básicos, más no se explica por qué la paralización de una empresa, que de paso tampoco se conoce, puede poner en riesgo aquellos intereses.

Podemos ver entonces que la resolución triministerial que fija la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga no está lo suficientemente fundada, especialmente porque no se hace cargo de las observaciones formuladas por las contrapartes trabajadoras de las empresas que elevaron la solicitud de incorporación al listado y, además, porque no explica, caso por caso, por qué la paralización de esas empresas pone en riesgo la prestación de servicios de utilidad pública o causa grave daño a la salud, economía del país, abastecimiento de la población o seguridad nacional. En definitiva, la resolución no justifica la proporcionalidad de la aplicación de la medida de limitación más severa para el ejercicio del derecho de huelga. Junto con ello, la definición o concreción de las empresas que son incluidas

29 Cabe hacer presente que la incorporación de empresas portuarias al listado prohibitivo ha sido fluctuante. En efecto, analizados los listados desde 1990 en adelante, se aprecia que recién en 1994 son incorporados, al interior de la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga, únicamente los vigilantes privados de la Empresa Portuaria de Chile, incorporación que se mantuvo hasta 1997. Luego, en 1998 son incorporadas al listado prohibitivo las empresas creadas por la Ley 19.542, continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile. Posteriormente, desde 1999 al 2013, han sido incorporadas diversas empresas portuarias. Solo a partir de 2014 la inclusión en el listado prohibitivo se limitó a las empresas que estarían al servicio del Tratado de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia.

30 Entre otras: Observación (CEACR). Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT (2012). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Chile. Disponible en: <http://www.ilo.org>, visto por última vez el 10-7-2018.

al listado prohibitivo excede el concepto estricto de servicios esenciales acuñado por la OIT y que constituye el estándar para fijar el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga.

1.2. La impugnación de la calificación de esencialidad realizada por la autoridad administrativa

Como a través de la calificación de servicios esenciales se restringirá de la forma más severa un derecho fundamental, deben existir vías idóneas para permitir su revisión judicial, la cual podrá abarcar diversos aspectos, tales como competencia, cumplimiento de formalidades; existencia de motivación; fundamentos fácticos y jurídicos; razonabilidad de la medida, proporcionalidad, entre otros.³¹

Tras la reforma de la Ley 20.940, se consagró un mecanismo específico de impugnación de la resolución triministerial que fija la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga. En concreto, nuestro legislador consagra una acción específica de reclamación de la resolución cuyo conocimiento es entregado a la Corte de Apelaciones.³²

Publicada en el Diario Oficial la nómina de empresas cuyos trabajadores tendrán prohibido el ejercicio del derecho de huelga, la empresa o los afectados³³, podrán interponer reclamo, dentro de los 15 días siguientes, en contra de la resolución en comento ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último. Recibida la reclamación, la

31 Para Zúñiga “todas las determinaciones que tome la Administración del Estado son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos (control de competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, etc.)”. Francisco Zúñiga, “Control judicial de los actos políticos: recurso de protección ante las cuestiones políticas”, *Revista Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, vol. 14, n° 2, 2008, p. 281.

32 Artículo 362 inciso final del Código del Trabajo.

33 Los términos escogidos por el legislador para fijar la titularidad del ejercicio de la acción de reclamación no fue la más adecuada: “la empresa o los afectados”.

Queda claro que uno de los titulares del presente reclamo puede ser la empresa que habiendo elevado la solicitud para ser incorporada al listado prohibitivo, no haya sido finalmente incluida en la resolución triministerial. Sin embargo, el legislador añade posteriormente de forma genérica a los afectados, sin mayores precisiones, por lo que, dado que a través de la resolución objeto de reclamación se restringe el derecho fundamental de huelga de los trabajadores que laboran en las empresas incluidas al listado, debemos entender que serán también titulares de la acción los trabajadores y las organizaciones sindicales existentes en la misma. Junto con ello, dada la referencia genérica a los afectados, debemos entender que podrán ser titulares de la acción los usuarios o sus respectivas organizaciones, dado que los mismos también tendrán la calidad de afectados en el evento de que no haya sido incorporada al listado una determinada empresa que, a su juicio, brinda un servicio esencial conforme a los criterios establecidos en nuestra legislación. Luego, el legislador establece que interpuesta la reclamación, la empresa y el o los sindicatos, según corresponda, podrán hacerse parte en el respectivo reclamo de conformidad a las normas generales.

Corte requerirá de informe conjunto a los ministros que suscribieron el acto reclamado, concediéndole un plazo de 10 días para evacuarlo, pudiendo además decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado produzca un daño irreparable al recurrente. Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario. Una vez recibida la prueba, ordenará traer los autos en relación para proceder a la vista de la causa. Realizados los alegatos por las partes, la Corte, en caso de dar lugar al reclamo, ordenará la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución donde se incluya o excluya a la empresa, según corresponda.

Como hemos visto, a finales de julio de 2017 se dictó la Resolución Exenta N° 133, la que fue publicada en el Diario Oficial el 5 de agosto de 2017. El total de reclamos que se interpuso en su contra fue de 35. Cinco de ellos fueron interpuestos por empresas,³⁴ y los 30 restantes por organizaciones sindicales.³⁵ Podemos ver entonces que el grueso de los reclamos han sido ejercidos por organizaciones sindicales, principales afectados con la prohibición total del ejercicio del derecho de huelga. A la fecha de cierre de la presente investigación, los reclamos ejercidos se encuentran pendientes de resolución, lo que hace imposible determinar la efectividad de esta herramienta de control judicial.

1.3. El arbitraje obligatorio: la medida de compensación ante la prohibición total de ejercicio del derecho de huelga

Los trabajadores que se verán privados del ejercicio del derecho de huelga por prestar servicios en una empresa que ha sido incluida en el listado prohibitivo, deberán contar con medidas compensatorias adecuadas para suplir la ausencia de su principal herramienta de lucha. En estos casos, como indica el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “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”.³⁶

34 Recordemos que de un total de 134 empresas que elevaron la solicitud para ser incluidas en el listado prohibitivo, solo fueron aceptadas 102, quedando en consecuencia 32 fuera del listado, y de esas 32 empresas, solo 5 ejercieron la acción de reclamación, en específico: Enel Generación Chile S.A.; Zona Franca de Iquique S.A.; Empresa Depuradora de Aguas Servidas Mapocho-Treball Limitada, la que posteriormente se desistió de la reclamación; Buses Vule S.A. y, finalmente, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., que también se desistió de la reclamación.

35 Ejercieron esta acción de reclamación diversos sindicatos de empresas eléctricas del país; el sindicato de trabajadores de la empresa Comunidad de Servicios Remodelación San Borja S.A.; el sindicato de trabajadores del Banco Central de Chile; el sindicato de trabajadores de la empresa de Servicios Sanitarios Bío-Bío S.A.; el sindicato de trabajadores de la Sociedad Nacional de Oleoductos S.A.; el sindicato de trabajadores de Gas Sur S.A. y el Sindicato de Trabajadores de Aguas Andinas S.A.

36 OIT (2006), párrafo 595, p. 129.

En general, la medida que por excelencia se consagra para suplir la ausencia del derecho de huelga es el arbitraje obligatorio, estableciéndose que en caso de que las partes no logren alcanzar un acuerdo, deberán someter el conflicto a arbitraje. Además, cuenta con la aprobación de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT,³⁷ entidades que la han incluido dentro del repertorio de medidas compensatorias para los trabajadores privados del ejercicio del derecho de huelga (aquellos que se desempeñan en servicios esenciales en sentido estricto), con la condición de que se trate de un procedimiento adecuado, imparcial y rápido, donde los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados sean aplicados por completo y rápidamente, siendo esencial, además, “que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no solo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio”.³⁸

Ante la imposibilidad de ejercer el derecho de huelga como herramienta de presión de los trabajadores en el contexto de la negociación colectiva, en caso de que las partes no logren un acuerdo directo, el legislador nacional ordena someter la negociación colectiva a la decisión de un tribunal arbitral, el que estará obligado a fallar a favor de la proposición de alguna de las partes.

Ahora, frente a la privación total del ejercicio del derecho de huelga cabe preguntarse si acaso el arbitraje es una herramienta de compensación adecuada. Como hemos visto, al menos desde la perspectiva de la OIT, pareciera que si el arbitraje está revestido de garantías de imparcialidad, rapidez, efectiva participación de los interesados en todas sus etapas y cumplimiento efectivo del laudo arbitral, constituiría una medida de compensación adecuada para los trabajadores que se ven privados del ejercicio del derecho de huelga.

Más allá del cumplimiento de las exigencias anteriormente mencionadas, es necesario preguntarse si el arbitraje es o no un contrapeso

37 Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga, solo sería admisible en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, “en los casos de conflictos dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población”. OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafos 564 y 565, p. 122.

38 En general, para los órganos de control de la libertad sindical de la OIT las garantías compensatorias de los trabajadores privados del derecho de huelga consisten en “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos (...)”. Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 24.

efectivo ante la ausencia del derecho de huelga. Desde nuestra perspectiva no lo es, y menos aún en nuestro país donde el legislador fija de antemano los resultados del fallo arbitral: debe recoger la proposición de alguna de las partes,³⁹ es decir, o acepta la última propuesta de los trabajadores o acepta la del empleador, sin que exista posibilidad de construir una propuesta intermedia en base al análisis de los antecedentes presentados por las partes. Estimamos que la referida exigencia legislativa de fallar a favor de alguna de las proposiciones de las partes pugna o vulnera la exigencia de independencia que es proclamada por la OIT para que el arbitraje obligatorio sea una efectiva medida de compensación ante la privación del ejercicio del derecho de huelga. En efecto, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que “para conseguir y conservar la confianza de las partes, todo sistema de arbitraje debería ser realmente independiente, es decir, que los resultados de los arbitrajes no debieran ser predeterminados por criterios legislativos”,⁴⁰ y precisamente en el caso chileno el resultado del arbitraje viene condicionado por el legislador.

Ahora, fuera de la nota peculiar del procedimiento arbitral chileno, lo cierto es que no existe medida alguna que compense la ausencia del derecho de huelga. Como expresa Oscar Ermida, la huelga, en tanto medio de presión, reequilibrio y autotutela, no puede ser sustituida por otro medio de similar eficacia, ya que a la fecha dicho medio alternativo no ha sido inventado.⁴¹ Cosa distinta es que se diga que ante la prohibición absoluta del derecho de huelga el legislador deba consagrar un mecanismo de solución pacífica de las diferencias entre las partes, como lo es el arbitraje obligatorio, no obstante, señalar que sería una medida que compensa la ausencia del derecho de huelga parece excesivo, ya que el arbitraje en ningún caso puede ser entendido como un mecanismo de presión o de reequilibrio.

2. LOS SERVICIOS MÍNIMOS Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

2.1. Los supuestos de procedencia: ¿en qué casos deben garantizarse servicios mínimos?

Hemos dicho que junto al ámbito de prohibición de ejercicio del derecho de huelga, en el modelo chileno se consagra un régimen especial de carácter restrictivo, constituido precisamente por la obligación de

39 Artículo 390, inciso 1°, del Código del Trabajo. Dicha norma es continuista del ex artículo 363 del Código del Trabajo, el cual señalaba que en casos de arbitraje obligatorios el Tribunal Arbitral estaba obligado a fallar a favor de una de las dos posiciones de las partes.

40 OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafo 569, p. 123.

41 Oscar Ermida, “La huelga en los servicios esenciales”, *XII Jornadas rioplatenses de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2001.

atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para 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, o cuando sea necesario garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.⁴²

La primera objeción que cabe formular a esta medida de limitación es que el legislador no precisó con exactitud cuál será el ámbito donde operará esta restricción, ya que no se indica cuáles son en específico las empresas o sectores que atienden servicios de utilidad pública, o las que están relacionadas con la atención de necesidades básicas de la población, ni mucho menos aquellas que pueden provocar daños ambientales o sanitarios. Con el propósito de acotar el ámbito donde la huelga quedará sujeta a esta importante restricción, hubiera sido deseable que el legislador listara los sectores donde cabe imponer este mínimo de actividad. Como ello no ocurrió, de la regulación actual se desprende que dicha tarea de concreción se irá realizando a iniciativa del propio empleador, ya que es este el que da inicio al proceso de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, según veremos a continuación.

¿Cómo opera este procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia?

Nuestro legislador señala que antes del inicio de la negociación colectiva,⁴³ el empleador debe comunicar por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, remitiendo copia de la misma a la Inspección del Trabajo. Una vez que el o los sindicatos reciben la propuesta, tienen un plazo de 15 días para responder, respuesta que puede formularse en forma conjunta o por separado. Junto con ello, el

42 Artículo 359 del Código del Trabajo, inciso 1°. Ahora, nuestro legislador, junto con regular la obligación de garantizar la prestación de un mínimo de actividad cuando exista un peligro de daño a los bienes jurídicos de terceros recién individualizados, también regula la obligación de garantizar los denominados servicios de seguridad y mantenimiento. Ante esta regulación conjunta es importante aclarar que se trata de dos instituciones completamente diferenciadas. Por un lado, los servicios mínimos como medida de garantía de los servicios esenciales –institución que es objeto de análisis en la presente investigación–, y de otro, los servicios de seguridad y mantenimiento, que constituyen una medida de tutela de intereses propiamente empresariales, especialmente, para los efectos de que una vez que finalice la huelga la actividad productiva pueda reanudarse sin mayores dificultades. Antonio Ojeda, *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 244. En consecuencia, los supuestos vinculados con la protección de bienes corporales e instalaciones de la empresa y la prevención de accidentes, no serán objeto de análisis, ya que no están vinculados con la protección de esferas jurídicas de terceros –servicios esenciales–, sino que con la necesidad de garantizar la reanudación de la producción una vez que finalice la huelga –servicios de seguridad y mantenimiento–.

43 En específico, con una anticipación de a lo menos ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente.

legislador les otorga un plazo total de 30 días, contados desde que se formuló la propuesta, para alcanzar un acuerdo.⁴⁴

Como se puede apreciar, ante la indeterminación de los casos en que procede imponer un mínimo de actividad, el legislador otorga al empleador la iniciativa para activar este procedimiento de calificación. En otras palabras, será la parte empleadora la que en principio calificará si su empresa está destinada a garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, o a atender las necesidades básicas de la población, o a garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios, por el solo hecho de presentar una propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia a las organizaciones sindicales existentes en la empresa. Ahora, en caso de que la empresa no tenga por finalidad satisfacer los bienes jurídicos protegidos por el legislador, el o los sindicatos de la empresa, en su respuesta a la propuesta del empleador, deberán oponerse a la aplicación de esa medida de restricción, oposición que deberá replicarse en todas las fases del procedimiento de calificación.

¿Qué pasa si las partes no logran un acuerdo?

En caso de que las partes no alcancen un acuerdo, nuestro legislador señala que cualquiera de ellas (que invariablemente será el empleador), podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo para que sea ese organismo el que en definitiva califique los servicios mínimos y equipos de emergencia.⁴⁵ Esta fase de calificación administrativa de los servicios mínimos y equipos de emergencia deberá cumplir ciertos requisitos. En primer lugar, una vez que se recibe el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes (exigencia de audiencia previa).⁴⁶ En segundo lugar, deberá solicitar un

44 Respecto de estos acuerdos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, cabe señalar que por información proporcionada por la Dirección del Trabajo, al 15 de mayo de 2018 se habían depositado válidamente a nivel país un total de 316 acuerdos.

45 Artículo 360 inciso 8° del Código del Trabajo.

Al 15 de mayo de 2018, la Dirección del Trabajo informó que se han recepcionado a nivel país un total de 349 requerimientos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.

46 En cuanto a esta exigencia, es preciso indicar que la misma deriva del principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.880. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado que el rol de las partes es trascendental en este procedimiento, especialmente con el objeto de garantizar la imparcialidad del órgano administrativo. Es por ello que el requirente tiene la responsabilidad de justificar fundadamente la procedencia de los servicios mínimos y, a su vez, el Estado está obligado a evitar la limitación del derecho de huelga mientras no se demuestre la necesidad de la restricción que se alega, "esto considerando como base los principios de buena fe y *pro-homine*, los que buscan garantizar la prevalencia del derecho fundamental ante la ausencia de certeza sobre la circunstancia de resultar indispensable o estrictamente necesaria la limitación". Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 16.

informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Junto con ello, a requerimiento de parte o de oficio, la Dirección del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas.⁴⁷

Habiendo escuchado a las partes y recibidos los informes técnicos, por resolución fundada⁴⁸ y dentro de los 45 días siguientes de formulado el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo emitirá la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, que deberá ser notificada a las partes dentro de los 5 días siguientes a su emisión.⁴⁹

A primera vista pareciese que el procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia es respetuoso de los estándares internacionales: el protagonismo para su determinación lo detentan las contrapartes sociales (empleador y organizaciones sindicales), y solo en caso de que las partes no logren un acuerdo intervendrá la Dirección del Trabajo. De otro lado, en caso de requerirse la intervención del órgano administrativo y ser ese organismo quien finalmente determine si procede aplicar esta medida de limitación y califique los servicios mínimos y equipos de emergencia, dentro del procedimiento se prevé de forma expresa la participación de las partes, en específico, de las organizaciones sindicales. Sin embargo, y aquí está el aspecto donde nuestra normativa se alejaría de los estándares internacionales, la participación de las organizaciones sindicales no se garantiza en todas las fases del procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, dado que cuando se deben designar los trabajadores que integrarán los equipos de emergencia (quienes darán cobertura a los servicios mínimos), esa participación se ve debilitada. Veamos por qué.

47 Artículo 360 inciso 6° del Código del Trabajo.

Estas funciones investigativas de la Dirección del Trabajo no reemplazan la responsabilidad del requirente de acreditar su pretensión: la necesidad de limitar el derecho de huelga. Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 17.

48 De acuerdo a lo señalado por Ugarte, la exigencia de motivación o fundamentación implica que el órgano administrativo debe justificar la restricción que el derecho constitucional de huelga debe soportar, específicamente, la proporcionalidad de la medida en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. José Luis Ugarte, *Huelga y Derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, p. 233.

49 Lamentablemente nuestro legislador no exigió la publicidad de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, de manera de que todos los ciudadanos podamos conocer en qué empresas o sectores la autoridad está imponiendo servicios mínimos, cuáles son los fundamentos de esa decisión y los criterios que ha tenido a la vista para la determinación su extensión y alcance. La única exigencia de publicidad es la de los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, los que deben ser publicados por la Dirección del Trabajo en abril de cada año (inciso 12° del artículo 360 del Código del Trabajo).

Como se sabe, en la legislación chilena, el ejercicio del derecho de huelga viene ligado al procedimiento de negociación colectiva. En los casos de las empresas donde se hubieren calificado servicios mínimos, sea por acuerdo directo de las partes o por imposición de la autoridad laboral, la designación de los trabajadores concretos que deberán cubrir ese mínimo de actividad (los que conformarán lo que nuestro legislador denomina como equipos de emergencia),⁵⁰ se realizará al momento de iniciar el procedimiento de negociación. Así, el legislador señala que al momento de dar respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores, el empleador deberá proponer a la Comisión negociadora sindical los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia. Recibida la propuesta, la comisión negociadora sindical tendrá un plazo de 48 horas para responderla. En caso de no contestarla, se entenderá aceptada la propuesta del empleador. Ahora, si la comisión negociadora sindical manifiesta expresamente su rechazo o discrepancia en el número o identidad de los trabajadores del sindicato que deben conformar los equipos de emergencia, el empleador, dentro de los 5 días siguientes a la recepción de esa respuesta, debe solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie, la que tendrá un plazo de 10 días para resolver.⁵¹

Del procedimiento descrito se aprecia que el legislador entrega a la parte empresarial la iniciativa para designar a los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia, consagrándose incluso una aceptación tácita de esa propuesta en caso de que la comisión negociadora sindical no se pronuncie sobre la misma. Ahora, en caso de que la propuesta sea rechazada de forma expresa, la verdad es que el legislador no consagra la vía de la negociación para los efectos de definir qué trabajadores compondrán los equipos de emergencia, ya que ante el rechazo de la propuesta de la empresa no se abre ningún período de negociación, sino que se establece que el empleador deberá solicitar a la Inspección del Trabajo su intervención, órgano que en definitiva procederá a designar a los trabajadores específicos que compondrán los equipos de emergencia. En consecuencia, no se trata de un acuerdo propiamente tal, ya que más bien la designación de los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia recaerá o en el propio

50 De acuerdo con el inciso 2° del artículo 359 del Código del Trabajo, el equipo de emergencia es el personal destinado por el sindicato para atender los servicios mínimos.

51 Artículo 361 del Código del Trabajo.

empleador o en la Inspección del Trabajo.⁵² De esta manera, nuestra legislación no se ajusta al criterio sostenido por el CLS en cuanto a que “En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no solo 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”.⁵³

2.2. La intervención de la Dirección del Trabajo en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia

Nuestro legislador regula expresamente la intervención de la Dirección del Trabajo en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia. Se trata de una intervención subsidiaria: solo en caso de que las partes no hayan logrado alcanzar un acuerdo, y previo requerimiento de la parte interesada. De verificarse este supuesto, será el órgano administrativo el que determinará la procedencia de calificar servicios mínimos en una determinada empresa y, asimismo, el que procederá a calificarlos.

Junto a esa importante tarea, la Dirección del Trabajo ha ido precisando a través de su jurisprudencia administrativa el sentido y alcance de los supuestos de procedencia de la medida de limitación en análisis. Así, en cuanto a la causal de “garantizar la prestación de servicios de utilidad pública”, la autoridad ha señalado que dichos servicios son las labores ejercidas por los privados que buscan satisfacer un objetivo destinado al beneficio común o general de la colectividad, caracterizándose en su ejecución por una serie de principios, como el de universalidad, que se refiere a la accesibilidad general a actividades prestacionales

52 Cabe hacer presente que la regulación de la conformación de los equipos de emergencia (artículo 361 del Código del Trabajo), es completamente contradictoria con lo dispuesto expresamente por el propio legislador laboral unos artículos antes, en específico, con lo señalado en el inciso 2° del artículo 359: que es el sindicato el que deberá destinar el personal para atender los servicios mínimos. Entonces, si es el sindicato es el que debe proveer el personal que conformará los equipos de emergencia, ¿cómo conciliamos dicho deber con la posterior designación del empleador para proponer a la comisión negociadora sindical los trabajadores que conformarán los equipos de emergencia?

53 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafo 612, pp. 132-133.

de bienes y servicios que por su carácter vital o básico han de ofrecerse al conjunto de las personas, y el principio de continuidad, que permite dar cuenta de una exigencia de funcionamiento ininterrumpido del servicio que se presta en condiciones adecuadas a la población, en atención de los efectos que produciría en la colectividad su total desatención. Precisa también el órgano administrativo, que los servicios de utilidad pública no están vinculados directamente con la vida, salud o seguridad de las personas, sino que consisten en labores que buscan satisfacer necesidades de la población de carácter intermedio, es decir, aquellas destinadas al beneficio general o común de la colectividad, asumiendo con ello el concepto intermedio de servicios de importancia trascendental de la OIT,⁵⁴ donde se admite que la huelga sea objeto de limitación por medio de la imposición de un mínimo de actividad.⁵⁵

Respecto a las actividades relacionadas con la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las vinculadas con la vida, seguridad o salud de las personas, la Dirección del Trabajo ha señalado que se corresponden con el concepto de servicios esenciales en sentido estricto y servicios esenciales por extensión elaborado por la OIT, 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 o en aquellos servicios donde una huelga al rebasar cierto periodo o alcance podría provocar igualmente dicho peligro, elementos que de configurarse y resultar estrictamente necesarios, darán lugar a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”.⁵⁶

Finalmente, en cuanto a la causal de prevención de daños ambientales o sanitarios, la Dirección del Trabajo ha sostenido que debe ser aplicado “en base a los criterios que establece el propio ordenamiento

54 Entre los servicios esenciales y los no esenciales, los órganos de control de la libertad sindical de la OIT han elaborado un concepto intermedio: servicios de importancia trascendental, conforme a la terminología del Comité de Libertad Sindical. Así, se ha admitido la posibilidad de que las autoridades puedan establecer un régimen de servicios mínimos en los servicios de utilidad pública o importancia trascendental, categoría intermedia que se refiere a “aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de 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”. Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 23.

55 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, “Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”, p. 12, disponible en: http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-110772_recurso_3.pdf, visto por última vez el 16-07-2018.

56 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, “Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”, p. 12, disponible en: http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-110772_recurso_3.pdf, visto por última vez el 16-07-2018.

jurídico, señalándose que conforme al artículo 2º letra e), de la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, daño ambiental se encuentra definido 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 los daños sanitarios buscan evitar un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país”.⁵⁷

La precisión realizada por el organismo fiscalizador de los supuestos de procedencia de los servicios mínimos, en principio, parece ajustada a los estándares fijados por los órganos de control de la OIT, ya que se circunscriben a los denominados servicios esenciales en el sentido estricto del término; servicios esenciales por extensión y servicios de importancia trascendental. La única objeción que es posible realizar dice relación con la causal de “prevención de daños ambientales o sanitarios”, ya que no se ajusta a ninguno de los supuestos donde la OIT ha admitido la imposición de un servicio mínimo y, además, porque la formulación jurídica de la causal es extremadamente genérica, lo que puede derivar en una extensión indebida del campo de aplicación de esta restricción.

2.3. Los sectores donde se han calificado servicios mínimos

En el informe de criterios técnicos publicado en abril de 2018, la Dirección del Trabajo ha dado cuenta de que se han calificado servicios mínimos en diversos sectores de actividad. Así, en relación a la causal de prevención de daños ambientales y sanitarios, el órgano administrativo ha determinado la procedencia de calificar servicios mínimos en las actividades vinculadas al control de mortandad de animales en empresas que por sus características, generarían una exposición a contaminación y enfermedades de otros animales, sean propios o ajenos; labores asociadas al control de plagas y enfermedades, con el objeto de prevenir eventuales efectos en materia medioambiental; en las actividades de minas y canteras, se han calificado servicios mínimos en las tareas vinculadas al monitoreo y control de relaves, y las labores vinculadas a la vigilancia de equipos que mantendrían soluciones químicas peligrosas. En igual sentido, en relación a las industrias manufactureras, se han calificado servicios mínimos en las faenas de tratamiento de residuos industriales líquidos; en el sector comercio, se han calificado servicios mínimos en las labores asociadas al manejo de residuos o basuras en las empresas de venta de bienes que pueden sufrir descomposición, únicamente con el objeto de no generar vectores de carácter medioambiental por el no tratamiento de estos bienes; en el sector de transporte y

57 Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4346/0092, de 28 de octubre de 2016.

almacenamiento, se ha justificado la imposición de servicios mínimos en las labores asociadas al control en la recepción de materias orgánicas provenientes del extranjero, con el objeto de evitar el ingreso de plagas o enfermedades que puedan afectar la salubridad de la población o al medio ambiente; en el sector enseñanza se ha justificado la imposición de servicios mínimos en relación a las labores de control de residuos en laboratorios y el control de la mortandad de animales en algunas universidades. Finalmente, en el sector de la salud humana y asistencia social, bajo esta causal se ha justificado la imposición de un servicio mínimo en las labores de tratamiento de residuos intrahospitalarios y de esterilización de implementos médicos.

En cuanto a las causales destinadas a garantizar servicios de utilidad pública y atención de las necesidades básicas de la población, se han calificado servicios mínimos en la industria manufacturera, particularmente para la distribución de un medicamento que no tiene sustituto en el mercado nacional, con la finalidad de garantizar la salud de la persona; en una empresa de suministro de gas, exclusivamente en cuanto a la venta de gas a granel, dado que a diferencia de la venta de gas a cilindro, el uso del estanco está restringido a la empresa propietaria del mismo, siendo imposible sustituir al oferente del producto por otra empresa del sector; empresas de tratamiento de aguas servidas, en las labores vinculadas al tratamiento de aguas residuales al no ser posible abordar dichas labores por otros actores del mercado; empresas cuyo giro es el tratamiento final de residuos sólidos o líquidos, ante la imposibilidad de adoptar medidas alternativas que permitan abordar los efectos de la cesación de labores en su totalidad. En el sector transporte, por su parte, se ha justificado la imposición de servicios mínimos exclusivamente en aquellos tramos donde no existe otra alternativa de transporte público; en el sector financiero, se ha entendido la necesidad de mantener un mínimo de actividad en las labores vinculadas con el retiro de fondos propios en instituciones bancarias, ya que a través de dicha actividad se garantiza un servicio de utilidad pública, al existir una necesidad por parte de los clientes de retirar su dinero. Junto con ello, se ha justificado la necesidad de garantizar el servicio de bloqueo de tarjetas, con el objeto de prevenir usos maliciosos o fraudulentos, salvo que dichas labores se encuentren externalizadas; en relación a las empresas Administradoras de Fondos de Pensiones, se ha estimado procedente mantener un mínimo de actividad en relación a las labores vinculadas con el control centralizado de los fondos de los afiliados y el manejo adecuado de los mismos, en atención a las consecuencias que la abstención de estas labores pueden generar para los cotizantes del sistema. Junto con ello, se consideró necesaria la mantención de un mínimo de actividad en las tareas vinculadas con la recepción de solicitudes de pensión de invalidez en el caso de trabajadores cesantes,

en atención a los efectos de su no realización oportuna; en relación a las actividades de atención de la salud humana y de asistencia social, se ha estimado necesario mantener un mínimo de actividad en el servicio médico destinado a atender urgencias y a los pacientes previamente hospitalizados. Con el objeto de hacer posible esa atención médica, se han incluido también las funciones de apoyo, tales como laboratorios, imágenes, pabellones, etc., siempre que estén vinculados a las labores de urgencia y hospitalización.⁵⁸

En general, la labor de concretización de los supuestos de aplicación de esta medida de limitación del derecho de huelga realizada por la autoridad laboral se ha ajustado a los estándares internacionales, en especial, a los criterios sustentados por el CLS en cuanto a los casos en que concurren las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento. Así ha ocurrido por ejemplo en el sector de transporte de pasajeros, portuario, recolección de basuras, los bancos, el Instituto Monetario, sector educación, en caso de huelgas de larga duración, etc.⁵⁹ Ahora, en muchos de los casos donde la autoridad administrativa ha procedido a calificar servicios mínimos y equipos de emergencia (empresas suministradoras de gas, sector financiero en relación a labores vinculadas con el retiro de fondos propios y las Administradoras de Fondos De Pensiones), la imposición de servicios mínimos resulta ser una medida desproporcionada, ya que para evitar los daños a los usuarios, basta con dar una publicidad adecuada de la huelga. Así, por ejemplo, ocurriría en el sector financiero, ya que los clientes al saber con una anticipación adecuada que se interrumpirán los servicios brindados por las entidades bancarias, podrán anticiparse y disponer de sus fondos propios antes de que se haga efectiva la medida de presión.

Junto con ello, es importante destacar que se ha respetado el criterio restrictivo a la hora de determinar la procedencia de aplicar esta medida de limitación, analizándose si efectivamente se trata de una

58 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", pp. 34 y ss.

59 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, pp. 133 a 135.

medida estrictamente necesaria⁶⁰ y de si existen o no otras empresas en el mercado que garanticen los intereses puestos en peligro con la huelga. Además, del informe de estándares técnicos se desprende que el órgano administrativo determina con precisión cuáles serán las concretas prestaciones o áreas de actividad donde debe mantenerse una cuota o porcentaje mínimo de actividad. Lo cuestionable de esta actuación viene dado por la falta de publicidad de las resoluciones de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, en específico, de los criterios que se han manejado, no para calificar si es procedente o no esta medida de limitación, sino que para determinar la cuota o porcentaje de actividad que deberá mantenerse durante la huelga. Ante la falta de publicidad de las resoluciones que han calificado servicios mínimos y equipos de emergencia, se hace imposible analizar si estos han sido fijados con un criterio restrictivo o, por el contrario, han sido excesivos, al punto de llegar a anular la efectividad del derecho de huelga.

2.4. El control judicial del acto de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia

Uno de los aspectos más cuestionables de la regulación de los servicios mínimos y equipos de emergencia es que nuestro legislador laboral no consagró un mecanismo de impugnación específico en contra de la resolución administrativa que admite la imposición de servicios mínimos en una determinada huelga y procede a calificarlos, así como de la resolución que califica los equipos de emergencia. Incluso, el texto legal pareciese indicar que no existiría tal posibilidad, al disponer que la resolución que califica los servicios mínimos y los equipos de emergencia solo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.⁶¹

Ahora, esta interpretación que agota las vías de impugnación de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia en la reclamación ante el Director Nacional del Trabajo debe ser

60 El juicio de necesidad está expresamente consagrado en nuestra legislación al exigirse que los servicios mínimos deben ser estrictamente necesarios (artículo 359 del Código del Trabajo), lo que implica que esta restricción debe ser una medida indispensable, de *ultima ratio*, sin que exista otra alternativa jurídica y materialmente posible para lograr la protección de los bienes jurídicos y derechos taxativamente señalados por el legislador. Así por ejemplo, frente a requerimientos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia ingresados por empresas de transporte público de la Región Metropolitana, la Dirección del Trabajo ha procedido a denegar tales solicitudes al no resultar estrictamente necesaria la limitación, dado que el Directorio de Transporte Público detenta potestades legales para la imposición de medidas con el objetivo de atender el servicio que ha dejado de prestarse con otros operadores del sistema integrado, existiendo en consecuencia otra alternativa a la restricción del derecho de huelga. Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 42.

61 Inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo.

totalmente descartada,⁶² toda vez que en un Estado de derecho los actos de la administración deben estar sujetos a control judicial con el objeto de velar por su conformidad con la ley y, además, para hacer posible el principio de tutela judicial efectiva.

De este modo, ante el silencio de nuestro legislador laboral debemos recurrir al principio de tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución (artículo 19 n° 3);⁶³ al deber constitucional de inexcusabilidad de los Tribunales (artículo 76); al principio de interdicción de la arbitrariedad que asegura a las personas “que los actos de todos los órganos del Estado deben ser controlados jurisdiccionalmente en su respeto a la Constitución y a las leyes”,⁶⁴ y al derecho de los ciudadanos consagrado también en la Constitución de recurrir a los Tribunales de Justicia cuando han sido lesionados sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o por las municipalidades (artículo 38). De ese modo no cabrá duda alguna de que el acto administrativo por medio del cual se califican los servicios mínimos y equipos de emergencia es recurrible ante la justicia para los efectos de que un órgano autónomo del Estado controle la proporcionalidad de la limitación impuesta al derecho de huelga de los trabajadores, en específico, para que verifique que la imposición de servicios mínimos es una medida idónea para dar tutela a algunos de los bienes jurídicos indicados por el legislador; que no existe otra medida de limitación para evitar el peligro de daño de los mismos, siendo en consecuencia la única medida idónea para tales fines y, fi-

62 La interpretación que entendía que la reclamación de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia se agotaba en la instancia administrativa (ante el Director Nacional del Trabajo) pretendió imponerse en la primera ola de reclamaciones judiciales interpuestas tras la entrada en vigencia de la reforma laboral. Entre otras: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de octubre de 2017, recaída en la causa Rol 1635-2017, caratulada “Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de enero de 2018, recaída en causa Rol 2173-2017, caratulada “Tecnoglobal S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 2 de marzo de 2018, recaída en la causa Rol 2040-2017, caratulada “CMPC con Dirección Nacional del Trabajo”.

Afortunadamente, esta línea jurisprudencial que niega la competencia de los Tribunales del Trabajo fue revertida, al estimarse que con dicha interpretación se vulneran los principios básicos que gobiernan un Estado Democrático de Derecho. En esa línea se inscribe la sentencia de fecha 18 de abril de 2018 pronunciada por la Corte Suprema en causa Rol 832-2018, caratulada “Tecnoglobal S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

63 El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un reconocimiento constitucional implícito en el artículo 19 n° 3, inciso 1°, de la Constitución. Su finalidad, como ha advertido el Tribunal Constitucional, es que las personas puedan acceder al proceso como medio. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 815 (2008), considerando 10°.

64 Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica, Tomo I, 1994, p. 109.

nalmente, que ese peligro de daño es de una entidad tal que justifica sin duda alguna la necesidad de someter el ejercicio del derecho de huelga a esta importante restricción.⁶⁵

La tesis favorable a la posibilidad de impetrar el control jurisdiccional de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia ha sido confirmada por la Corte Suprema⁶⁶ al entender que una interpretación contraria constituye una clara vulneración a los principios básicos que gobiernan un Estado de Derecho.

En base a lo anterior, y entendiendo que el principio de inexcusabilidad consagrado en la Constitución no solo se expresa como una prohibición al juez de eludir la decisión de la cuestión que se somete a su conocimiento, sino que también como una prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que cumpla las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política, es decir, que esté bajo la órbita de su competencia, la Corte concluye que los Tribunales del Trabajo son absolutamente competentes para conocer de la reclamación judicial en contra de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia. Dicha conclusión, precisa la Corte, se ve reafirmada por lo establecido en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, que consagra el derecho de las personas a reclamar ante los Tribunales por las lesiones que la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades causen en sus derechos, y por la garantía básica consagrada en el mismo texto constitucional de un justo y racional procedimiento que debe ser sustanciado y resuelto por un juez imparcial. De esta manera, la única interpretación que cabe dar al inciso undécimo del artículo 360 del Código del Trabajo es que la reclamación administrativa se agota ante el Director Nacional del Trabajo, lo que en modo alguno puede ser entendido como una privación al afectado de acudir a la sede jurisdiccional.⁶⁷

En ese sentido es importante recordar que el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que, “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”.⁶⁸

65 José Luis Ugarte, *Huelga y derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 235-236.

66 Sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 18 de abril de 2018, Rol 832-2018.

67 Considerandos 4°, 5° y 10° de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 832-2018.

68 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, p. 133.

3. LA REANUDACIÓN DE FAENAS Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Finalmente, en cuanto a la acción judicial de reanudación de faenas, de acuerdo a los supuestos de aplicación previstos en la norma, podemos concluir que para poder activar la intervención judicial debe tratarse de una huelga en curso, donde no se haya dispuesto la obligación de garantizar servicios mínimos, y que por sus características, oportunidad o duración, se esté causando un grave daño a la salud, medio ambiente,⁶⁹ abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional. Se trata, en consecuencia, de una medida de urgencia –procede frente a situaciones de grave daño–,⁷⁰ que debe ser decretada por un Tribunal, previa solicitud de parte.⁷¹

Si bien esta medida debe ser decidida por una autoridad judicial, la actual configuración normativa de la reanudación de faenas sigue alejándose de los estándares internacionales y de las recomendaciones que ha formulado la Comisión de Expertos de la OIT al gobierno chileno. En primer lugar, porque los servicios respecto de los cuales puede solicitarse la reanudación de faenas van más allá de los servicios esenciales en sentido estricto, único ámbito donde cabe una

69 El criterio habilitante para solicitar la reanudación de faenas por grave daño al medio ambiente, fue incorporado con la Ley 20.940. En la anterior redacción de la norma los únicos criterios que habilitaban para decretar la reanudación de faenas eran el grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

70 En ese sentido, la Dirección del Trabajo por medio del Ordinario N° 441/7 de 25 de enero de 2017, señaló que la finalidad de la reanudación de faenas es evitar las graves consecuencias que una huelga o cierre temporal pueda ocasionar a la salud, el medio ambiente, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. En consecuencia, para que pueda operar esta medida de intervención extraordinaria el órgano fiscalizador ha precisado que resulta necesario que exista una huelga en curso, que por sus características, oportunidad o duración, cause un grave daño a la salud, medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional.

71 Antes de la reforma de la Ley 20.940, la potestad de decretar la reanudación de faenas era entregada al Presidente de la República, en caso de producirse una huelga o *lock-out* que por sus características, oportunidad o duración cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (artículo 385 del Código del Trabajo).

En reiteradas oportunidades la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló al gobierno chileno que la reanudación de faenas debería ser impuesta por la autoridad judicial, a petición de la autoridad administrativa, para de ese modo garantizar la imparcialidad de la medida. Solicitud directa (CEA-CR). Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT (2003). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Chile.

El Gobierno chileno, solo tras la reforma de la Ley 20.940, ajustó su normativa a tal exigencia, entregando la decisión de decretar la reanudación de faenas a la autoridad judicial. Ahora, al menos desde el año 1990 a la fecha de entrada en vigencia de la reforma laboral, no existieron decretos que hubiesen ordenado la reanudación de faenas en caso de huelga, de acuerdo a lo informado por la Subsecretaría del Trabajo con fecha 12-08-2016.

prohibición total del derecho de huelga, cuestión que ha seguido siendo observada por los organismo de control de la OIT, señalándose al gobierno chileno que si bien la decisión de ordenar la reanudación de faenas ha sido entregada a la autoridad judicial, la legislación nacional sigue apartándose de los estándares internacionales, toda vez que la referida medida se puede ordenar más allá de los servicios esenciales en sentido estricto del término, específicamente porque se incorpora el criterio de grave daño para el medio ambiente y porque se sigue consagrando el de grave daño a la economía del país.⁷² En segundo lugar, porque el legislador, junto con entregar la titularidad de la acción a la Dirección del Trabajo, la puso en manos de la parte empresarial, con lo cual esta herramienta puede llegar a ser utilizada con una finalidad ajena a la de tutela de los terceros potencialmente afectados con la medida de paralización, pasando a convertirse en una estrategia empresarial para poner fin al conflicto.⁷³

Ahora, en tanto medida de intervención extraordinaria, que opera ante un grave daño a los bienes jurídicos objeto de tutela, estimamos que la acción judicial de reanudación de faenas debe operar bajo la lógica de la *ultima ratio*, de forma completamente excepcional. Ello porque se trata de la máxima restricción que puede ser impuesta a una huelga en curso: una orden de poner fin a la huelga y someter el conflicto a arbitraje obligatorio. De otro lado, estimamos que esta medida restrictiva debió haber sido eliminada del elenco de límites al ejercicio del derecho de huelga, toda vez que perfectamente en el debate legislativo que dio origen a la Ley 20.940 se pudo haber consagrado el deber de garantizar un mínimo de actividad cuando una huelga, por sus características, duración o extensión, cause un grave daño a la salud, vida y seguridad de la población, medida mucho más benigna que la orden de poner fin a la huelga.⁷⁴

72 Solicitud directa (CEACR). Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Chile.

73 Recordemos que la OIT había indicado al gobierno chileno que la orden de reanudar las faenas debía ser decidida por la autoridad judicial, previa solicitud de la autoridad administrativa. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.940, la titularidad de la acción fue entregada a la o las empresas, a la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según sea el caso (inciso 2º del artículo 363 del Código del Trabajo).

74 Otro inconveniente que se vislumbra con esta nueva figura de reanudación de faenas previo requerimiento judicial, es que el ejercicio del derecho de huelga se judicializará y se entregará a los empresarios una herramienta potente para paralizar el conflicto y mermar el poder negociador del sindicato. Una crítica sobre la judicialización excesiva introducida con la reforma laboral la encontramos en: Daniela Marzi, "Algunas ideas sobre relaciones colectivas, judicialización y monitorio", XXII Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Análisis crítico de la reforma al sistema de relaciones sindicales en Chile, 2015, pp. 136 a 151.

CONCLUSIONES

A más de un año de la entrada en vigencia de la Reforma Laboral hemos podido constatar que los límites que reguló el legislador para el ejercicio del derecho de huelga han desbordado la finalidad de protección de los intereses constitucionales de terceros. Primero, porque la prohibición absoluta de ejercicio de este derecho esencial se ha extendido a sectores o empresas cuya finalidad no es la satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad —el concepto estricto de servicios esenciales manejado por la OIT para justificar la prohibición de este derecho. Segundo, porque a la hora de decidir la inclusión de una empresa al listado prohibitivo no se distingue entre sus áreas de actividad y, por tanto, cuáles de sus trabajadores estarán afectados a la referida prohibición, para de ese modo respetar el carácter estricto o restringido de los límites de los derechos fundamentales. Tercero, porque la medida para compensar la ausencia del derecho de huelga resulta completamente ineficaz si el legislador impone al Tribunal Arbitral la obligación de fallar sobre la base de alguna de las proposiciones de las partes.

En cuanto a la institución de los servicios mínimos, la principal crítica que cabe realizar dice relación con la determinación de sus supuestos de procedencia, en primer lugar, porque dos de sus causales de aplicación se superponen con los supuestos fijados para determinar el ámbito de prohibición del derecho de huelga —garantizar la prestación de servicios de utilidad pública y la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, seguridad y salud de las personas— y, segundo, por la amplitud de la causal de prevención de daños ambientales y sanitarios.

Respecto al procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, estimamos que dicha labor debe estar radicada en los titulares de los intereses en conflicto (trabajadores y usuarios), excluyéndose, por tanto, de la negociación a la parte empresarial. Ahora, como los usuarios no gozan de una estructura organizacional, será la autoridad administrativa, en tanto garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la que actuará como representante de sus legítimos intereses. De esta manera se garantizará que los servicios mínimos no sean una imposición empresarial, cuestión altamente probable en nuestra realidad sindical, donde gran parte de los sindicatos no cuentan con el poder suficiente para entablar una negociación en igualdad de condiciones.

Junto con ello, cabe criticar el criterio sustentado por la Dirección del Trabajo en relación a la imposibilidad de impetrar un control judicial del acto administrativo que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Finalmente, en cuanto a la institución de reanudación de faenas, si bien se ajustó a la exigencia formulada por los órganos de control de la

OIT en relación a que sea resuelta por una entidad independiente, se sigue fijando su ámbito de aplicación más allá del concepto estricto de servicios esenciales.

RECOMENDACIONES

Para que la huelga sea una herramienta de presión eficaz y, por tanto, pueda equiparar la cancha –disminuir la asimetría de poder que existe al interior de la relación laboral–, es necesario que los límites que se impongan a su ejercicio deriven exclusivamente de la necesidad de conciliar su ejercicio con los derechos fundamentales de terceros de carácter vital. En esos términos, las recomendaciones que cabe realizar para que los límites al derecho de huelga se ajusten a esa finalidad de tutela y no se conviertan en herramientas destinadas a anular su efectividad, son las siguientes:

1. Derogar la prohibición absoluta de ejercicio del derecho de huelga.
2. Derogar la acción judicial de reanudación, y en casos que por las características, duración o extensión de una huelga se cause un grave daño a los derechos a la vida, salud o seguridad de las personas, se debe activarse la medida de limitación de servicios mínimos, los que deben ser acordados por las partes. Solo ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, debe intervenir una autoridad imparcial (idealmente un órgano autónomo) para determinar la procedencia de esta medida de limitación y su nivel o alcance.
3. Determinar con mayor precisión la institución de los servicios mínimos, debiendo el legislador determinar con mayor precisión sus causales de aplicación, restringiéndolos a aquellos servicios destinados a garantizar los intereses vitales de la sociedad (vida, salud y seguridad de las personas). Ahora, como los intereses en conflicto son los de los trabajadores que desean ejercer en plenitud su derecho de huelga, por un lado, y los de los usuarios que no quieren ver alterada la satisfacción de sus intereses vitales, por otro, quienes debiesen intervenir en la calificación de los servicios mínimos son precisamente los titulares de tales intereses, esto es, las organizaciones sindicales y los usuarios. Como estos últimos carecen de una estructura organizacional, será la autoridad administrativa, en tanto representante de sus legítimos intereses, la que deberá actuar en dicha negociación. En caso de que no se logre acuerdo, podrá prever que las diferencias de las partes sean resueltas por un tribunal arbitral o un órgano autónomo creado por ley.
4. Consagrar de forma expresa en la ley un procedimiento de impugnación judicial, en caso de que los servicios mínimos y equipos de emergencia sean calificados por algún organismo del Estado.