

PROBLEMAS ASOCIADOS AL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS Y EQUIPOS DE EMERGENCIA, EL ROL DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL.

PROBLEMS OF THE QUALIFICATION PROCEDURE OF THE MINIMUM SERVICES AND THE EMERGENCY EQUIPMENT AND THE JURISDICTIONAL CONTROL

FRANCISCO JAVIER NEIRA REYES*

Resumen: La Ley N° 20.940 consagró los servicios mínimos y equipos de emergencia asumiendo una visión de conflicto privado, alejándose de los fines tradicionales de esta institución laboral, la que se encuentra asociada al resguardo de derechos trascendentales de la comunidad. Esta situación se evidencia en la construcción del procedimiento administrativo y en la labor que ha asumido la Dirección del Trabajo, generando consecuencias respecto a las cuales el rol de los Tribunales resultará trascendental pero insuficiente, pudiendo esbozarse la necesidad de ajustes normativos.

Palabras clave: Servicios mínimos; Huelga; Derecho Fundamental; Control Jurisdiccional; Discrecionalidad.

Abstract: Law 20.940 established a private conflict vision of the minimum services and the emergency equipment, moving away of the traditional purposes of this institution, and assumed an eminently private conflict vision, which distances it from its traditional purposes associated with the protection of transcendental rights of the community. This situation will have repercussions on the performance of the Labor Directorate and the role of the chilean courts of justice.

Key words: Minimum Services; Strike; Fundamental Right; Jurisdictional Control; Discretion.

I. Introducción.

De acuerdo con el Mensaje Presidencial N° 1055-362, de 29 de diciembre de 2014, que inicio la discusión parlamentaria que concluyó con la promulgación de la Ley N° 20.940, el ejecutivo de la época, al menos en términos discursivos, tenía el ánimo de fortalecer la actuación de los sindicatos a través de diversos mecanismos tendientes a robustecer la acción colectiva.¹ No obstante las opiniones que puedan existir respecto al

*Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. fjneira@ug.uchile.cl
Este trabajo fue recibido el 17 de octubre de 2018 y aprobado el 25 de diciembre de 2018.

cumplimiento de dicho objetivo, es posible advertir que la incorporación de la institución de los Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, en la forma realizada en la Ley N° 20.940, ha sido uno de los aspectos que ha tenido impactos importantes en el escenario de las relaciones colectivas del trabajo, institución que tiene la paradójica misión de limitar el ejercicio de huelga frente a determinados presupuestos definidos por la normativa laboral en favor de otros derechos o bienes jurídicos considerados superiores por el legislador.

En este sentido, el impacto de la regulación asociada a los Servicios Mínimos ha generado una discusión del alcance de las limitaciones del derecho de huelga y la posibilidad de actuación de los tribunales, tomándose también la coyuntura política,² correspondiendo advertir que muchas veces, en este último escenario, se plantean críticas bajo un supuesto argumento de autoridad técnico-jurídica las que, sin embargo, se trata de cuestionamientos que atacan los fines propios de esta institución jurídica laboral, buscando responder a reivindicaciones de ciertos sectores de la sociedad civil³ y sobrepasando la justificación propia de los servicios mínimos como una limitación al derecho fundamental de huelga (Gamonal, 2013: 105-127).

Así las cosas, es posible advertir que existen falencias respecto a la visión o comprensión de lo que implica la limitación a un derecho fundamental y, particularmente, el rol de los servicios mínimos ante el ejercicio de huelga, situación que pareciera estar alimentada por la comprensión de que esta institucionalidad laboral buscaría dar respuesta al fin del reemplazo de trabajadores en huelga⁴, consagrado por la Ley N° 20.940, lo que desde ya podemos advertir como errado.

¹ En este sentido, el Mensaje del Proyecto de Ley señalaba: «el ordenamiento normativo laboral en materia de derechos colectivos establece un conjunto de instituciones que, en lo sustantivo, deja en una posición muy asimétrica a las partes para negociar colectivamente. En consecuencia, se requiere nivelar las condiciones institucionales de la relación laboral, de manera que trabajadores y empleadores puedan negociar con igualdad de medios al interior de la empresa, potenciando la confianza, la colaboración estratégica y también buscando una mejor distribución de las ganancias de productividad» Biblioteca Del Congreso Nacional (2016): Historia de la Ley N° 20.940. Mensaje Presidencial N° 1055-362, de 29 de diciembre de 2014, Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. (Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional) P.6

² A modo de ejemplo, encontramos la cobertura de la huelga acaecida en la empresa Clínica Dávila en la que pese a calificarse Servicios Mínimos, la empresa decidió cerrar el Servicio de Urgencia durante la paralización. El Pulso (2018). «Trabajadores de Clínica Dávila Inician huelga y gobierno revisará la actuación de la DT». Disponible en: «goo.gl/dHoV6o».

³ En este sentido, el Ministro del Trabajo, Sr. Nicolás Monckeberg, señalaba en el marco de una eventual reforma a la institución de los servicios mínimos que «Los cambios a los servicios mínimos y las adecuaciones necesarias se deben mejorar vía dictámenes y cambio legal para clarificar mucho más el concepto. Una cosa es terminar el reemplazo interno de la huelga y otra cosa muy distinta es pretender que cualquier huelga implica paralización. Esa es una interpretación equivocada e injusta». La Tercera (2018) Entrevista a Nicolás Monckeberg. «Cambios a la reforma laboral apuntarán a evitar que una huelga se transforme en una paralización». Disponible en: «goo.gl/TFFXPM».

⁴ Sobre el particular, estimamos que es un fin discursivo la prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga, esto si se considera lo dispuesto en el inciso final del artículo 306 del Código del Trabajo, el establece que «la negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga». Cabe destacar que esta disposición modificó la doctrina de la Dirección del Trabajo existente de forma previa a la entrada en vigor de la Ley N°20.940, contenida en Ord. N°3403/059, de 28 de julio de 2006, que establecía «La empresa principal no podría asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus

Por lo anterior, en el presente trabajo abordaremos la regulación existente en nuestro país en materia de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, abordando la interpretación que se ha adoptado en su aplicación y ciertas particularidades del procedimiento a través del cual se materializa esta normativa, lo anterior con el objetivo de dar cuenta de las problemáticas existentes en su génesis.

Posteriormente, teniendo presente las diversas consideraciones en relación con el procedimiento administrativo de calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, relevante será revisar el rol de la Dirección del Trabajo y la actuación de los tribunales de justicia, deteniéndonos particularmente en el alcance del control que estimamos tiene la judicatura respecto de las actuaciones de la Dirección del Trabajo, debiendo considerar para ello la naturaleza de facultad que esta desempeña.

Tras lo señalado, a modo de conclusión, se expondrán una serie de interrogantes en atención a las problemáticas planteadas en el trabajo, las que deben ser respondidas en miras de eventuales modificaciones legislativas que se plantean en la materia⁵.

Desde ya podemos advertir que el procedimiento de calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia tiene un pecado de origen, el que se ha producido al pensar, en su construcción normativa, que esta institución laboral se encontraba destinada a atender un conflicto de carácter privado, alejándose de la visión tradicional de este tipo de medidas, en que la limitación del derecho de huelga responde al resguardo de derechos trascendentales de la comunidad.

Así, este último aspecto en nuestra legislación parece ser cuestionable o no se cumple en su totalidad, esto si se revisa las hipótesis destinada a restringir la huelga, el rol que se ha otorgado a las partes en el procedimiento y en la fijación de servicios mínimos y, finalmente, la posición que ha asumido la Dirección del Trabajo en dicho escenario, la cual ha venido acompañada de una opinión técnica-jurídica que tampoco se apega al espíritu de este tipo de institución laboral, abogando por una suerte de limitación del derecho de huelga de carácter discrecional.

Ahora bien, a propósito de la comprensión del procedimiento de calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, estimamos que la Dirección del Trabajo ha asumido un rol específico a propósito de su facultad decisoria en la materia, la que, conforme a su naturaleza, permite establecer el alcance o nivel del control que corresponderá ejercer a los Tribunales de Justicia en materia de servicios mínimos cuando se trata de actuaciones de la Administración, derecho que consideramos, a estas alturas del partido (jurisprudencia), básico y necesario para el desarrollo del sistema democrático y que permitirá contrarrestar las falencias que estimamos tiene la construcción normativa de esta institución laboral.

propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales».

⁵ De acuerdo con lo que da cuenta el Diario Financiero, una Mesa Técnica constituida por el Ministerio del Trabajo habría propuesto que los Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia fuesen calificados directamente por los Organismos Técnicos, encontrándose en proceso de confección un documento con esta medida y una serie de reformas en materia laboral. Diario Financiero (2018). No más DT: expertos plantean que organismos técnicos califiquen servicios mínimos. Disponible en: «goo.gl/FwXEMZ».

II. Los Servicios Mínimos y su regulación en Chile.

Servicios Mínimos como limitación al derecho de huelga.

Para comprender los Servicios Mínimos en Chile resulta inevitable considerar la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo y el desarrollo que ha existido de esta institución en la doctrina laboral. En este sentido, en relación con el concepto de los Servicios Mínimos, resulta relevante considerar la opinión del profesor Baylos, quien ha señalado que se tratan de «la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga» (Baylos Grau, 1988: 167). En este mismo aspecto, José Tribuzio señala que «son aquellas prestaciones que deben ser mantenidas indefectiblemente, ya que no consienten interrupción o preterición alguna, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en pugna con el derecho de huelga» (Tribuzio, 2015: 83).

Teniendo presente lo anterior, se advierte que los servicios mínimos surgen como una institución limitativa de la huelga, tratándose de un instrumento técnico que buscará restringir su ejercicio en favor de otro derecho, el que, en el conflicto específico, es considerado de mayor relevancia respecto a los efectos propios de la huelga.

Ahora bien, se debe dar cuenta que en doctrina existe consenso en cuanto a que el derecho de huelga no reviste efectos absolutos, lo que da lugar a instituciones limitativas de sus efectos, siendo un ejemplo de ello el mecanismo restrictivo de los servicios mínimos. No obstante, esto tiene como principal complejidad la circunstancia que no exista unanimidad en la doctrina y en los diversos países respecto a cuáles son los derechos cuya protección justifica la limitación de la huelga (Mantero, 2015: 254), es decir, pese a considerarse que los efectos de la huelga no son ilimitados, el problema radica en determinar en cuáles casos resulta justificable que el derecho de huelga ceda en caso de colisión con otro derecho fundamental, existiendo diversas decisiones normativas al respecto que permiten ejemplificar dicha situación (Mangarelli y otros, 2013), las que responderán en gran medida a las particularidades políticas de cada país y que muchas veces dan lugar, como ocurre en el caso chileno, a que la extensión de la limitación del derecho de huelga vaya incluso más allá de los supuestos que la propia Organización Internacional del Trabajo ha establecido para estos efectos.

En este orden de ideas, el organismo referido, a través del Comité de Libertad Sindical, ha señalado que

«El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales» (Organización Internacional del Trabajo, 2006: párrafo 606).

Lo relevante de los supuestos referidos por la Organización Internacional del Trabajo, tal como se advierte en Raffaghelli (Raffaghelli, 2007: 337), es que los servicios mínimos surgen en casos donde la huelga se desplaza del eje de afectación de la relación empresa-trabajador y da lugar a una afectación de bienes jurídicos considerados trascendentales para la comunidad, en donde el sujeto afectado es ajeno a la relación laboral. Por esta razón no resulta casual que se tienda a asociar el concepto de servicios esenciales o la necesidad de protección a la comunidad naturalmente con servicios mínimos, pese a tratarse de cosas distintas.

Se ha señalado en este sentido que «los servicios mínimos integran el elenco de medios técnicos instrumentales -distintos a la prohibición apodíctica del ejercicio del derecho de huelga- cuyo objeto reside en la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales durante la huelga» (Tribuzio, 2015: 83). Asimismo, en relación a la justificación de la limitación del derecho de huelga, se ha puntualizado que «el conflicto de trabajo en el ámbito de los servicios, en resumidas cuentas, origina situaciones de contraposición de intereses entre los usuarios afectados y los sujetos que cesan en la prestación del servicio, trabajadores por cuenta ajena o no, que justifican una intervención estatal tuitiva de los intereses de la parte más débil de la relación conflictual originada, que son los usuarios» (Monreal, 2008: 25).

Teniendo en consideración lo expuesto, se debe destacar que la Organización Internacional del Trabajo, durante una larga época, inicialmente sostuvo que la institución de los servicios mínimos se encontraba exclusivamente relacionada con la noción de los servicios esenciales en sentido estricto y servicios esenciales por extensión, a saber, aquellos que sin ser esenciales como consecuencia de la extensión o duración de una huelga podrían devenir en esenciales, es decir, se reservaba la restricción del derecho de huelga para casos sumamente calificados y excepcionales, e incluso se abordaba particularmente como un instrumento alternativo a la prohibición de huelga en los casos referidos. Sin embargo, tal como señala el profesor Ermida (Ermida, 2012: 44), esta situación tuvo un quiebre con la introducción de un tercer supuesto de procedencia en materia de servicios mínimos que, como ya hemos hecho presente, se refiere a la posibilidad de limitar la huelga en aquellos servicios públicos de importancia trascendental, aspecto que resulta posible evidenciar al comparar las recopilaciones oficiales de las decisiones del Comité de Libertad Sindical de los años 1996 y 2006, donde se incorpora este concepto como una nueva justificación de la limitación del derecho de huelga (Organización Internacional del Trabajo, 1994: 45).

Cabe destacar que, para el profesor Ermida, esta nueva categoría implica tolerar una mayor limitación del derecho de huelga y de paso admitir la restricción en actividades en que antes estaban vedados estos efectos, estimándose procedente la limitación de la huelga en el transporte colectivo urbano, ferroviario, de mercadería, correo, educación, sanidad animal, etcétera (Ermida, 2012: 45). En resumen, para dicho autor el concepto de servicios públicos de importancia trascendental vino a ampliar los criterios asentados por el Comité de Libertad Sindical, donde la justificación de la restricción ya no observa solamente las condiciones de existencia de la población y permite una cuestionable amplitud de los escenarios de base para la procedencia de la limitación (Ermida, 2012: 45).

Sin perjuicio de lo cuestionable que puede parecer un marco amplio de limitación tratándose de un derecho fundamental, estimamos que esta situación da cuenta del debate propio que envuelve a los efectos de la huelga, sin embargo, aún en este caso es posible

reafirmar que la limitación del derecho fundamental de huelga sigue encontrándose ligado, tal como refiriera Raffaghelli, a un conflicto entre privados que afecta derechos y bienes jurídicos trascendentales para la comunidad, siendo un mecanismo en favor de esta y que teóricamente no se encuentra pensado como una atenuación de los efectos de la huelga en favor de alguna de las partes involucradas en el conflicto colectivo o, dicho de otro modo, como una medición anticipada de riesgos para las empresas.

Hipótesis de procedencia de los servicios mínimos en el caso chileno.

Teniendo presente lo señalado, relevante resulta considerar el alcance que tendrá la institución en análisis en el caso chileno, advirtiendo para estos efectos lo dispuesto en el artículo 359 del Código del Trabajo, que consagra que la limitación del derecho de huelga resultaría procedente en aquellos casos «estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios».

El contenido del precepto normativo, en el caso de la protección a los bienes corporales e instalaciones de la empresa, escapa a los presupuestos a los que hemos hecho referencia, cuestión que marca una particularidad en el caso chileno.

Ahora bien, en conformidad a lo dispuesto en el D.F.L. N° 2 de 1967, la Dirección del Trabajo ha determinado el sentido del precepto referido, entre otros, en el Dictamen N° 5346/0092, de 28 de octubre de 2016, siendo relevante además destacar, para estos efectos, el Informe de Estándares Técnicos de Calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia de la Dirección del Trabajo, mediante el cual se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en inciso penúltimo del artículo 360 del Código del Trabajo y se da cuenta del alcance que han tenido los supuestos legales asociados a la limitación del derecho de huelga en el caso chileno.

Así, en el Dictamen N° 5346/0092, de 28 de octubre de 2018, se han clasificado las hipótesis de procedencia de limitación del derecho de huelga establecidas en el artículo 359 del Código del Trabajo, con tres tipos de servicios mínimos: 1) Servicios Mínimos de Seguridad. 2) Servicios Mínimos de Funcionamiento 3) Servicios Mínimos destinados a prevenir daños ambientales o sanitarios.

En lo que respecta a la fórmula de servicios mínimos de seguridad, estos se han relacionado a labores destinadas a la prevención de accidentes y la protección de instalaciones y bienes corporales de la empresa, siendo relevante destacar este último caso en atención a lo señalado en el acápite anterior.

Cabe destacar, tal como lo hace el Informe de Criterios Técnicos de la Dirección del Trabajo (Dirección del Trabajo, 2018), lo señalado por el profesor Tribuzio respecto a la protección de los bienes corporales: «los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, a través de la imposición de servicios mínimos, se encuentran destinados a garantizar la integridad de los trabajadores mediante la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo. Se relacionan, también, con el resguardo de la capacidad productiva de la empresa ante los efectos de la huelga y, en menor medida, con el derecho al trabajo de los no huelguistas» (Tribuzio, 2015: 71).

Atendiendo la parte final de lo referido por el profesor Tribuzio, la Administración laboral manifiesta que «dentro de las hipótesis de procedencia de los servicios mínimos y equipos de emergencia, no se encuentra la restricción del derecho de huelga con el objeto de garantizar la libertad de trabajo de los trabajadores no afectos al proceso de negociación colectiva, por el contrario, en el ejercicio de huelga nuestro legislador ha establecido, en el artículo 403 letra d) del Código del Trabajo, una medida específica consagrando que el empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, en caso de ser posible, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo» (Dirección del Trabajo, 2018: 13). Desde las consideraciones señaladas es posible observar que la Dirección del Trabajo construye el alcance de la limitación del derecho de huelga en materia de protección de los bienes corporales e instalaciones de la empresa, dando cuenta que no se trataría de una prevención respecto a todo tipo de bienes de esta naturaleza -pese a lo cuestionable que desde ya resulta la hipótesis de limitación-, lo cual parece lógico dado lo amplio que podría ser la restricción bajo este supuesto, confundiendo, a modo de ejemplo, incluso con aquellos bienes corporales que son resultado del proceso productivo mismo, aspecto que ha sido excluido por la Administración en atención a la afectación al contenido esencial del derecho de huelga.⁶

Así, en materia de bienes corporales e instalaciones de la empresa, es posible destacar que la Dirección del Trabajo ha seguido en cierta medida la visión del Profesor Sanguinetti respecto a la identificación del contenido esencial del derecho de huelga, lo cual finalmente repercutirá ineludiblemente en el alcance de la protección de los bienes corporales de la empresa. Así este último manifiesta que «Desde esta perspectiva, es importante destacar que la huelga, en tanto medida de presión, se configura como derecho cuya esencia consiste en la producción de un daño al contrincante (concretamente, el daño derivado de la no disposición de los servicios del personal), con el fin de obligarle a hacer algo que no quiere. Se trata, así pues, de una medida coactiva, que ataca la autonomía de la voluntad del empresario, y en concreto su capacidad de adoptar libremente las decisiones relativas a la marcha de la empresa» (Sanguinetti, 2002: 249).

Por lo tanto, respecto a los efectos de la huelga y su contenido esencial, tal como da cuenta la Dirección del Trabajo en su Informe de Estándares, se debe tener presente el concepto de empresa para entender la finalidad de la limitación del derecho de huelga, esto a propósito de la protección de sus bienes corporales. Por tanto, siendo la empresa una entidad compuesta por medios materiales, inmateriales y personales, la ausencia de la libre

⁶ Este criterio fue recogido por la jurisprudencia existente a la época, particularmente en Sentencia en causa RIT I-506-2017, Nestlé con Dirección Nacional del Trabajo, señalándose incluso en considerando 12° «El punto es claro y es razonable, pero el Director asume que la huelga no es inocua, que genera daño, y en ello tiene razón. De hecho ese es el poder de la huelga, si solo se tratase de “dejar de comercializar” perdería gran parte de su poder. La empresa no puede pretender no perder los insumos perecibles y el Director acierta al señalar que lo que se trata de resguardar son los bienes corporales y las instalaciones de tal modo que, concluida la huelga, pueda nuevamente iniciar su proceso productivo (no incluyendo en ese concepto a los bienes perecibles). Este será un problema que se generará para la empresa y, seguramente, lo tendrá presente al momento de negociar, pudiendo arbitrar las medidas que estime pertinentes para controlar el daño, pero no hay argumento razonable para que sean los sindicatos quienes asuman el problema del proceso productivo, con la restricción de su derecho a huelga».

disposición de los servicios de personal producirán de forma ineludible consecuencias en los medios inmateriales y materiales, por lo tanto, negar completamente un efecto en el ámbito material sería desnaturalizar las consecuencias propias o lógicas de toda huelga, afectando el contenido esencial de la misma, lo que permite advertir que no se trataría de todos los bienes corporales e instalaciones sobre las cuales recae la protección normativa, por el contrario, en dicho escenario la Administración advierte que serán aquellos que dirán directa relación con la posibilidad cierta de reanudar el ciclo productivo una vez el ejercicio de la huelga ha cesado (Dirección del Trabajo, 2018: 11).

En otro orden de ideas, en cuanto al tratamiento de los servicios mínimos de funcionamiento, se advierte en forma concordante con lo expuesto en el presente trabajo, existe una vinculación directa de la regulación nacional con los presupuestos que darían lugar a la limitación del derecho de huelga para la Organización Internacional del Trabajo, siendo posible desprender, en este aspecto, la consagración de los denominados servicios esenciales, servicios esenciales por extensión⁷ y los servicios públicos de importancia trascendental o servicios de utilidad pública,⁸ denominándose en nuestro caso como servicios de atención de necesidades básicas de la población como la salud, la vida o la seguridad de las personas y servicios de utilidad pública.

Respecto a esta última hipótesis, relevante será destacar las particularidades que presenta el derecho de huelga en nuestra legislación, toda vez que la Constitución Política de la República dispone en su artículo 19 N° 16 que «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».

Lo primero que debemos advertir es la situación en la que se encuentran los funcionarios públicos que, en el caso chileno, normativamente tienen prohibida la huelga, sin perjuicio que en la práctica sea ejercida cada año, careciendo la estipulación de toda efectividad (Álvarez, 2012: 54).⁹

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de las instituciones privadas nos enfrentamos a la paradoja que se establece una prohibición general si se atienden servicios de utilidad pública o se cause una paralización causa un grave daño a la salud, a la

⁷ En este sentido, relevante es tener presente lo dispuesto en el artículo 359 inciso 3° del Código del Trabajo, que dispone que «los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados», lo que permite la posibilidad de lograr verificar la concurrencia de servicios esenciales por extensión en relación con los efectos relacionados con la duración de la huelga, entendiéndose que la limitación de la huelga debe responder al tiempo necesario y lo que puede producirse con posterioridad al inicio de la huelga.

⁸ Se utiliza como símil por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical la noción de servicios de utilidad pública y los servicios públicos de importancia trascendental, respectivamente. Véase García, Héctor Omar. *El Derecho de Huelga*, p. 159. Disponible en «goo.gl/5FxVBv» y Organización Internacional del Trabajo (1994). *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Conferencia Internacional del Trabajo. 81° Reunión*. (Suiza, Organización Internacional del Trabajo) Párrafo 160.

⁹ Seguimos para estos efectos el concepto expuesto por el profesor Álvarez, en relación con que «la efectividad implica el reconocimiento y acatamiento de la norma por parte de los sujetos obligados a su cumplimiento» (Álvarez, 2012: 54).

economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, siendo únicamente estos últimos resultados, a nuestro juicio, los casos en que se justificaría la prohibición cuando se relaciona con servicios esenciales, cuestión que se desprende de las consideraciones de la Resolución Exenta N° 133, de 28 de julio de 2017, de los Ministros de Trabajo y Seguridad Social; Economía, Fomento y Turismo y de Defensa Nacional, en la que se determina empresas y corporaciones que se encuentran en alguno de los supuestos del artículo 362 del Código del Trabajo¹⁰.

Cabe destacar que, en la resolución referida, las distintas carteras recogieron los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo, en relación a la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, manifestando en su considerando 3° que la aplicación de esta medida era restrictiva y «el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población», haciendo referencia posteriormente a la nueva institucionalidad existente en materia de servicios mínimos y su relación con los servicios de utilidad pública.

Sin perjuicio de lo anterior, relevante resulta destacar que la Dirección del Trabajo ha determinado el alcance del concepto de utilidad pública en sus diversas resoluciones, las cuales han sido abordadas en el Informe de Estándares Técnicos de calificación de servicios mínimos, que ya hemos referido precedentemente. Sin la intención de detenernos en este punto, debemos destacar la paradoja de nuestro sistema económico a propósito del principio de subsidiariedad, en el que funciones que clásicamente eran desarrolladas por el Estado son absorbidas por privados, lo que no hace perder la finalidad de estas, es decir, que apuntan a satisfacer un interés general.

Por esta razón, en el Informe referido la Dirección del Trabajo se ha conceptualizado, a propósito de los servicios mínimos, los servicios de utilidad pública como «labores ejercidas por privados que buscan satisfacer un objetivo destinado al beneficio común o general de la colectividad, caracterizándose en su ejecución por una serie de principios, conforme lo ha manifestado la Contraloría General de la República, como el principio de Universalidad, que refiere a la accesibilidad general a actividades prestacionales de bienes y servicios que por su carácter vital o básico han de ofrecerse al conjunto de personas, y el principio de Continuidad, que permite dar cuenta de una exigencia de funcionamiento ininterrumpido del servicio en condiciones adecuadas a la

¹⁰ Artículo 362 del Código del Trabajo; «Determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga. No podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo será efectuada cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo.

Promovida la solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que fomule las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de quince días.

Efectuada la calificación de una empresa e incorporada en la resolución conjunta respectiva, sólo por causa sobreviniente y a solicitud de parte, se podrá revisar su permanencia.

La resolución deberá publicarse en el Diario Oficial y podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 402».

población que se presta, en atención a los efectos que produciría en la colectividad su total detención» (Dirección del Trabajo, 2018: 12).

Finalmente, en la regulación nacional enfrentamos una tercera hipótesis en la clasificación realizada en Ord. N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, respecto a los casos en que procede la limitación del derecho de huelga, en este sentido, la doctrina de la Dirección del Trabajo utiliza un concepto de servicios mínimos destinados a prevenir daños ambientales o sanitarios.

Finalmente, relevante será tener presente la conducción lógica que ha hecho la Administración para determinar el alcance conceptual de los daños que se buscan proteger por la vía de los servicios mínimos asociados a daños medioambientales o sanitarios. Así las cosas, en Ord. N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, en caso de los daños medioambientales se hace referencia a lo dispuesto en el artículo 2° letra e), de la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, norma que define daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes y, en lo que respecta a daños sanitarios, se ha relacionado con lo dispuesto en el artículo 3° del Código Sanitario, advirtiéndose que busca evitarse un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país.

Procedimiento de calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia.

El procedimiento para determinar los servicios mínimos y equipos de emergencia se encuentra definido en el artículo 360 del Código del Trabajo, encontrándose compuesto por una serie de actuaciones administrativas, las que se inician, en primer lugar, con una instancia de dialogo «privado», es decir, en la que no interviene la Administración y puede concluir con una calificación de servicios mínimos vía acuerdo suscrito por la empresa y la totalidad de los sindicatos existentes en ella¹¹, en el que se fijará la limitación del derecho de huelga de forma general. Ahora bien, en caso de no producirse este acuerdo, cualquiera de las partes podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, con el objetivo que se pronuncie respecto a la solicitud de limitación del derecho de huelga y determine la necesidad de restricción en caso de ajustarse a los presupuestos legales, esta resolución será reclamable ante el Director Regional del Trabajo y, frente a circunstancias sobrevinientes, podrá ser modificada cuando se afecten los presupuestos objetivos bajo los que se determinó la procedencia o improcedencia de un determinado servicio mínimo¹².

Cabe destacar que el procedimiento de calificación se realiza de forma previa a las negociaciones colectivas de la empresa, fijándose la limitación del derecho de huelga de forma abstracta y general bajo un ejercicio hipotético respecto a los efectos de una eventual

¹¹ Cabe destacar que, conforme se da cuenta en la discusión parlamentaria, la Senadora Goic manifestó que los servicios mínimos «no solamente tiene que ver con el sindicato, con el departamento respectivo, con el área de la empresa; sino con todos los servicios mínimos que se requieren en ella, y tendrá que conversarse con todos los sindicatos, si es que existe más de uno. Esto de alguna manera avanza hacia la definición de un catálogo de servicios mínimos en los sectores, en las empresas -insisto- en que sea necesario. Y busca separarlos de la instancia de negociación colectiva». Biblioteca del Congreso Nacional (2016). Votación en Sala, Legislatura 363, N° 107 Extraordinaria, 10 de marzo de 2016.

¹² En este sentido, el inciso final del artículo 360 del Código del Trabajo establece que «Por circunstancias sobrevinientes, la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación, de acuerdo al procedimiento previsto en los incisos anteriores. La solicitud de revisión deberá ser siempre fundada por el requirente».

paralización de las labores de la empresa. Posteriormente, esta determinación corresponde sea aplicada en el marco del procedimiento de conformación de equipos de emergencia, el que se verificará en la negociación colectiva reglada, a petición de la empresa, tal como regula el artículo 361 del Código del Trabajo.¹³

En el procedimiento de conformación de equipos de emergencia se determinará si, en el marco de la negociación colectiva, se verifican los fines de la calificación de servicios mínimos, es decir, si se producirá la paralización efectiva de una determinada función considerada crítica, debiendo considerar para estos efectos, entre otros aspectos, los trabajadores ajenos al proceso de negociación colectiva que habitualmente prestan funciones asociadas a los servicios mínimos, en atención a que no se encuentran eximidos de dar cumplimiento a sus contratos de trabajo y, en consecuencia, en caso de existir estos trabajadores no resultaría necesaria la limitación concreta del derecho de huelga, esto al no verificarse los presupuestos de la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, por el contrario, en caso de producirse de forma efectiva la paralización de un determinado servicio considerado crítico, corresponderá la conformación de los equipos de emergencia.¹⁴

Dicho lo anterior, teniendo presente los presupuestos bajo los cuales resulta procedente el establecimiento de servicios mínimos en nuestro país¹⁵ y habiéndonos referido, a grandes rasgos, a los dos procedimientos asociados a la institución en análisis, resultará necesario detenernos en ciertas particularidades del procedimiento administrativo asociado a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, caracterizando el rol que ha tenido la Dirección del Trabajo en este aspecto, quien finalmente, en caso de disenso entre las partes, determinará la procedencia de servicios mínimos en una respectiva empresa, frente a lo que debemos considerar los intereses que pueden encontrarse en juego

¹³ El artículo 361 del Código del Trabajo, que establece el procedimiento de conformación de equipo de emergencia, consagra que «el empleador, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo, deberá proponer a la comisión negociadora sindical los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, cuando corresponda. La comisión negociadora sindical tendrá un plazo de cuarenta y ocho horas para responder la propuesta del empleador. Si no contesta dentro del plazo señalado, se entenderá aceptada esta propuesta. En caso de negativa expresa de la comisión negociadora sindical o discrepancia en el número o identidad de los trabajadores del sindicato respectivo que deben conformar los equipos de emergencia, el empleador deberá solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie dentro del plazo de cinco días contados desde la respuesta. La Inspección del Trabajo tendrá un plazo de diez días para resolver el requerimiento. La resolución será notificada al correo electrónico designado por las partes y en contra de ella sólo procederá el recurso de reposición».

¹⁴ Esta situación es posible de extraerse de lo dispuesto en el artículo 359 inciso 3° del Código del Trabajo que establece «Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados». Así las cosas, es posible advertir que los fines vienen asociados al ejercicio hipotético de visualizar la paralización de determinadas funciones de la empresa, en consecuencia, si esta última, por las condiciones existentes al momento de la huelga, no se producen, no se verificaría la necesidad de limitar el derecho de huelga para el caso concreto.

¹⁵ Sin perjuicio de hacer presente lo cuestionable de la forma en que se ha incorporado la protección de los bienes corporales y las instalaciones de la empresa en un escenario de huelga, restringiendo este derecho por la vía de los Servicios Mínimos, pertinente será destacar que, tal como señala el profesor Tribuzio, en relación con los servicios esenciales, advierte que estos sirven de tutela de derechos fundamentales de la comunidad y, por el contrario, los servicios de seguridad y mantenimiento, asociados a la protección de los bienes de la empresa, se presentan necesarios principalmente para la protección del derecho de propiedad del empresario (Tribuzio, 2015: 70).

y el hecho que una entidad administrativa pueda determinar la limitación de un derecho de naturaleza fundamental.

III. Elementos relevantes del procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia en nuestro país.

Más allá de centrarnos en la estructura formal del procedimiento de calificación de servicios mínimos que, como hemos señalado, se encuentra establecida en el artículo 360 del Código del Trabajo, pertinente será detenernos en una circunstancia que puede pasar desapercibida en relación con el acápite anterior, particularmente en relación con los supuestos de procedencia de los servicios mínimos en Chile. Se advierte de la normativa analizada que, *a priori*, se conjugan diversos intereses en juego en la pretensión de limitar el derecho de huelga en Chile.

Por un lado, existe una pretensión ajena a los fines de la Administración como ocurre en el caso de la protección de las instalaciones y los bienes corporales de la empresa y, por otro, existe un fuerte vínculo con el objetivo último del poder público en caso de afectaciones asociadas a derechos asociados al caso de los servicios mínimos de funcionamiento, en los que existen aspectos propios del interés general que debe resguardar la Administración. Debemos advertir que, en atención a estos últimos intereses, la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido a la Administración un actor relevante en materia de restricción del derecho de huelga. Así las cosas, la entidad internacional ha señalado que:

«En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente» (Dirección del Trabajo, 2018: 133).

Ahora bien, si consideramos esta situación, paradójica es la construcción del procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia en nuestro país, particularmente en lo que respecta al rol otorgado a la Administración, puesto se visualiza una actuación más bien secundaria, la cual podría dar cuenta, en parte, de nuestra cultura jurídica en relación al tratamiento de la autotutela colectiva y sus limitaciones, en el que la limitación de la huelga se justifica en un espacio de disputa privado y se alejan de las razones que originan este tipo de medidas, las cuales son de carácter eminentemente público.

Así las cosas, en el caso chileno, por la estructura del procedimiento y el rol de la Administración, es posible advertir que se confunden los objetivos de los servicios mínimos y se utilizan bajo la justificación de protección de supuestos intereses de los privados,

restando importancia a aquellos fines que se deben cautelar realmente por esta vía, aspecto que permite elucubrar que se trataría de una especie de moneda de cambio a propósito de la prohibición del reemplazo en huelga, puesto lo relevante será, al final del día, la conformidad de la empresa frente a la necesidad de limitación que estima pertinente.

Cabe destacar que el Informe de Estándares Técnicos de la Dirección del Trabajo, da cuenta que la Administración ha tomado un rol de resolutor de conflicto entre privados, sin mayor injerencia, aun cuando se puedan poner en juego intereses que trascienden de lo privado a lo público, y aun con las implicancias que esta situación tendrá para la comunidad. Así las cosas, en dicho informe se establece:

«Teniendo presente lo expuesto, en el marco del procedimiento de calificación de servicios mínimos, al encontrarse la actuación de la Administración bajo la lógica de órgano resolutor, su labor investigativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 360, inciso 10° del Código del Trabajo, ejercida mediante la ejecución de fiscalizaciones investigativas y de la solicitud de informes técnicos, servirá de insumo entre otros antecedentes existentes en el procedimiento, sin embargo, no reemplaza la responsabilidad del requirente de acreditar su pretensión. La situación descrita no obsta a que la Dirección del Trabajo, en su rol de órgano resolutor, tenga obligaciones procedimentales, como oír a las partes del procedimiento y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. A su vez, la Administración también puede, de forma oficiosa, efectuar visitas inspectivas si lo estima pertinente, las que se encuentran circunscritas a las alegaciones de los intervinientes del procedimiento, sin embargo, con el objetivo de resaltar el rol imparcial de la Administración, pertinente es destacar que las organizaciones sindicales y las empresas, pueden acompañar informes técnicos de organismos públicos o privados y/o aportar los antecedentes que estimen pertinentes, conforme dispone el artículo 360 del Código del Trabajo y el artículo 10 de la Ley N° 19.880» (Dirección del Trabajo, 2018: 17).

Un ejemplo que demuestra el hecho que los servicios mínimos en nuestro país se asocian únicamente a un conflicto de interés entre privados, es posible extraerse de las diversas opiniones que se han vertido en la materia por parte de profesionales que han señalado ser estudiosos del fenómeno colectivo.¹⁶ En este sentido, se ha manifestado respecto a la actuación de la Dirección del Trabajo que esta ha sido excesivamente restrictiva puesto existen números paupérrimos en esta materia para las empresas o que se desatienden incluso recomendaciones de organismos reguladores o fiscalizadores en relación con las pretensiones de las propias empresas, obviando que por la naturaleza del derecho en tratamiento, su restricción se caracteriza por una procedencia excepcionalísima y que el interés a satisfacer, ante todo, es el general con excepción del caso de bienes corporales e instalaciones de la empresa.

En este sentido, la noción de los servicios mínimos nacional, conforme da cuenta la Historia de la Ley N° 20.940, se enlazó con aspectos ajenos a la justificación de la doctrina internacional respecto a la limitación del derecho de huelga (servicios esenciales, servicios

¹⁶ Diario Financiero (2017). «Servicios mínimos al pizarrón: Abogados acusan criterio “muy restrictivo” en resoluciones de la DT». Disponible en: <goo.gl/Yrfzue>.

esenciales por extensión y servicios públicos de importancia trascendentales), asociándose a otras instituciones del derecho del trabajo como el reemplazo de trabajadores o pretensiones de atenuar los efectos propios de la huelga, circunstancia que, a la larga, terminó por configurar en el inconsciente colectivo o, al menos, en el discurso mediático, que nos enfrentamos a un procedimiento cuya esencia parece ser la disputa entre privados.

En este sentido, en la discusión parlamentaria se planteó por parte de representantes del empresariado que:

«En diversos casos la paralización de algunos trabajadores impediría el trabajo de la totalidad de una empresa, perjudicando a trabajadores que no están involucrados en la huelga y, por cierto, a la empresa misma. La propuesta de contemplar acuerdos previos con el sindicato para determinar servicios mínimos y equipos para desempeñarlos, proveídos por el propio sindicato negociador, no es útil ni eficaz para garantizar una continuidad mínima de las operaciones de la empresa o establecimiento. En primer lugar, el concepto de servicios mínimos no es suficiente para explicar la necesidad de continuidad de operaciones o actividades de la empresa, que no solo tiene su causa en la posibilidad de daños a sus bienes o instalaciones, sino también en otros efectos o perjuicios que puede causar una paralización, tales como no permitir el desarrollo de sus actividades por parte de los trabajadores no involucrados (derecho al trabajo efectivo); dejar de atender servicios básicos (exámenes de salud; análisis químicos); pérdida de bienes o sustancias perecibles (frutas, productos lácteos o cárneos); riesgo de daño al medio ambiente o a la salud (manejo de sustancias peligrosas o radioactivas); incumplimiento de contratos ya celebrados o de obligaciones legales, etc. Por otra parte, hacer depender la ejecución de estas actividades críticas del mismo sindicato y de sus afiliados en huelga, no garantiza de manera alguna que sean oportuna y correctamente ejecutadas».¹⁷

Teniendo presente lo anterior, un primer problema en el desarrollo de los servicios mínimos en el caso nacional es el hecho que se ha entendido o configurado como un espacio de disputa de privados, lo que demuestra, en parte, el tratamiento particular que se ha realizado de esta institución en nuestro país, debido a que limitándose un derecho fundamental como la huelga, su justificación se centra en el interés de las partes del conflicto colectivo y no como un mecanismo garante de intereses públicos, como ocurriría en aquellos casos asociados a la noción de servicios esenciales, servicios esenciales por extensión o servicios de utilidad pública, en los que la doctrina internacional justifica la limitación del derecho de huelga.

Ejemplo de lo anterior es el juicio ventilado en el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, caratulado «Telefónica del Sur S.A. con Dirección Nacional del Trabajo», RIT I-11-2018, respecto al cual, al momento de este trabajo, aún no tiene sentencia firme. Cabe destacar que, en este caso, se impugna la resolución de calificación de servicios mínimos que consta en Resolución N° 2795, de 22 de diciembre de 2017, del Director Nacional del Trabajo, en la cual la Administración ha dado cuenta que la empresa no ha acompañado los antecedentes mínimos para efectos de determinar la eventual

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, (2016): 29.

necesidad de limitar el derecho de huelga, pese a haberse otorgado múltiples oportunidades para acompañar los mismos, circunstancia que se traduce en una falta de claridad necesaria respecto de los hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud de la empresa, razón por la que no resultó posible fijar servicios mínimos y equipos de emergencia, atendiendo la carga de justificar la limitación del derecho de huelga por parte de quien requiere su restricción.¹⁸

En dicho escenario, aun cuando el servicio de telefonía pueda tener importancia para efectos de protección de derechos de las personas asociado al servicio de utilidad pública, el procedimiento se ha levantado bajo una óptica eminentemente privada, en la que estimamos la Dirección del Trabajo cuando actúa y decide lo realiza como una especie de tercero imparcial, encontrándose la comunidad a la deriva, lo que parece dar cuenta que, en realidad, esta última nunca fue el foco y se trataba de intentar atenuar el fin «discursivo» del reemplazo de trabajadores en huelga.

Se podría pensar que dicho espacio debe ser ocupado por la propia Dirección del Trabajo, cuestión que parece cuestionable desde la lógica del debido proceso administrativo, sin embargo, podríamos cuestionarnos que incluso dicha determinación no soluciona el problema puesto que puede ocurrir, en caso que se determine una calificación de servicios mínimos vía acuerdo por la empresa y sus sindicatos, que se deje afuera elementos que resulten ser verdaderamente relevantes respecto a los efectos que una huelga puede producir a la comunidad. Por lo tanto, dicho escenario reafirma el rol la Dirección del Trabajo como tercero de un conflicto privado puesto, tal como dan cuenta las instrucciones vigentes en la materia, los requisitos del acuerdo, para entenderse alcanzado, son únicamente encontrarse suscrito por todas las organizaciones sindicales vigentes en la empresa y no haberse iniciado un proceso de negociación colectiva,¹⁹ no existiendo control alguno de la Administración respecto de su contenido, ya sea si se vulnera el carácter restrictivo de la limitación o se deja sin protección derechos fundamentales tales como la vida, la salud o seguridad de las personas.

En otro orden de ideas, también resulta ser un aspecto relevante del procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia las obligaciones de la Administración producto de su competencia resolutoria en la calificación de servicios mínimos. En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 360, inciso 10° del Código del Trabajo, «recibido el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Cualquiera de las partes podrá acompañar informes técnicos de organismos públicos o privados. Asimismo, a requerimiento de parte o de oficio, la Dirección Regional del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas».

En este sentido, relevante será detenernos en el rol de los organismos reguladores o fiscalizadores y como ha comprendido la Dirección del Trabajo la intervención de dichas entidades en el procedimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. En este sentido, en Informe de Estándares Técnicos de la autoridad laboral se ha señalado que:

¹⁸ Tal como da cuenta Alexy relevante resultará adoptar una visión de los principios fundamentales asumiendo que ordenan realizar algo en la mayor medida posible, tratándose de verdaderos mandatos de optimización (Alexy, 1993: 99). En este mismo sentido, Ugarte, 2011: 361-373.

¹⁹ Dirección del Trabajo (2017). Orden de Servicio N° 1, de 26 de enero de 2017, que Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia.

«Los informes técnicos constituyen un insumo entre otros existentes en el procedimiento, es decir, su contenido debe ser analizado y considerado conjuntamente con los otros antecedentes que conforman el procedimiento administrativo y responderán a la solicitud específica de información que realiza la Dirección del Trabajo, la que se debe efectuar conforme al requerimiento de calificación de servicios mínimos; sin embargo, el contenido del informe no reemplaza las competencias propias de la Dirección del Trabajo en la materia. En este sentido, los informes técnicos son una opinión relevante en relación a las materias consultadas pero no implican una calificación previa de los servicios mínimos y equipos de emergencia requeridos, toda vez que dicha actividad es una obligación y potestad exclusiva de la Dirección del Trabajo, en que la determinación de la limitación del derecho de huelga deberá realizarse conforme al análisis general de todos los antecedentes del procedimiento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 360 del Código del Trabajo y lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República» (Dirección del Trabajo, 2018: 18).

Ahora bien, teniendo presente lo anterior resulta pertinente considerar, por contrapartida, lo señalado por una parte de los integrantes del Consejo Superior Laboral, según da cuenta Informe de seguimiento y evaluación sobre la implementación y aplicación de la Ley N° 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, en el que se consigna que:

«Otros Consejeros por su parte, sostienen que la calificación de los Servicios Mínimos ha sido difícil para las empresas, por la carga administrativa y legal que implica para éstas. Muchas empresas no han recurrido al procedimiento de determinación, ni han llegado a acuerdo interno, y la pregunta que debe hacerse es si lo hacen por lo engorroso, conflictivo e incierto que es este proceso, o si es porque realmente no necesitan Servicios Mínimos. Asimismo, opinan que la interpretación que ha dado la Dirección de la norma legal sobre Servicios Mínimos, ha sido muy restrictiva, no considerando al efecto, los informes técnicos que los organismos especializados han emitido a este respecto. Así por ejemplo, los informes de las instituciones reguladoras, en áreas como la banca o las eléctricas, proponían Servicios Mínimos muy superiores a los que en definitiva fueron fijados por la Dirección del Trabajo. Estos informes, a juicio de una parte de los Consejeros, si bien no tienen que ser vinculantes, si deberían ser sopesados en la calificación de la Dirección del Trabajo» (Consejo Superior Laboral, 2018: 32).

En atención a lo señalado, preciso resulta advertir que en el marco del procedimiento de calificación de servicios mínimos los informes de los organismos reguladores y fiscalizadores no son vinculantes para la decisión que adopte la Dirección del Trabajo, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo y reconociendo que el procedimiento resulta ser eminentemente técnico, conforme a la doctrina de la Dirección del Trabajo, particularmente en Ord. N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, esta circunstancia no libera de la obligación de todo acto

administrativo de encontrarse debidamente fundado, circunstancia que, conforme se dará cuenta, adquiere relevancia en relación con la necesidad de control jurisdiccional.

En este sentido, como señala Moraga (Moraga, 2012: 349), cuando la ley exige que un acto sea fundado, como ocurre en este caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 360 inciso 11° del Código del Trabajo, implicará que se fundamente la causa, el motivo y el objeto de la decisión en términos formales, lo que se denomina motivación, la que de encontrarse ausente conduce a la ilegalidad del acto administrativo al atentar contra la seguridad jurídica de las personas y la protección de la confianza legítima, en este último caso asociado al hecho que sus solicitudes serán consideradas razonablemente por la Administración.

Por lo expuesto en el presente acápite, sin perjuicio de otras particularidades que puedan existir a propósito del procedimiento de calificación de servicios mínimos, en lo que respecta al control jurisdiccional relevante será considerar lo ya señalado, en primer lugar, el rol que ha asumido la Dirección del Trabajo y la competencia legal que se ha otorgado en la materia y, por otro, la necesidad de fundamentación de todo acto jurídico, no siendo la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia una excepción a lo manifestado, considerando para estos efectos el hecho que los informes técnicos no resultan vinculantes para la Administración, aspecto que encontrará también justificación en lo que analizaremos a continuación.

IV. El control jurisdiccional de la actuación de la Dirección del Trabajo en el marco de la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.

De forma previa estimamos necesario puntualizar el resultado de dos recursos de queja que abordan el control de las resoluciones de la Dirección del Trabajo en el marco de los servicios mínimos.²⁰ En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha rechazado ambos recursos y no ha ejercido sus facultades disciplinarias, sin embargo, como ocurre en Rol N° 832-2018, a propósito del proceso que enfrentaría a «Tecnoglobal S.A. con Dirección del Trabajo», el máximo tribunal ha manifestado de oficio la posibilidad de revisión del acto emitido por la Autoridad Administrativa, según da cuenta considerando 4°:

«Que, en efecto, y aun cuando se acude por los jueces al concepto de incompetencia absoluta, lo cierto es, que en estricto rigor se priva a los involucrados, en la especie al recurrente, de su derecho de acceder a la jurisdicción, desatendiendo con ello, entre otros, el principio de inexcusabilidad que nuestra Constitución Política de la República consagra en el artículo 76, texto que reconoce exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado. Añade el texto que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”. Esta última prevención es reiterada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

²⁰ Corte Suprema, sentencia de 18 de abril de 2018, en causa Rol N° 832-2018 y Corte Suprema, sentencia de 7 de marzo de 2018, en causa Rol N° 1180-2018.

El recién referido principio de inexcusabilidad debe necesariamente ser vinculado a la noción de debido proceso y, específicamente con el ejercicio del derecho de acción, en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no sólo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama (así lo proponen los profesores Luis Guilherme Marinoni, Álvaro Pérez Ragoné, y Raúl Núñez Ojeda, en su obra *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, de Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010, pp 195-206).

De esta manera, no es extremo reconducir este concepto a la idea de que la inexcusabilidad, además de expresarse como una prohibición al juez de eludir la decisión de la cuestión que se somete a su conocimiento, también configura la prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que, cumpliendo las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política de la República, deba caer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente, conclusión que se ve claramente reafirmada y complementada con el tenor del inciso segundo del artículo 38 de la carta magna, al señalar que *Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño. Ninguna duda cabe que en la especie se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica que genera y hace operativo el poder-deber entregado a los tribunales para conocer de él y de resolverlo por la vía del instrumento denominado proceso, y con efecto de cosa juzgada».*

Compartiendo la visión de la Corte Suprema y sin perjuicio de la discusión procesal en la materia, en esta decisión resultará necesario responder a la pregunta de qué es aquello que la judicatura puede analizar al momento de conocer acerca de la decisión de la Administración en los procedimientos de calificación, entendiendo que, finalmente, este será el marco de acción que tendrán los tribunales respecto al control de las actuaciones de la Dirección del Trabajo.

Así las cosas, podemos enunciar que una alternativa será controlar, por un lado, la legalidad del acto para proceder a su confirmación o a la nulidad bajo un aspecto meramente formal o, por otro lado, nos enfrentamos a un tribunal que además de conocer el cumplimiento de los requisitos formales podrá atender el fondo de la decisión administrativa y, consecuentemente, referirse a la determinación adoptada por la Dirección del Trabajo.

En este sentido, en relación con las posibles vías de alcance de conocimiento que pueden tener los tribunales de justicia, relevante es destacar que dan cuenta de dos posturas en la materia, por un lado, la idea de una revisión amplia de las decisiones administrativas o derecho administrativo de la luz roja y, por otra, aquella que estima que las decisiones de los órganos administrativos pueden ser revisados pero solo en algunos aspectos procesales y de control de legalidad estricta, no pudiendo sustituirse la decisión, la luz verde del derecho administrativo (Costa, 2014: 157).

Sin perjuicio de ello, en ambas situaciones se establece un límite a la revisión, no siendo posible reemplazar una facultad discrecional de la administración, aun cuando algunos autores como Pierry, manifiesten que existe igualmente un control de esta, en

relación con dos aspectos precisos, la noción de interés público y la determinación del juez de los fines específicos de la norma que habilita el ejercicio de la facultad discrecional (Pierry Arrau, Pedro, 1984: 166).

Por lo anterior, lo primero que debemos prevenir, para efectos de responder la pregunta relativa a aquello que conocerán los tribunales, será acerca de la naturaleza de la facultad de la Dirección del Trabajo en materia de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia. Así, a diferencia de ciertas opiniones manifestadas por parte de los integrantes del Consejo Superior Laboral y por algunos profesionales en la prensa nacional,²¹ que señalan que la decisión de la Dirección del Trabajo ha sido o es más o menos restrictiva, estimamos que no nos encontramos frente al ejercicio de una potestad discrecional, entendiendo que esta, como señalará la profesora Desdentado se trata «esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio de la Administración» (Desdentado, 1997: 55).

Al analizar lo dispuesto en el artículo 359 del Código del Trabajo, pensamos que las actuaciones de la Dirección del Trabajo no pueden analizarse en clave discrecional, es decir, si ha sido más o menos restrictiva una decisión, por el contrario, en este caso nos enfrentamos a una decisión que forma parte de una facultad de carácter reglada. En este sentido, la actividad que despliega de la Administración en el procedimiento de calificación de servicios mínimos implica determinar, por un lado, si una determinada tarea o función se encuentra bajo alguno de los supuestos normativos expresamente establecidos en el artículo 359 del Código del Trabajo y, por otro, si el establecimiento de servicios mínimos resulta estrictamente necesario y no afecta el contenido esencial del derecho de huelga, análisis de hecho que separa a nuestro parecer la actuación de la óptica discrecional, sin perjuicio de las particularidades que presenta el tratamiento de conceptos jurídicos indeterminados como veremos más adelante.

Así las cosas, en la actuación de la Administración deberíamos advertir que es posible obtener una única respuesta tras el examen de los supuestos de hecho, no tratándose de múltiples opciones factibles que den cuenta de una tendencia más o menos restrictiva, entendiendo que la decisión, en caso de resultar procedente la determinación de servicios mínimos y equipos de emergencia, implicará establecer un determinado o específico nivel de cobertura de funciones y de cantidad de trabajadores, siendo el exceso o la insuficiencia de esta decisión un error al no ajustarse al marco normativo y, por lo tanto, el espacio de disputa se centrará en esto y el alcance de los conceptos jurídicos asociados a las hipótesis legales definidas en el artículo 359 del Código del Trabajo, aspecto cuya interpretación sería factible de realizarse también por los propios de los tribunales de justicia.

Considerando lo anterior, debemos advertir que la actuación de la Administración, al tenor de la redacción del actual artículo 359 del Código del Trabajo, dan cuenta que existe una decisión que debe materializar, en primer lugar, si se trata o no efectivamente de un servicio que se enmarque en los supuestos normativos, destinado proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la

²¹ En Consejo Superior Laboral (2018): 32; en Diario Financiero (2017); en La Tercera (2017) «Los “complejos” primeros meses de servicios mínimos». Disponible en: «goo.gl/TZZL8S»; en El Pulso (2017). «Valdés y servicios mínimos en la banca: “Confío que la DT va a asegurar la cadena de pagos»». Disponible en: «goo.gl/MkdJ5P»

prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios y, en segundo lugar, si la fijación de servicios mínimos resulta estrictamente necesaria, fijando en caso que sea procedente la limitación para aquello que cumpla dicho estándar legal, el que viene a dar cumplimiento al principio de mínima intervención en relación a la restricción de derechos fundamentales.

Lo hasta aquí manifestado no puede implicar que pensemos que la decisión de la Dirección del Trabajo será una decisión sencilla, por el contrario, nos enfrentaremos, por una parte, a lo que en doctrina se ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, los cuales son «todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, a priori, un cierto margen de imprecisión, margen que se denomina halo del concepto» (García de Enterría y Ramón Fernández, 1992: 274) y, por otro, a un juicio de necesidad fijado en la propia normativa que, como se señaló, tiene un único resultado lógico para quien se encuentre encargado de tomar la decisión, basado en que la limitación de la huelga sea estrictamente necesaria al no existir medidas alternativas a la restricción.

En este sentido, frente a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados relevante será la opinión de Santamaría Pastor, quien ha señalado:

«la discrecionalidad, en cuanto decisión consciente del legislador, no puede ser confundida, bajo ningún concepto, con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos. Todos los conceptos utilizados por las normas son, en mayor o menor grado, imprecisos hasta los aparentemente más claros; pero, en ocasiones, las normas utilizan deliberadamente conceptos vagos, bien sean de la experiencia social (p. ej., buena conducta, tranquilidad, temeridad, legítima defensa, intimidación) éticos (p. ej., buena fe, causa ilícita, justo precio). Durante mucho tiempo la opinión de que cuando la ley utilizaba una de estas nociones imprecisas, la constatación de su concurrencia en cada caso concreto correspondía en exclusiva a la Administración, cuya valoración no podría ser revisada ni sustituida por la de los particulares ni por la de un órgano jurisdiccional. Sólo recientemente se ha puesto fin a este equívoco: hoy doctrina y jurisprudencia son unánimes en reconocer que discrecionalidad y conceptos indeterminados son hechos diversos; y que, si bien la Administración puede efectuar una determinación inicial de la concurrencia o no del concepto, esta apreciación puede ser revisada y sustituida por la de un juez o Tribunal (y ello sin perjuicio de reconocer un cierto margen de confianza a la apreciación administrativa por su presunta imparcialidad, conocimiento directo de los hechos y competencia técnica)» (Santamaría Pastor, 1999: 375).

Cabe destacar que, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, como ocurre en el caso de los servicios mínimos y equipos de emergencia, se justifica por la necesidad de adaptabilidad de los conceptos a la realidad (García de Enterría y Ramón Fernández, 1992: 455). A modo de ejemplo, al observar las hipótesis legales de calificación debemos señalar que es posible, en términos lógicos, que aquello que no resultó ser hace 20 años un servicio de utilidad pública hoy quizás lo sea, como ocurre con el desarrollo de tecnologías informáticas o el avance de las telecomunicaciones, por lo tanto, este tipo de técnicas busca renunciar a una regulación estática, lo que debemos advertir tampoco puede

confundirse como parte del ejercicio de una potestad discrecional, entendiendo que esta última se trata de la elección de varios indiferentes jurídicos por parte de la Administración y, en este caso, no obstante la interpretación del concepto, existirá nuevamente una respuesta inequívoca, a saber, si se encuentra o no una determinada actividad bajo el supuesto normativo, encontrándose en disputa el alcance del concepto jurídico indeterminado.

En este sentido, debemos advertir que «la aportación fundamental de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, sostiene que así como la discrecionalidad permite a la Administración elegir entre varias opciones, todas las cuales son jurídicamente indiferentes y válidas, la aplicación de dichos conceptos, en cambio, remite siempre a una única solución justa, sin alternativas, que la Administración debe encontrar. Sin embargo, no puede llegar al extremo de excluir un cierto margen de tolerancia, dentro del cual todas las variantes posibles de la "única solución justa" se estiman legítimas y jurídicamente admisibles, operando "el margen de apreciación" a que ya se aludió antes» (Huepe, 2018: 90). Por lo anterior, lo relevante del control jurisdiccional también estará dado en este aspecto.

Ahora bien, manifestar que no nos encontramos en el caso de la calificación de servicios mínimos frente a una potestad discrecional, implicará por contrapartida que nos enfrentemos al desarrollo de una potestad que, en este caso, no podemos obviar implica un fuerte proceso interpretativo y de juicio que incluirá valoraciones conceptuales que afectarán el resultado del ejercicio de calificación de servicios mínimos, pero no en la esfera discrecional tradicional.

En base a lo expuesto, una de las consecuencias que se pueden advertir de lo señalado es que resultaría procedente por parte de los tribunales, *a priori*, un control de legalidad de las decisiones de la Dirección del Trabajo, en relación con la verificación de los hechos sometidos a conocimiento de la Administración y los supuestos definidos en la legislación laboral.

Por lo anterior, lo descrito implicaría determinar si: «se ha violado, infringido o vulnerado el Derecho en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica con que la administración ha sido habilitada por el legislador; esos elementos reglados -como su nombre lo indica- no permiten margen alguno de apreciación libre al titular del órgano administrativo con potestades de decisión: el ámbito de su competencia no es otro que el fijado por el legislador, y no le es permitido a aquel ni restringirlo ni ampliarlo, so sanción de ilegalidad (...) Lo ilegal, en consecuencia, se daría en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas, allí donde el agente público aparece como mero ejecutor de la ley (competencia, procedimiento, fin), y donde habrá en general un vicio de error -fruto de una negligencia- sea error en los hechos, o error en la calificación jurídica de ellos, o error en el derecho aplicable». (Desdentado, 1997: 190).

Uno de los efectos prácticos que se podría cuestionar de lo manifestado es la eventual competencia de los tribunales de justicia para analizar el fondo de la decisión administrativa y reemplazar la decisión en materia de calificación de servicios mínimos, frente a lo que resulta necesario enunciar, a lo menos, la necesidad de establecer un procedimiento por la vía legal que pueda ir fijando dichos puntos y, adicionalmente, garantice la necesaria celeridad en virtud de los efectos jurídicos en juego y los plazos

legales en materia de calificación, toda vez podría dar lugar a un uso dilatorio a propósito de eventuales solicitudes de suspensión del inicio de la negociación colectiva²².

Sin embargo, estimamos que lo anterior no resulta óbice para asumir que los tribunales no centrarían únicamente su labor de control en la verificación del cumplimiento de requisitos esenciales del acto, asociados a la obligación, conforme a lo dispuesto en el artículo 360 del Código del Trabajo, de oír a las partes; de solicitar informe técnico al organismo regulador y fiscalizador y efectuar fiscalización a petición de parte, o incluso verificar si se ha dado cumplimiento a los principios informativos de todo procedimiento administrativo, en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.880, por el contrario, dichos elementos si bien resultan relevantes, no agotan el ámbito de actuación de la judicatura conforme lo que se viene señalando en relación con el control de la legalidad de fondo del acto, en donde se podría analizar la calificación jurídica de determinados hechos, es decir, si algo es o no una determinada cosa o hipótesis, como ocurriría en caso de determinar que el giro de una determinada empresa sea o no de utilidad pública.

En dicho escenario, estimamos que afirmar que los tribunales de justicia, ante un examen de fondo, pueden reemplazar la decisión de la Dirección del Trabajo presenta un problema relevante, el que dice relación con las partes interesadas en el litigio y la eventualidad de hacerlos parte en una determinación de estas características, en las que se limita o se permite, en caso de que haya sido restringido, el ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, esta circunstancia también se asociará a la existencia de una competencia privativa en la materia de la Dirección del Trabajo, por tal razón, estimamos que el tribunal podrá ordenar revisar o incluir determinados aspectos de la resolución a la Administración con el objetivo de modificar la decisión, pero no puede arrogarse facultades para reemplazar la competencia específica que tiene la Administración, esto en tanto no exista un procedimiento específico para dichos efectos.

En otro orden de ideas, a propósito del control jurisdiccional también resulta necesario detenernos en un aspecto referido en el acápite anterior y que tendrá incidencia en la actuación de los tribunales, lo que dice relación con la motivación del acto jurídico por parte de la Administración y el rol de los organismos reguladores y fiscalizadores, correspondiendo referirnos a aquellos casos en que no se ha emitido Informe Técnico en el marco del procedimiento de calificación de servicios mínimos por las entidades mandatadas a dicho efecto.

Sobre el particular, teniendo presente el Informe de Criterios o Estándares Técnicos de calificación de Servicios Mínimos confeccionados por la Dirección del Trabajo, lo primero que debemos señalar es que, frente a la ausencia de informe técnico, se deben distinguir dos escenarios posibles. En primer lugar, que dicha situación sea responsabilidad de la inactividad de la Administración, lo cual implicaría infringir la normativa que informa el procedimiento de calificación, dando lugar a la nulidad del acto administrativo a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.880 y, en segundo lugar, que la ausencia del informe técnico se deba a la inactividad del organismo regulador o fiscalizador a quien se ha solicitado, en cuyo caso habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N°

²² Se desprende de las recomendaciones consignadas en Informe Proyecto de Ley 24-2017 de la Corte Suprema, en Boletín Legislativo N° 11.336-13, en cuanto a la moción parlamentaria que modifica el Código del Trabajo en cuanto a la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia. Disponible en: «goo.gl/jWobhA».

19.880, pudiendo proseguirse las actuaciones, lo que se relacionará con el principio de celeridad en materia administrativa.

En este sentido, de forma errada podría pensarse que la ausencia de informes técnicos afecta la validez del acto administrativo, lo que debemos advertir no se ajusta a la estructura del procedimiento de calificación de servicios mínimos en relación con el valor de los informes y al tipo de actuación administrativa del presente procedimiento.

No obstante ello, la decisión de la autoridad debemos advertir que, como todo acto administrativo, se le exige sea debidamente fundado, lo que se extrae incluso de lo dispuesto en el propio artículo 360, inciso 11° del Código del Trabajo, elemento que implica hacerse cargo de las alegaciones existentes en el procedimiento y determinar si se verifica el supuesto normativo en los hechos analizados, lo que puede ser realizado en base a los diversos antecedentes que detenta la administración y no de forma exclusiva en base al informe técnico, debiendo hacer presente que, por consiguiente, la ausencia de informes no impediría u obstaría a la posibilidad de llegar a una única decisión posible que, como señalamos, es susceptible de ser analizada desde la óptica de la ilegalidad de la actuación administrativa en tanto se encuentre debidamente fundada.

Es relevante además destacar que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 360 del Código del Trabajo, se ha otorgado una potestad exclusiva a este órgano administrativo para la resolución o determinación de servicios mínimos, circunstancia que implica que los informes técnicos de los organismos reguladores y fiscalizadores son un insumo entre otros existentes en el procedimiento administrativo al no ser vinculantes y, por lo tanto, su contenido no puede reemplazar el examen que debe realizar la Dirección del Trabajo en razón de su competencia, juicio en el que ineludiblemente es exigible la incorporación de aspectos o reglas de interpretación propias de la disciplina laboral, lo que justifica la decisión del legislador de otorgar competencia exclusiva al órgano laboral para que analice las variables «laborales» existentes en el procedimiento.

En relación con el control de la motivación del acto administrativo, paradójico resultará advertir las implicancias, por un lado, del rol secundario que ha adoptado la Administración en la determinación de servicios mínimos y equipos de emergencia y, por otro, que nos enfrentamos a la limitación de un derecho fundamental que siendo excepcional debe ser acreditada por quien alega su restricción.

En este sentido, relevante será tener presente la Sentencia en causa RIT I-84-2018, caratulada «Holding Radio Iberoamericana Chile con Dirección del Trabajo», del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la que se ha dado una visión bastante particular, conforme da cuenta el audio de audiencia única de conciliación y prueba, en procedimiento de reclamo. Cabe destacar que el juez, en dicho caso, ha manifestado que los informes técnicos si bien no son vinculantes permiten dar, en ciertos escenarios, fundamento al acto dada la complejidad del procedimiento, decisión en la que se advierte se desnaturaliza el rol de las partes y de la Dirección del Trabajo, particularmente de la responsabilidad de justificar la limitación del derecho de huelga de la requirente y de una interpretación pro-homine frente a la posible limitación del derecho de huelga, en la que, ante falta de certeza o claridad respecto a la existencia de colisión, se debe preferir garantizar el derecho por sobre limitarlo.

Cabe destacar que, conforme se detalla en Informe de Estándares Técnicos,

«la legitimación legal otorgada por el legislador para requerir la limitación de la huelga acarrea una responsabilidad para los requirentes, exigiéndoles que asuman la carga de justificar fundadamente la procedencia de los Servicios Mínimos, dado el carácter expansivo que tienen los derechos fundamentales y que implica la obligación del Estado de evitar su limitación mientras no se demuestre la necesidad de restricción por quien lo 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» (Dirección del Trabajo, 2018: 17).

La Dirección del Trabajo, en forma correcta, justifica su actuación considerando la naturaleza del derecho sometido a restricción, señalando que:

«una interpretación en contrario implicaría necesariamente establecer una barrera en el ejercicio del derecho de huelga para las organizaciones sindicales, quienes se encontrarían obligadas a efectuar acciones positivas para demostrar que no afectan determinados bienes o derechos siendo esta condición la que permitiría el goce efectivo de un derecho de naturaleza fundamental, transformándose el procedimiento de calificación de servicios mínimos en una carga o requisito adicional para el libre ejercicio de un derecho fundamental, circunstancia que no está fijada por la ley y que resulta intolerable en un Estado de Derecho» (Dirección del Trabajo, 2018: 17).

En este sentido, el rol de los intervinientes y el carácter imparcial que ha asumido la Administración en el procedimiento de calificación de servicios mínimos, observamos tendrá una serie de consecuencias en materia de fundamentación del acto y en los efectos finales de la decisión de la Dirección del Trabajo, la que únicamente puede realizarse en base a los antecedentes que aporten los intervinientes, toda vez que el procedimiento de servicios mínimos se encuentran en clave de interés de privado o de empresa, alejándolo de su verdadera finalidad de protección de la comunidad.

Ahora bien, en este último caso resulta necesario sincerar que siempre existirá el peligro por parte de la Administración de romper su supuesto rol de tercero imparcial frente a presiones de otros Órganos del Estado²³, particularmente órganos reguladores o fiscalizadores, cuestión que resultaría necesaria de abordar, en el intertanto, mediante el control jurisdiccional de las decisiones de la Administración, a propósito de la fundamentación o motivación de la resolución y su vinculación con la legalidad de la decisión adoptada y, a futuro, mediante eventuales reformas legislativas en las que se rescate verdaderamente la finalidad de la limitación del derecho de huelga a través de este instituto.

²³ ADN Radio (2017). «Superintendente de Bancos: No son suficientes los servicios mínimos otorgados al Banco de Chile» Disponible en: «goo.gl/aNZ6QE» y BIOBIO Chile (2017). «SBIF asegura que servicios mínimos de Banco de Chile en caso de huelga son "insuficientes"». Disponible en: «goo.gl/wsAVpo».

V. Conclusiones.

En atención a lo expuesto en este trabajo, relevante resulta dar cuenta de cómo la cultura jurídica y el estado en que se encuentran diversos aspectos de la Libertad Sindical han afectado la estructuración práctica del procedimiento de calificación de Servicios Mínimos.

En primer lugar, encontramos un procedimiento que en su desarrollo ha puesto su acento en los intereses particulares de las partes en conflicto, lo que desnaturaliza o se aleja a la función de esta institución laboral. Asimismo, en este escenario se ha supuesto erróneamente por parte de algunos actores que la Administración tiene espacios de discrecionalidad entre distintas opciones de limitación, aspecto que parece conceptualmente errado pero no obsta el hecho que, ante los diversos cambios de administraciones políticas, el conflicto se centre en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados establecidos en el artículo 359 del Código del Trabajo, lo que resulta relevante, a modo de ejemplo, en casos como los servicios de utilidad pública.

En segundo lugar, observamos en nuestra regulación el rol de la Dirección del Trabajo como un tercero formalmente imparcial, con la dificultad que ello conlleva por el interés público de estas materias, lo que debemos advertir se ha evidenciado tras el reciente cambio del gobierno y el retraso en este tipo de materias,²⁴ lo que da cuenta que, finalmente, igualmente se trata de un espacio sensible para el Estado, cuestión que ameritaría sincerar estos aspectos y analizar la posibilidad de modificar el procedimiento que se ha generado en la materia, ya sea en cuanto a la oportunidad y el órgano encargado de establecer la limitación del derecho de huelga, asumiendo con este escenario el verdadero papel que asiste a la Administración y, lógicamente, los objetivos que se deben resguardar a través de estas medidas.

En este sentido, es posible observar que la calificación se ha transformado en un procedimiento en que no existe una representación, *a priori*, de los intereses públicos, los que inicialmente son los que justificarían la limitación del derecho de huelga de acuerdo con el marco de la Organización Internacional del Trabajo. Cabe destacar que los intereses de la colectividad que han sido reconocidos por el propio Comité de Libertad Sindical quedan supeditados a la actuación de los particulares, dependiendo de la diligencia de un actor privado solicitar o acordar la limitación de una función que pueda tener impacto trascendental para la vida o seguridad de la población, lo que al menos resulta cuestionable, al igual que el hecho que, conforme al procedimiento administrativo actual, esta posición sea asumida directamente por la Dirección del Trabajo, en atención a que se confundiría el rol resolutor y de parte interesada en la fijación de una determinada limitación del derecho fundamental.

Ahora bien, en este escenario no podemos desconocer que el rol actual de la Dirección del Trabajo se justifica en gran medida por nuestra cultura jurídica y la realidad de las organizaciones sindicales en nuestro país, en la que encontramos, en la mayoría de los casos, agrupaciones pequeñas, sin mayor capacidad de incidencia y con un alto nivel de desinformación (Baltera, 2016). Así las cosas, debemos advertir que en un modelo de Relaciones Laborales excesivamente regulado y con una alta intervención de la

²⁴ Pulso (2018): «*CUT acusa a titular de la DT ante Contraloría por retraso en servicios mínimos*». Disponible en: «goo.gl/ZCDdrs».

Administración,²⁵ resultará lógico que esta última, como habitualmente lo realiza, adopte las medidas para garantizar la prevalencia del derecho del trabajo, asumiendo en términos fácticos una suerte de defensa ante el abuso del derecho, cuestión que no ocurre, por ejemplo, en caso de acuerdos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia arribado por empresas y sindicatos que se alejan de los presupuestos legales, los que conforme se ha expuesto no son revisados pese a que en este caso exista el deber de denuncia de la Dirección del Trabajo en conformidad a lo dispuesto en el artículo 292 del Código del Trabajo.

Teniendo presente lo señalado debemos advertir que el carácter resolutor asumido por la Dirección del Trabajo permite dar cuenta de lo sui generis de los servicios mínimos en nuestro país, marcando una diferencia en el desarrollo de estas instituciones de acuerdo a lo recomendado por la Organización Internacional del Trabajo, en el que un diálogo tripartito es trascendental en este tipo de materias y permite asumir abiertamente los posibles intereses del Estado con el objetivo de regularlos e impedir escenarios de abuso, cuestión que justifica aún más, en el caso chileno, una labor de control por parte de los Tribunales de Justicia, entendiendo que existe una comunidad a la deriva y, eventualmente, una tentación del Estado de limitar el derecho de huelga más allá de lo legalmente correcto sin contrapesos.

Así las cosas, con este escenario no resultaría posible levantar una bandera, como ocurrió en un momento,²⁶ que buscara garantizar una suerte de inmunidad administrativa al momento de resolver la determinación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Por lo anterior, considerando lo manifestado por la Excelentísima Corte Suprema, es posible afirmar que la autoridad jurisdiccional tiene la competencia para revisar la actuación de la Dirección del Trabajo, lo que dirá relación con aspectos asociados al cumplimiento de requisitos esenciales del acto administrativo, la fundamentación del acto y, finalmente, el control de fondo, debiendo reconocer en este último aspecto las dificultades prácticas que de ello devienen.

Estimamos que el control jurisdiccional permite eliminar aquel temor existente en la doctrina nacional²⁷ relativo a que los cambios políticos gubernamentales podrían dar lugar a una ampliación de los casos en que resulta necesaria la limitación del derecho de huelga lo que, en virtud de lo ya expuesto en este trabajo, resultaría posible en relación a la interpretación que se realice de los conceptos jurídicos indeterminados y no porque nos encontremos formalmente frente a una facultad discrecional, cuestión que igualmente amerita sea revisado por los Tribunales de Justicia, debiendo dar amparo y tutela efectiva a los intervinientes del procedimiento administrativo que reclaman un derecho vulnerado por la Administración.

²⁵ Este aspecto ha sido retratado notablemente por el profesor Ermida al hacer referencia a la crisis sindical en Latinoamérica, en la que se cuestiona si enfrentamos a una suerte de retroceso de la actividad sindical o siempre, nuestras democracias, han desplazado este espectro del derecho del trabajo a un espacio relegado, lo que explicaría, por cierto, la realidad que se afronta en la participación de los intervinientes en materia de servicios mínimos. Ermida, Oscar (2012): 33-61.

²⁶ Pulso (2017): «Suprema le quita el piso a la DT y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos». Disponible en: «goo.gl/CXzWsn».

²⁷ DIARIO UCHILE (2017). «Expertos en derecho laboral critican posibles restricciones al derecho a huelga». Disponible en: «goo.gl/uM3FzK».

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto permite atender los problemas que presenta actualmente el procedimiento de calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, el que como se ha señalado tiene una serie de falencias que amerita su revisión, entre ellas, la adecuación a los verdaderos fines de la institución analizada, relativo a que se protejan los derechos trascendentales de la comunidad, evitando que ocurra, como ha sucedido en el caso chileno, se transforme en una vía atenuar los efectos propios del ejercicio de huelga en base a intereses de carácter privado-empresariales, los que serían parte de mecanismos totalmente distintos como ocurre con el reemplazo de trabajadores.

Por lo anterior, cuando en la prensa existen llamados a modificar este tipo de institucionalidad laboral, relevante será tener presente, antes que todo, que es lo que realmente se busca con la limitación de la huelga en este tipo de institucionalidad y, tras ello, asumir la naturaleza de derecho fundamental que se busca limitar, permitiendo de esta forma evidenciar que se debe tratar de medidas cuya aplicación es restrictiva y con el fin de resguardar derechos de la comunidad, no tratándose de una instancia tendiente a evitar que la huelga se transforme en una paralización.²⁸

En este mismo sentido, relevante es destacar que todo tipo de modificaciones en la materia deben condecirse con los fines del derecho del trabajo, siendo relevante tener presente la participación de los actores involucrados y de aquellos órganos cuyas competencias dicen relación con materias laborales, entendiendo que existen propuestas de modificación tendientes a que sean los organismos fiscalizadores y reguladores quienes califiquen los servicios mínimos y equipos de emergencia,²⁹ sin embargo, en dicho escenario se debe tener presente los fines propios de cada institución, en los que naturalmente se busca proteger estándares de funcionamiento de determinados rubros y no necesariamente se observan los objetivos de la institución laboral en análisis o los principios propios del derecho del trabajo, en donde la huelga es un derecho y por ello no puede recibir un tratamiento de hecho indeseado, lo que esperamos nunca ocurra.

Referencias

- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez del Cuvillo, Antonio (2012). «Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales», en *Revista de Derecho Social* N° 59, año 2012 (España).
- Baltera, Pablo. (2016): *La Libertad Sindical: incertidumbre en un derecho de los trabajadores*, 1° Edición. Santiago: Dirección del Trabajo.
- Baylos Grau, Antonio (1988). *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2° edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Costa Cordella, Ezio (2014). «Los tribunales administrativos especiales en Chile». *Revista de Derecho*, XXVII (1).

²⁸ La Tercera (2018).

²⁹ Diario Financiero (2018).

- Desdentado, Eva (1997). *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. España: Editorial Aranzadi.
- Ermida Uriarte, Oscar (2012). «Crítica de la Libertad Sindical». *Revista de la Facultad de Derecho*. Derecho PUCP N° 68.
- Gamonal Contreras, Sergio (2013). «El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20 (1) 105-127.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández (1992). *Curso de Derecho Administrativo*, 5° edición. España: Editorial Civitas.
- García, Héctor Omar. *El Derecho de Huelga*. Disponible en «goo.gl/5FxVBv».
- Huepe, Fabian (2018). *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*, 1° edición. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Mangarelli, Cristina; Tomás Sala Franco y Francisco Tapia Guerrero (2013). *Las relaciones laborales colectivas en América latina y España*. España: Tirant lo Blanch.
- Mantero de San Vicente, Osvaldo (2015). *Derecho Sindical*. Tomo I, *La organización sindical. Los conflictos colectivos del Trabajo*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Monreal, Erik (2008). *Huelga en Servicios Esenciales. Análisis de Jurisprudencia Española*, 1° edición. España: Tirant Lo Blanch.
- Moraga, Claudio (2012). «Notas al Procedimiento Administrativo y La Doctrina Chilena»; en *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pierry Arrau, Pedro (1984). «El Control de la Discrecionalidad Administrativa». *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8.
- Raffagheli, Luis (2007). «Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos. Aspectos conflictivos. Doctrina judicial». *Gaceta Laboral*, 13 (3). Venezuela.
- Sala Franco, Tomas y José María Goerlich Peset (Directores) (2013). *Negociación y Conflicto colectivo en la Unión Europea*. España: Tirant lo Blanch.
- Sanguineti Raymond, Wilfredo (2002). «El principio de autotutela en el Derecho del Trabajo español». *Themis*, N° 45. Perú.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1999). *Principios de Derecho Administrativo*. España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Tribuzio, José (2015). *La huelga en servicios esenciales*. Disponible en: «goo.gl/HEg31e».
- Ugarte, José Luis (2011). «Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18 (2): 361 -373.

Dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Dirección del Trabajo. Ord. N°3403/059, de 28 de julio de 2006.

Dirección del Trabajo. Ord. N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016.

Jurisprudencia judicial

Corte Suprema; sentencia de 18 de abril de 2018, en causa Rol N° 832-2018

Corte Suprema; sentencia de 7 de marzo de 2018, en causa Rol N° 1180-2018.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo: sentencia en causa RIT I-506-2017, caratulada Nestlé con Dirección Nacional del Trabajo.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo: sentencia en causa RIT I-11-2018, caratulada Telefónica del Sur con Dirección Nacional del Trabajo.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo: sentencia en causa RIT I-84-2018, caratulada Holding Radio Iberoamericana Chile con Dirección del Trabajo.

Documentos

ADN Radio (2017). «Superintendente de Bancos: No son suficientes los servicios mínimos otorgados al Banco de Chile». Disponible en: «goo.gl/BGJPcL».

Biblioteca del Congreso Nacional (2016). «Historia de la Ley N° 20.940. Mensaje Presidencial N° 1055-362, de 29 de diciembre de 2014, Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo». (Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional).

BIOBIO Chile (2017). «SBIF asegura que servicios mínimos de Banco de Chile en caso de huelga son "insuficientes"». Disponible en: «goo.gl/JdcjoH».

Consejo Superior Laboral (2018). «Informe de seguimiento y evaluación sobre la implementación y aplicación de la Ley N° 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales». Disponible en: «<http://www.dialogosocial.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Consejo-Superior-Laboral-sobre-Reforma-Laboral-final.pdf>».

Corte Suprema (2017). «Informe Proyecto de Ley 24-2017 de la Corte Suprema, en Boletín Legislativo N° 11.336-13, en cuanto a la moción parlamentaria que modifica el Código del Trabajo en cuanto a la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia». Disponible en: «goo.gl/NRohSL».

Diario Financiero (2018). «No más DT: expertos plantean que organismos técnicos califiquen servicios mínimos». Disponible en: «goo.gl/v4oUH6».

Diario Financiero (2017). «Servicios mínimos al pizarrón: Abogados acusan criterio “muy restrictivo” en resoluciones de la DT». Disponible en: «goo.gl/2Br5Cn».

Diario Uchile (2017). «Expertos en derecho laboral critican posibles restricciones al derecho a huelga». Disponible en: «goo.gl/1ZT8tA».

Dirección del Trabajo (2017). «Orden de Servicio N° 1, de 26 de enero de 2017, que Imparte instrucciones sobre procedimiento administrativo para la calificación de servicios mínimos y de los equipos de emergencia».

Dirección del Trabajo (2018). «Informe de Estándares Técnicos. Calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia». Disponible en: «goo.gl/fPFRpo».

El Pulso (2017). «Valdés y servicios mínimos en la banca: “Confío que la DT va a asegurar la cadena de pagos”». Disponible en: «goo.gl/hhzfte».

El Pulso (2018). «Trabajadores de Clínica Dávila Inician huelga y gobierno revisará la actuación de la DT». Disponible en: «goo.gl/7TqVxb».

La Tercera (2017): «Los “complejos” primeros meses de servicios mínimos». Disponible en: «goo.gl/CHW8rG».

- La Tercera (2018). «Entrevista a Nicolás Monckeberg. “Cambios a la reforma laboral apuntarán a evitar que una huelga se transforme en una paralización”». Disponible en: [«goo.gl/AnX65n»](http://goo.gl/AnX65n).
- Organización Internacional del Trabajo (1994). «Boletín Oficial, Informes del Comité de Libertad Sindical. Informes Ns° 292 y 293». Volumen LXXVII. (Suiza, Organización Internacional del Trabajo).
- Organización Internacional del Trabajo (1994). «Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Conferencia Internacional del Trabajo». 81° Reunión. (Suiza, Organización Internacional del Trabajo).
- Organización Internacional del Trabajo (2006). «Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT». (Suiza, Organización Internacional del Trabajo)
- Pulso (2017). «“Suprema le quita el piso a la DT y confirma competencia judicial para ver servicios mínimos”». Disponible en: [«goo.gl/nffomH»](http://goo.gl/nffomH).
- Pulso (2018). «CUT acusa a titular de la DT ante Contraloría por retraso en servicios mínimos». Disponible en: [«goo.gl/urSMtf»](http://goo.gl/urSMtf).