

ESTUDIO COMPARADO ACERCA DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE MODALIDADES EFICACES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO, NOVIEMBRE 2015

Enrique Rajevic M.¹

1. Objetivos del Estudio.

El presente estudio comparado revisará la institucionalización de “modalidades eficaces de negociación colectiva en el sector público haciéndose cargo de sus especiales particularidades”, conforme a lo acordado en el protocolo de acuerdo que a fines de noviembre de 2014 suscribieron el Gobierno y las asociaciones gremiales agrupadas en la Mesa del Sector Público², siguiendo textualmente un compromiso del programa de gobierno de la Presidenta de la República³ reiterado por ésta en el Mensaje del 21 de mayo de 2014, agregando que en esta materia cuidaría, “por sobre todo, la continuidad de servicios para la ciudadanía”⁴.

Los objetivos específicos del estudio son:

- a) Reportar el *statu quo* existente en Chile en materia de sindicalización, negociación colectiva y huelga dentro de la Administración Pública, tanto a nivel teórico como práctico;
- b) Levantar una visión general sobre lo mismo en países relevantes de la OCDE y Latinoamérica; y
- c) Generar, a partir de los insumos anteriores, recomendaciones para la Administración Pública chilena en estos tres aspectos que resguarden los derechos de los trabajadores y también los derechos de los usuarios de los servicios públicos (esto es, que sean compatibles y sinérgicos con una buena gestión pública).

2. Derechos laborales colectivos de los empleados públicos en Chile: sindicación, negociación colectiva y huelga⁵.

2.1. Sindicación y negociación colectiva.

La Constitución no contiene normas específicas acerca del derecho a sindicación y a negociación colectiva de los funcionarios. Ambos están garantizados con carácter general (art. 19 N° 16 y N°

¹ Corresponde al Hito 7 (30.11.2015) –originalmente Hito 8- de la Consultoría contratada por la Subsecretaría de Hacienda mediante la Orden de Compra N° 851556-6-SE15, “Aprueba contrato por estudios y asesoría técnica en materias referidas a empleo público para el cumplimiento del Protocolo y Acuerdo entre la Mesa del Sector Público y el Gobierno de Chile año 2015” (Res. Ex. N° 172/2015, de 05.06.2015).

² Punto 9 de la cláusula segunda (disponible en http://www.dipres.gob.cl/594/articles-126461_doc_pdf.pdf).

³ Éste señala que “resulta fundamental que los funcionarios públicos trabajen en condiciones de dignidad. Para ello, evaluaremos la institucionalización de la negociación colectiva en el sector público, estudiando mecanismos que se hagan cargo de sus especiales particularidades” (Bachelet, 2013:56).

⁴ Disponible en http://www.21demayo.gob.cl/pdf/2014_discurso-21-mayo.pdf, cfr. p. 22.

⁵ Dejo constancia que esta parte se basa en lo señalado en una parte de la consultoría “Perspectiva jurídica del empleo público para implementar una Política de Personas en la Administración del Estado”, que ejecuté para la Dirección Nacional del Servicio Civil a fines de 2007 e inicios de 2008.

19), pero el legislador debe determinar en qué casos procede el derecho a sindicarse (esto es, puede no reconocer este derecho) y en cuáles no se permite la negociación colectiva⁶.

Con respecto al derecho a sindicación PRECHT sostiene que es “conforme al texto y al espíritu de la Constitución de 1980, tanto el que se prohíba la organización sindical de funcionarios como el que se permita o fomente tal organización”, si bien “en el estado actual de desarrollo de la Constitución de 1980, es más conforme a su espíritu y texto la sindicación de funcionarios que su prohibición”, particularmente considerando los tratados suscritos que le llevan a concluir que habría “sido derogada la letra i) del artículo 78 (actual 84) de la Ley N° 18.834”. Entre estos tratados menciona al art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷.

Refuerza esta perspectiva la posterior ratificación del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, de 1978, texto que fue promulgado por el D.S. N° 1.359/2000, RR.EE. (D.O. 26.12.2000), pues:

- a) Su art. 9° reconoce a los “empleados públicos, al igual que los demás trabajadores... los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”;
- b) Sus arts. 4° y 5° protegen el derecho de sindicación de los empleados públicos;
- c) Su art. 6° establece las facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos y
- d) Su art. 1° permite que la ley nacional determine el grado en que se aplicarán las garantías del Convenio a ciertos funcionarios (p. ej., altos directivos y Fuerzas Armadas)⁸.

Todo ello cobra especial importancia al tenor del art. 5º, inc. 2º, de la CPR, que desde la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 18.825 (D.O. 17.08.1989) dispone que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución —y aquí está lo importante para nuestros efectos— “...así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De allí que pueda

⁶ En efecto, el art. 19 N° 16, inc. 5°, dispone que “*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar*”, y el art. 19 N° 19, inc. 1°, asegura “*El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley*”.

⁷ Consigna este autor que los tratados ratificados por Chile hasta 1991 que reconocen este derecho y obligarían al Estado en virtud del art. 5º, inc. 2º, de la CPR son: i) el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (D.O. 27.05.1989), en su art. 8º; ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (D.O. 29.04.1989), en su art. 22; iii) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (D.O. 05.01.1991), en su artículo XXII; y iv) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (D.O. 05.01.1991), en su art. 16 (PRECHT P., 1991).

⁸ El artículo 1º señala que: “1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. / 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. / 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

afirmarse que nuestro ordenamiento constitucional reconoce el derecho a formar sindicatos en el sector público, tarea que hasta la fecha el legislador no ha querido asumir sino de manera indirecta, como veremos.

Tratándose de la negociación colectiva el estudio de las Actas de la Comisión Ortúzar, en opinión de PRECHT, lleva “a la conclusión de que la clara intención del constituyente fue excluir a los funcionarios públicos” de este procedimiento⁹. IRURETA ha cuestionado este punto señalando que puede plantearse una argumentación alternativa, a saber: “que la prohibición en el ejercicio de la negociación colectiva es meramente legal, pero no constitucional. En efecto, la norma del inciso quinto deja abierta la posibilidad que todos los trabajadores, independiente de la naturaleza jurídica de su empleador, puedan llevar a cabo procesos de negociación colectiva. Se trata de un derecho amplio, flexible, y aplicable incluso a grupos espontáneos de trabajadores. Más aún, la voz “empresa”, para estos efectos, se encuentra redactada en términos generales y sería perfectamente aplicable a un servicio público creado por ley. Desde esta perspectiva, si la Constitución hubiese querido prohibir expresamente el derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración, entonces lo habría señalado de manera formal ya que no tendría sentido prohibir la huelga (que es una instancia más de la negociación) si se estima que el proceso general no era aplicable a los funcionarios. Por otra parte, hay que tener presente que parte de la jurisprudencia ha estructurado la garantía del art. 19 N° 16 como un derecho aplicable a todo tipo de trabajo, incluido por cierto el del funcionario, cuestión que obligaría a una interpretación más amplia del ámbito subjetivo de la negociación” (IRURETA U., 2006: 172-3).

A lo anterior, expresa el mismo autor, debe añadirse lo dispuesto en el Convenio 151 de la OIT, particularmente su art. 7° que pide adoptar “...de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

La utilización de los Convenios OIT podría ser aún más relevante, pues “para la OIT el concepto de funcionario público debe ser interpretado de forma restringida, de tal manera que una eventual prohibición no podría alcanzar a aquellas personas empleadas por el Estado, por las empresas o instituciones públicas, y que no ejercen actividades propias de la Administración Pública”¹⁰, esto es, no alcanzaría a quienes no realicen tareas propiamente administrativas (podría decirse, siguiendo el artículo 2° de nuestro Estatuto Administrativo, quienes no presten servicios públicos o ejerzan potestades o autoridad). Esto llevaría a aplicarle a aquéllos el Convenio OIT N° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), y el Convenio OIT N° 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), pues ambos fueron promulgados por el D.S. N° 227/1999, RR.EE. (D.O. 12.05.1999), previa ratificación por el Congreso Nacional. En base

⁹ Y agrega: “Es entonces claro que el constituyente si bien no dejó una prohibición expresa respecto a la negociación colectiva de funcionarios, sí lo establece en una interpretación orgánica de la Constitución, pues ella se torna imposible debido a los otros preceptos mencionados en el propio texto fundamental. / Por lo demás, si enfocamos el asunto de la negociación colectiva desde el punto de vista doctrinal, la negociación colectiva eventual de funcionarios caerá en una o más de las situaciones restrictivas de dicha negociación, a saber, no se puede negociar lo que no está en la facultad del empleador conceder; no se pueden negociar las facultades inherentes a la administración de la empresa y no pueden comprometerse en la negociación aspectos fundamentales de la vida colectiva”. *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*, p. 173. En este punto cita a ROJAS M., 2000: 123.

a estas disposiciones se ha señalado “...que el fundamento legal para excluir a los trabajadores públicos del derecho a negociar colectivamente es, cuando menos, débil” (UDP, 2010:396)¹¹.

Pese a todo lo señalado el art. 84 i) del Estatuto Administrativo —originalmente aprobado por la Ley N° 18.834 y refundido, coordinado y sistematizado por el D.F.L. N° 29/2004 (en adelante, EA)¹²— sigue prohibiendo “Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado...”. Tratándose de los funcionarios sujetos al Código del Trabajo éste, en su art. 304, inc. 1°, solamente admite la negociación colectiva “en las empresas... en las que el Estado tenga aportes, participación o representación” y, a renglón seguido, la excluye “en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban”. Añade que “Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos”. En suma, el espacio de la negociación colectiva dentro de la Administración Pública es casi inexistente en el plano formal.

Para suplir la falta de sindicatos la Ley N° 19.296 (D.O. 14.03.1994) creó una figura *sui generis*: las Asociaciones de Funcionarios Públicos¹³, que pueden formar los funcionarios de planta y a contrata de cada servicio, repartición, institución o ministerio (excluyendo a las personas contratadas a honorarios)¹⁴. El sistema de constitución de estas asociaciones es “similar al de los sindicatos y está basado en una amplia libertad y simplicidad que garantiza una constitución rápida y sin trabas”¹⁵, pudiendo luego afiliarse también a federaciones y confederaciones o agrupaciones. Son encabezadas por “directores” elegidos por los asociados (art. 17 y ss. Ley N° 19.296), quienes “gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales”, además de otros derechos para el adecuado desempeño de su cargo (arts. 25 y ss. Ley N° 19.296). El máximo órgano de la asociación es la Asamblea General de socios (arts. 35 a 38 Ley N° 19.296). Confirmando su naturaleza cuasi sindical las asociaciones “estarán sujetas a la fiscalización de la Dirección del Trabajo” (art. 64 y arts. 6º, 13, 19, 28, 48, 61, 66 y 67 Ley N° 19.296 y dictamen Contraloría N° 28.532/2008).

El art. 7º de la Ley N° 19.296 incluye entre los fines principales de las asociaciones:

- e) “Promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos, en el marco que esta normativa permite” (letra a),

¹¹ El capítulo de este libro relativo al modelo de relaciones laborales existente en Chile (p. 381 a 405) fue redactado por José Luis Ugarte.

¹² D.O. 16.03.2005.

¹³ Su art. 1º reconoce “a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, y del Congreso Nacional el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas”. Se excluye de este derecho “...a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos”.

¹⁴ Así lo ha señalado Contraloría dado que no revisten la calidad de funcionarios. Por ello, tampoco resulta procedente que tales Asociaciones los representen frente a la autoridad o a otros organismos como la propia Contraloría (véanse los dictámenes N° 30.324/2005, N° 24.637/2005 y N° 40.777/1995).

¹⁵ WALKER E., 2003:519.

- f) *“Hacer presente, ante las autoridades competentes, cualquier incumplimiento de las normas del Estatuto Administrativo y demás que establezcan derechos y obligaciones de los funcionarios”* (letra d) y
- g) *“Dar a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal, a la carrera funcionaria, a la capacitación y a materias de interés general para la asociación”* (letra e).

Aun cuando la Ley no les permite negociar colectivamente, la historia fidedigna señala que la creación de estas asociaciones pretendía “dar una mayor fluidez a las relaciones laborales existentes entre el Estado y sus funcionarios, mediante la creación de mecanismos institucionales que las regulen clara y precisamente, permitiendo así un adecuado diálogo entre la parte empleadora y sus trabajadores”¹⁶. Al amparo de esta norma se han creado numerosas Asociaciones de Funcionarios las que, a su vez, han constituido confederaciones con vocación general como la ANEF (Agrupación Nacional de Empleados Fiscales), en rigor una continuación o adaptación al nuevo marco legal de la entidad fundada en 1943 por Clotario Blest, o sectorial como la CONFENATS (Confederación Nacional de Funcionarios de la Salud), en el caso del sector salud, o la FENATRAVI (Federación Nacional de Asociaciones de Funcionarios del Ministerio de Vivienda y Urbanismo), en el caso de las asociaciones del sector vivienda. Una expresión de este asociativismo es la Mesa del Sector Público que agrupa a 15 organizaciones (entre ellas la ANEF) afiliadas a la Central Unitaria de Trabajadores (CUT).

En la práctica, se ha producido una negociación encubierta que parece inevitable “al no existir mecanismos de diálogo y negociación que encausen por la vía legal las aspiraciones y reivindicaciones de los servidores públicos” (WALKER E., 2003:517). Se ha dicho que se trata de una “negociación colectiva atípica”, tanto porque las asociaciones poderosas «se “saltan” todos los conductos legales y negocian directamente con las autoridades... en ocasiones iniciando el proceso con una huelga absolutamente ilegal” como porque las autoridades aceptan estos procedimientos “dando lugar a modificaciones legales y a acuerdos sobre remuneraciones y condiciones de trabajo en distintos niveles, que poseen el carácter de convenios colectivos sui generis” (WALKER E., 2003:593, siguiendo a siguiendo a GAMONAL, 1998 y 1999).

A modo de ejemplo, puede señalarse que en octubre de 2015 la CUT presentó al Ministerio de Hacienda una “Propuesta de reajuste y mejoramiento de las condiciones laborales” con el acápite “Negociación colectiva del Sector Público, centralizado y descentralizado”¹⁷, que señala que la CUT “coordina y dirige el Proceso de Negociación Colectiva que cada año se instala con el Ejecutivo sobre condiciones laborales, reajuste de remuneraciones y otras materias” y por lo mismo presenta este “petitorio de carácter nacional”, un “Pliego de Negociación” que “contiene las demandas económicas y laborales, de nivelación y universalización de derechos y beneficios, así como aquellas que resultan transversales al conjunto de los/as trabajadores/as del Estado”.

¹⁶ SENADO. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de re-forma constitucional sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos (Boletín N° 7.293-07), 16 de marzo de 2011, p. 6.

¹⁷ Cfr.

http://www.afsag.cl/archivos_2015/REAJUSTE_FISCAL_presentacion_sector_publico_2015_OCTUBRE.pdf

2.2. Huelga.

La Constitución prohibió expresamente que se declaren en huelga los funcionarios del Estado y las municipalidades (art. 19 N° 16, inc. final). Siguiendo este mandato el art. 84 i) del EA prohíbe a los funcionarios *“...dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado”*. El fundamento tradicional de esta prohibición se encuentra en el principio de continuidad de los servicios públicos, pues éstos deben atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Así lo señalan los art. 3º, inc. 1º, y 28 de la LBGAE. Precisamente este último define a los servicios públicos como *“órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”*¹⁸. Incluso más, el artículo 11 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado¹⁹, sanciona con presidio o relegación *“Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública... producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales”*. Con todo, la investigación de estos hechos solo puede iniciarse, conforme al art. 26 de la misma Ley, *“por denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada”*.

IRURETA añade que el “fundamento de esta exclusión se explica, en parte, en el hecho de que los redactores de la Carta Fundamental partían de la base de que la negociación colectiva no procedía en el ámbito de la Administración Pública” (IRURETA U., 2006: 198-9). Agrega, de *lege ferenda*, que “la exclusión a priori del derecho de huelga en razón de los sujetos involucrados no es suficiente para determinar la extensión de esta garantía constitucional. Más bien, en esta hipótesis debería tenderse a recoger un concepto de servicio público vinculado de forma exclusiva al otorgamiento de prestaciones básicas. Si bien ello es posible de predicar respecto de actividades esenciales como aquellas desplegadas por funcionarios del Ejército, la policía o los tribunales de justicia..., por mencionar algunos casos, lo cierto es que la práctica demuestra que no todo servicio prestado por el Estado es esencial y, por el contrario, en el ámbito privado también existen servicios indispensables...”. Una línea para restringir el ámbito de esta prohibición sería excluir de esta prohibición a los empleos públicos pues la CPR sólo prohíbe la huelga de los “funcionarios”.

Cabe señalar que el Convenio 151 de la OIT no reconoce el derecho a huelga. Su art. 8º se limita a señalar “que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”.

El último informe anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre la situación de estos derechos en Chile advierte que está “pendiente la tarea del Estado, en su calidad de empleador, de fortalecer los derechos colectivos de los/as funcionarios/as públicos/as, entre ellos, el derecho a huelga” (INDH, 2015:92). El informe de 2012 de la misma entidad señaló que “...independiente de si una persona trabaja en el sector público o privado, sus derechos laborales deben ser garantizados por el Estado. Esto también implica resguardar los derechos laborales de los trabajadores públicos en condiciones equivalentes a las de los trabajadores del sector privado,

¹⁸ Cfr. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, 2º ed. Santiago: Gobierno de Chile, 2009, p. 52.

¹⁹ Cuyo texto actualizado y refundido fue fijado por el D.S. N° 890/1975, Interior (D.O. 26.08.1975).

haciendo que la regulación para el sector público no genere diferencias arbitrarias” (INDH, 2012: 220-221).

Como es bien sabido, en los hechos los servicios públicos realizan paralizaciones. Este año pueden mencionarse, por ejemplo, el paro de profesores del sector público que duro casi dos meses, el del Servicio de Registro Civil e Identificación por más de un mes, el de los trabajadores portuarios, el de los funcionarios de Gendarmería, el de Aduanas o el de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Es más, entre 1987 y 2006 los sectores público y municipal representaron tan sólo el 13,2% de las huelgas pero representaron, en cambio, el 69,7% de los trabajadores comprometidos y el 55,5% de los días–persona de trabajo perdidos (ARMSTRONG, ÁGUILA y RODRÍGUEZ, 2007:206). Esto muestra la gravedad de no regular este fenómeno.

2.3. Propuestas de reforma constitucional y legal en materia de negociación colectiva y huelga de los funcionarios públicos.

Para terminar este panorama es preciso reportar que en la última década siete proyectos de reforma constitucional, al menos, han pretendido admitir expresamente la negociación colectiva y las huelgas en la Administración Pública, ninguno de los cuáles ha sido presentado por el Ejecutivo. Se trata de las siguientes mociones:

- a) La presentada el 10.07.2007 por un grupo de parlamentarios de la Concertación²⁰ para reformar la Constitución en materia de negociación colectiva (Boletín N° 5181-07), de manera que la ley pudiera establecer procedimientos especiales de negociación para los funcionarios públicos u otros métodos independientes e imparciales para la determinación de las condiciones de empleo, reconociendo su derecho a ejercer la huelga. Fue archivada en 2010 tras no registrar tramitación efectiva alguna;
- b) La presentada el 20.11.2008 por los Senadores Letelier M. y Muñoz B. para consagrar en la Constitución “el derecho de los funcionarios públicos a negociar colectivamente” (Boletín N° 6218-13), encargando a la ley establecer las modalidades y los procedimientos adecuados para lograr en esta negociación “una solución justa y pacífica” y la forma y condiciones en que podrían declararse en huelga, de manera que ésta fuese “compatible con la atención de los servicios de urgencia y la distribución de los bienes y suministros básicos a la población”. Esta iniciativa no ha registrado avances en su tramitación;
- c) La presentada el 09.11.2010 por un grupo transversal de parlamentarios²¹ para reformar la Constitución en materia de “negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos” (Boletín N° 7293-07), que permitía que una ley orgánica constitucional regulase el procedimiento de negociación colectiva para los funcionarios del Estado y la forma de dar cumplimiento a los compromisos adoptados. Tras el Informe de 16.03.2011 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que proponía aprobar el proyecto en general, fue rechazada por la Sala el 13.04.2011 al obtener sólo 21 votos favorables y no los 25 que equivalían a los 2/3 requeridos (hubo 8 abstenciones, todas de Senadores de la Alianza)²²;

²⁰ Aguiló M., Sergio; Araya G., Pedro; Bustos R., Juan; Goic B., Carolina; Monsalve B., Manuel; Mulet M., Jaime; Muñoz D., Adriana; Olivares Z., Carlos; Sepúlveda O., Alejandra; y Venegas C., Mario.

²¹ García R., José; Larraín F., Hernán; Letelier M., Juan Pablo; Pérez V., Víctor; y Sabag C., Hosaín.

²² El Senador Longueira, representando a este grupo de Senadores, señaló que no podía negociarse colectivamente si existía inamovilidad: “En la negociación colectiva, la empresa compite y puede quebrar, se

- d) La presentada el 07.04.2011 por un grupo de parlamentarios de la Concertación²³ para consagrar en la Constitución “el derecho a negociación colectiva y a huelga en la Administración Pública” (Boletín N° 7581-07), reemplazando el texto de los incisos quinto y sexto del numeral 16 del artículo 19, y que no ha registrado avance alguno en su tramitación;
- e) La presentada el 10.03.2014 por un grupo transversal de parlamentarios²⁴ para consagrar en la Constitución “el derecho a negociación colectiva y a huelga en la Administración Pública” (Boletín N° 9267-07), siguiendo los postulados de la fracasada moción de 2010 (Boletín N° 7293-07), sin lograr tramitación efectiva;
- f) La presentada el 03.06.2014 por la Senadora Carolina Goic B. para reformar la Constitución “en materia de negociación colectiva y de huelga” (Boletín N° 9370-13), encargando a la ley establecer procedimientos especiales de negociación para los funcionarios u otros métodos independientes e imparciales. No ha registrado avance alguno en su tramitación; y
- g) La presentada el 03.11.2015 por un grupo transversal de parlamentarios²⁵ para reformar la Constitución estableciendo “el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos y municipales” (Boletín N° 10.369-07), que tampoco ha avanzado en su tramitación.

Como dijimos, ninguna de estas propuestas provino del Ejecutivo. Tratándose de proyectos de ley no existen mociones dado que las normas que establezcan “*las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva*” y determinen “*los casos en que no se podrá negociar*” son de iniciativa exclusiva presidencial (artículo 65, inciso 4°, N° 5, CPR). Sólo conocemos un caso en que el Ejecutivo, asumiendo que la Carta Fundamental no prohibía la negociación colectiva en el sector público, procuró regular la negociación colectiva de los funcionarios, y lo hizo en el ámbito municipal. Se trata del Mensaje contenido en el Boletín N° 3768, de 2004, que modificaba diversos cuerpos legales en materia de modernización municipal, pues establecía una “consulta reglada local” para la fijación de remuneraciones que definía como un “procedimiento a través del cual cada municipalidad, por intermedio de su alcalde, recaba la opinión de los funcionarios del municipio, respecto del proyecto de remuneraciones aplicable al período que dicho proyecto señale”, desarrollándose a través de las asociaciones de funcionarios municipales constituidas según la Ley N° 19.296. El proyecto fue muy polémico, pues perseguía flexibilizar la organización interna y la gestión de personal aplicando el artículo 121 CPR. En 2008 el Ejecutivo presentó una indicación que reemplazaba la consulta por un procedimiento de negociación colectiva para las remuneraciones y las condiciones comunes de trabajo, tanto local (cada municipalidad) como

llevan a cabo conversaciones, son posibles los reemplazos. Si ese proceso se realiza con alguien que tiene inamovilidad, se está perfeccionando el paro. Cabe recordar que se ha argumentado presentando la idea como una necesidad, dado que, de hecho, se registran paros cuando se negocia el reajuste en el sector público”. Agregó que la abstención se fundaba en ignorar el sentido en que se legislaría y proponiendo proceder “igual que cuando se creó el Ministerio Público: al aprobarse la modificación pertinente de la Carta, se había consensuado en forma paralela la ley orgánica constitucional que establecía su funcionamiento... Concurriríamos con nuestros votos favorables para avanzar en la materia, entonces, en la medida en que conozcamos los contenidos de la ley orgánica constitucional, para no reproducir lo que hoy estamos viviendo con el cambio del voto obligatorio” (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 359ª, Sesión 9ª, Ordinaria, 13.04.2011).

²³ Aguiló M., Sergio; Alinco B., René; Andrade L., Osvaldo; Auth S., Pepe; Cornejo G., Aldo; De Urresti L., Alfonso; Goic B., Carolina; Jiménez F., Tucapel; Muñoz D., Adriana; y Vidal L., Ximena.

²⁴ García R., José; Larraín F., Hernán; Orpis B., Jaime; Pérez V., Víctor; y Walker P., Patricio.

²⁵ Andrade L., Osvaldo; Ceroni F., Guillermo; Chahín V., Fuad; Cornejo G., Aldo; Farcas G., Daniel; Gutiérrez G., Hugo; Monckeberg B., Cristián; Monsalve B., Manuel; Saffirio E., René; y Soto F., Leonardo. Todos de la Nueva Mayoría salvo C. Monckeberg, quien preside Renovación Nacional.

supralocal (varias municipalidades), que podía generar acuerdos de hasta 4 años. El proyecto, sin embargo, fue rechazado en general por la sala del Senado en agosto de 2008.

3. Contexto Internacional.

3.1. Tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes que contienen derechos laborales colectivos aplicables a los funcionarios.

A nivel general pueden mencionarse los siguientes tratados (PRECHT P., 1991):

- a) El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966 y publicado en el D.O. 27.05.1989), que en su art. 8° admite el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y a formar federaciones o confederaciones nacionales (y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas) y el derecho de huelga, si bien estos derechos pueden ser regulados por normas legales y sujetos a restricciones proporcionadas. En particular, este artículo “no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”. Por último, esta norma señala que los Estados parte del convenio OIT N° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948), no pueden invocarla para “adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966 y publicado en el D.O. de 29.04.1989), que en su art. 22 reconoce el “derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”, admitiendo restricciones legales de este derecho “cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. También se incluye una referencia al convenio OIT N° 87 análoga a la del pacto anterior.
- c) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948 y publicada en el D.O. de 05.01.1991), cuyo artículo XXII consagra el derecho de las personas de “asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos”, incluyendo expresamente entre aquéllos los de orden político sindical.
- d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en 1969 y publicada en el D.O. de 05.01.1991), reconoce en su art. 16 el derecho a asociarse libremente con cualquier fin, incluyendo los laborales, y admitiendo restricciones legales proporcionadas, particularmente tratándose de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, hipótesis en que incluso admite la privación del ejercicio del derecho de asociación.

3.2. Los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Como ya señalamos, la OIT ha impulsado progresiva y decididamente la sindicalización y la negociación colectiva dentro de la Administración Pública. El convenio OIT N° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948), reconoció a trabajadores y empleadores, “sin ninguna distinción y sin autorización previa... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” (art. 2°), agregando que “La legislación nacional deberá

determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio” (art. 9.1), lo que parece suponer que los demás funcionarios públicos quedarían regidos por este Convenio. Así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, pues ha interpretado que las disposiciones del Convenio 87 aplican a la generalidad de los funcionarios públicos (OIT, 2006:\$218-\$222), con las excepciones ya explicadas que, en cuanto tales, deben entenderse restrictivamente (OIT, 2006:\$223-\$271).

Por su parte, el convenio N° 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), declara expresamente en su artículo 6° que “no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto”, pese a que su art. 5.1. expresa que “La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía”, lo que al modo del Convenio 87 sugiere que los funcionarios si estaban incluidos.

Como fuere, el Convenio 151, de 1978, sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, vino a reconocer el derecho de los funcionarios a formar a organizaciones que los representen y afiliarse a ellas, y a ser protegidos contra actos de discriminación antisindicales (art. 4°); a estimular y fomentar los procedimientos de negociación entre las autoridades y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o “cualesquiera otros métodos que permitiesen a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”; y a solucionar los conflictos planteados con motivo de la determinación de las condiciones de empleo por medio de la negociación “o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje” (art. 8°). Con todo, este convenio admite que las legislaciones nacionales pueden restringir estas garantías tratándose de empleados que poseen poder decisorio, desempeñan cargos directivos, tienen obligaciones de naturaleza altamente confidencial, a las fuerzas armadas y a la policía (art. 1°). Cabe reiterar que el Comité de Libertad Sindical OIT ha interpretado restrictivamente la noción de funcionario público para efectos del derecho a huelga, limitándolo al ejercicio de funciones de autoridad²⁶, lo que abre paso a admitir el derecho a huelga de quienes no estén en esta situación.

Con todo, dado que la categoría “sustantiva” de funcionario público varía de país en país e, incluso, en el mismo país de época en época, la OIT ha planteado que «en los casos dudosos la solución podría ser “no prohibir totalmente la huelga, sino más bien prever el mantenimiento de un servicio mínimo negociado por una categoría determinada y limitada del personal, siempre que un paro total y prolongado pueda tener consecuencias graves para la población concernida” (ibíd., párrafo 158)» (GERNIGON, ODERO y GUIDO, 2000:19-20). Esta solución aproxima la situación de

²⁶ “Según se desprende de los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, son funcionarios públicos, a fines de su posible exclusión del ejercicio de la huelga, «los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado» (OIT, 1996, párrafo 534). Las consecuencias de este enfoque son importantes, ya que la pauta para determinar los funcionarios públicos excluibles ya no es el hecho de que se les aplique la ley nacional de carrera administrativa, sino la naturaleza de las funciones que realicen tales funcionarios. Así pues, si el derecho de huelga de los funcionarios de ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como de sus auxiliares y el de los funcionarios de la administración de justicia y del poder judicial, pueden ser objeto de restricciones importantes o incluso de prohibición (ibíd., párrafos 537 y 538), no sucede lo mismo, por ejemplo, con respecto a las personas empleadas por las empresas públicas” (GERNIGON, ODERO y GUIDO, 2000:18).

los trabajadores privados a los funcionarios, pues en ambos casos existe el deber de no paralizar “servicios esenciales”.

Por último, hay que consignar que el Convenio OIT 154, de 1981, sobre la negociación colectiva, reiteró las normativas previas pero pidió, además, “adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva” (art. 5.1), admitiendo que la legislación o la práctica nacionales pudieran “fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio” en lo relativo a la administración pública, especialmente, a las fuerzas armadas y la policía (art. 1°). Este convenio no ha sido ratificado por Chile.

3.3. Algunos modelos comparados.

a) Visión General.

Ya en 2001 un documento de la OIT advertía “una tendencia positiva hacia el diálogo social, un modelo que se percibe en algunas Constituciones de los últimos tiempos”, y que se traduciría en una apertura de los marcos legales para permitir que los funcionarios constituyesen y se afiliaran a las organizaciones que estimen convenientes y, también, para permitir que esas organizaciones defiendan los intereses económicos y sociales de sus afiliados, registrándose un menor desarrollo en el derecho específico de iniciar acciones laborales para la defensa de esos intereses económicos (Hodges, 2001:52).

Según reportó en 2010 el Consorcio para la Reforma del Estado (Consorcio para la Reforma del Estado, 2010:10-11), en la mayoría de los países de la OCDE la generalidad de los funcionarios públicos puede formar organizaciones gremiales, con excepciones heterogéneas en la línea de los Convenios OIT (cargos directivos, personal con labores de naturaleza altamente confidencial, fuerzas armadas y policía), y con diferentes sistemas de intervención en la definición de las condiciones de trabajo, desde consultas voluntarias (EE.UU., Japón) u obligatorias (México, Portugal, Holanda) hasta procesos de negociación obligatoria que deben terminar en convenios colectivos (Finlandia, Corea). Los niveles de negociación varían, con casos y/o materias de negociación nacional hasta casos por agencias o niveles subnacionales con diversas combinaciones; también varían las materias susceptibles de negociación y la periodicidad de los procesos. El derecho a huelga, por último, es generalmente reconocido pero varían las restricciones referidas a los organismos o estamentos excluidos de este derecho o a los servicios mínimos que en caso de huelga deben mantenerse (por ej., en Italia no tienen este derecho la policía y las fuerzas armadas y tiene restricciones especiales en el caso de controladores aéreos y trabajadores encargados de plantas nucleares). Existen también países (entre ellos Estados Unidos y Alemania) en que los empleados públicos carecen de este derecho o sólo pueden ejercerlo muy limitadamente. Según un informe de Libertad y Desarrollo de 48 países analizados sólo dos permitirían la huelga sin restricciones (Reino Unido y Rumania), 21 la permitirían con restricciones y 26 no la permitirían²⁷. De este grupo hemos seleccionado España y Nueva Zelanda.

En el caso de Latinoamérica la negociación colectiva en el sector pública se ha ido extendiendo en los últimos años. Entre las experiencias que estimamos interesante reportar están las de Uruguay y Colombia.

²⁷ <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/11/TP-1230-Registro-Civil.pdf>

b) España.

El artículo 28.1 de la Constitución Española, de 1978, declara que *“Todos tienen derecho a sindicarse libremente”* y añade que *“La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”*. El apartado siguiente reconoce *“el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”*, correspondiendo a la ley que regule el ejercicio de este derecho establecer *“las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*. Este marco amplio y la *vis expansiva* de los derechos sindicales *“ha producido su reconocimiento general para los funcionarios públicos”* (Sánchez M., 2001:68).

El artículo 15 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)²⁸, reconoce a los empleados públicos un grupo de *“derechos individuales que se ejercen de forma colectiva”*²⁹, a saber, a el derecho a la libertad sindical, el derecho a *“la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo”*, el derecho *“al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*, el derecho *“al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso”*, y el derecho de reunión. Con todo, la propia Constitución prohíbe a los jueces, magistrados y fiscales pertenecer a un sindicato. Los integrantes de la Policía Nacional, en tanto, pueden sindicarse pero sometidos a las restricciones de los artículo 8º y 88 a 93 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional³⁰.

Tratándose de la negociación colectiva, doctrina ha planteado que en el caso de los funcionarios debe tener peculiaridades en virtud de:

- h) El principio de legalidad presupuestaria que supone una previa aprobación parlamentaria de los gastos públicos. Así, *“la Administración no es libre para negociar modificaciones de las condiciones de empleo que tengan directa o indirectamente efectos presupuestarios, sino que está limitada a priori y a posteriori por lo que el órgano representativo de la voluntad popular pueda decidir... lo más que la Administración puede convenir es el contenido de sus propias iniciativas legislativas y presupuestarias”* (Sánchez M., 2001:243);
- i) La mayor amplitud de la reserva de ley tratándose de empleos públicos, en virtud del artículo 103.3 de la Constitución (*“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*). Esto reduce el ámbito de materias a negociar; y
- j) Otras vinculaciones específicas que impone la Constitución al Gobierno y la Administración *“...que no pueden quedar condicionadas a los resultados de una negociación con los sindicatos”* y que incluso justifican un cierto margen de *ius variandi* para la Administración *“cuando lo exija la tutela del interés general”* (Sánchez M., 2001:243). Así, por ejemplo, el artículo 8.3 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la

²⁸ Aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y actualmente refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

²⁹ El trabajador individual tiene la titularidad para decidir si quiere ejercer estos derechos, pero en caso positivo sólo podrá ejercerlos con el concurso de otros trabajadores.

³⁰ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³¹, declaró *“suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza”*.

El art. 33.1 del EBEP establece que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos queda *“sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia”*. El procedimiento se realiza a través de “Mesas de Negociación”, constituidas por representantes de la Administración Pública correspondiente y de las organizaciones sindicales más representativas al nivel territorial que corresponda. En el ámbito local se admite negociar con asociaciones de municipios o Entidades Locales de ámbito supramunicipal. El artículo 34 EBEP distingue dos tipos de mesas:

- k) Mesas Generales de Negociación por ámbito territorial (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales), a cargo de las *“materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito”*, y
- l) Mesas Sectoriales, que pueden constituirse por acuerdo de las Mesas Generales de Negociación (dependiendo de éstas) *“en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número”*, pudiendo extenderse su competencia *“a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta explícitamente les reenvíe o delegue”*.

La negociación de inicia cuando existe acuerdo de las partes o, en su defecto, *“en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan”* (artículo 34 N° 6 EBEP).

La Ley establece las materias que pueden ser objeto de negociación (artículo 37.1 EBEP)³² y las que se excluyen de la obligatoriedad de la negociación (artículo 37.2 EBEP)³³. El fruto del

³¹ BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012.

³² *“Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: / a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas. / b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios. / c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos. / d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. / e) Los planes de Previsión Social Complementaria. / f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna. / g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas. / h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. / i) Los criterios generales de acción social. / j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales. / k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley. / l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público. / m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”*.

³³ *“Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes: / a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. / Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan*

procedimiento son pactos o acuerdos en *“materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba”* (artículo 38.2 EBEP), exigencia que no es sino expresión del principio de legalidad. Si se incluyen materias de Ley el pacto carece de eficacia directa respecto de ellas, dado que en virtud de la Constitución tales regulaciones deben ser sancionadas por el Parlamento (Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas). Por ello, en tales casos la Administración cumple lo pactado con la remisión al órgano legislativo *“del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado”* (artículo 38.3 EBEP)³⁴. De no aprobarse la norma se contempla una renegociación en el plazo de un mes.

Como exigencia de transparencia los pactos deben ser publicados en el Boletín Oficial (artículo 38.6 EBEP). Salvo acuerdo en contrario, los Pactos y Acuerdos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de una de las partes (artículo 38.11 EBEP). Cabe señalar que se admite que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, *“excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas... suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”* (artículo 38.10 EBEP).

En caso que fracase la negociación, esto es, que no se llegue a acuerdo, sea en la negociación o en la renegociación, *“y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios”* (artículo 38.7 EBEP), con ciertas excepciones. Dicho de otro modo, la Administración retoma la definición por acto unilateral.

Tratándose de la Administración General del Estado español la Dirección General de la Función Pública³⁵, dependiente de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (que integra el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), está a cargo de la coordinación, promoción e interlocución con organizaciones sindicales y de los acuerdos y pactos en relación con la negociación colectiva de los empleados públicos de este nivel de la Administración (art. 15.1 c) del Real Decreto 256/2012).

En los conflictos colectivos que puedan surgir en la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos existe la posibilidad de acudir a medios extrajudiciales de solución como la mediación, obligatoria a instancia de una de las partes, o el arbitraje voluntario (artículo 45 EBEP).

En cuanto a la huelga, si bien la Constitución no fue clara en este punto la doctrina y la jurisprudencia la han admitido sin problemas (Parejo, 2013:911). En la actualidad, el artículo 15 c) EBEP reconoce a los empleados públicos el derecho *“al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*, norma que no aplica respecto del

repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto. / b) La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. / c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo. / d) Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. / e) La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”.

³⁴ Agrega la norma que *“Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes”.*

³⁵ Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011).

personal a que se refiere el artículo 4º EBEP salvo que lo disponga expresamente su legislación específica. Por esta razón quedan excluidos del derecho de huelga los miembros de las Fuerzas Armadas, Institutos Armados de carácter militar y Policía Nacional, discutiéndose en tanto la situación de los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo dado que si bien se prohíbe expresamente su sindicalización, como vimos, nada se dijo respecto de la huelga; para algunos la primera restricción supone la segunda, pero hay quienes piensan lo contrario³⁶.

Las únicas regulaciones del derecho de huelga en el EBEP son la deducción de retribuciones para quienes lo ejerciten el durante el tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que aquélla tenga carácter de sanción ni afecte al régimen de las prestaciones sociales (artículo 30.2), y la catalogación como falta disciplinaria “muy grave” de los actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga y del incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga (artículo 95, literales l y m).

En lo demás, la huelga queda sujeta a la regulación general que establece el Real Decreto-Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo³⁷ (RDLRT), a falta de norma especial (Parejo, 2013:912). Dentro de esta regulación conviene destacar los siguientes aspectos³⁸:

- a) El art. 11 RDLRT prohíbe las huelgas que se inicien o sostengan por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (literal a), no siendo tales las que protesten contra decisiones de los poderes públicos que afecten al interés profesional de los trabajadores o reivindiquen mejoras en el ámbito general de las relaciones laborales, así como también las de “solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan” (literal b);
- b) La huelga puede ser declarada mediante decisión mayoritaria de los trabajadores (art. 3.1 y 3.2 RDLRT);
- c) El acuerdo debe ser notificado al servicio afectado y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores, con cinco días de antelación o con diez días cuando la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos, debiendo los representantes de los trabajadores, antes de su iniciación, dar “la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio” (arts. 3.3. y 4 RDLRT);
- d) El desarrollo de la huelga queda entregado a la dirección de un «comité de huelga» que integran los trabajadores (art. 5 RDLRT);
- e) Los trabajadores pueden hacer publicidad pacífica de la misma (art. 6.6 RDLRT);
- f) La huelga puede terminar por desestimiento, pacto o acuerdo o, excepcionalmente, por arbitraje obligatorio, cuando así lo decida el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo habida cuenta de la duración, las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave a la economía nacional (art. 10 RDLRT).
- g) No cabe la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados al organismo al tiempo de ser comunicada la misma, salvo incumplimiento de la prestación de

³⁶ Véanse, p. ej., http://elpais.com/diario/2009/02/11/opinion/1234306804_850215.html y <http://www.abc.es/espana/20130207/abci-jueces-derecho-huelga-201302062018.html>. Adicionalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 ha establecido que sí pueden ejercer este derecho.

³⁷ BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1977.

³⁸ Cfr. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-de-huelga/derecho-de-huelga.htm>

los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (art. 6.5 RDLRT);

- h) Como la Constitución exige a la ley establecer las *“garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*, lo que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional supone un análisis caso a caso de las circunstancias concurrentes, siendo esenciales los servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona (STC 43/1990, de 15 de marzo). Una parte de la doctrina propone seguir el criterio de la Comisión de Expertos de la OIT que, en 1983, definió a los servicios esenciales como aquéllos *“cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”* (Gernigon, Odero y Guido, 2000a:20). Se ha dicho también que *“la interpretación más conforme con el orden de valores y principios de la norma fundamental es la que entiende que la esencialidad de un servicio deriva de la naturaleza no tanto de la actividad misma desplegada, cuanto de los bienes e intereses... a cuya satisfacción va dirigida”* (Parejo, 2013:914). La determinación de un servicio como esencial faculta al gobierno para determinar por Decreto los servicios mínimos que la huelga debe respetar, esto es, los servicios que en todo caso han de prestarse a los usuarios y qué trabajadores deben prestarlos. El Tribunal Constitucional exige que la decisión sea motivada y respete una razonable proporción entre los perjuicios que padezcan los usuarios del servicio y los mínimos decretados (STC 26/1981, 53/1986, 43/1990 y 183/2006).

c) Nueva Zelanda.

El artículo 67 de la State Service Act de 30.03.1988³⁹ aplica a los funcionarios la legislación laboral común, vale decir, la Employment Relations Act 2000, lo que les permite sindicarse, negociar colectivamente e ir a huelga. En mayo de 2000 se firmó un acuerdo entre el Gobierno y la Asociación de Empleados de la Administración Pública para permitir que los empleados participasen *“colectivamente en la administración de sus lugares de trabajo en la medida de los posible, mientras estén en la administración pública, reconociendo la responsabilidad última de la administración con arreglo a la Ley del Sector del Estado, o, en el caso de las CRI y de las Entidades de la Corona, en virtud de la Ley de Finanzas Públicas o de otra legislación que autorice (la consecución de esto a través de un proceso de) la negociación y la actividad en el ámbito de la empresa”* (Hodges, 2001:56).

No pueden ir a huelga los policías y militares tampoco puede ejercerse este derecho, conforme al Convenio 98 OIT, de afectarse a un servicio esencial, es decir, uno cuya paralización sea contraria al interés público, incluyendo la seguridad y salud pública.

Cuando los empleados que trabajan en un servicio esencial deciden declarar una huelga que afecta al interés público, deben informarlo con un período establecido de antelación al empleador o al Presidente del Departamento de Trabajo. Por ejemplo, debe darse aviso a la autoridad con tres días de anticipación a la fecha en que se hará efectiva la huelga tratándose de paralizaciones en escuelas, señalando por medios electrónicos las escuelas afectadas y el periodo del paro.

³⁹ Disponible en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1988/0020/latest/whole.html>

En virtud de la Employment Relations Act 2000, además, deben facilitarse servicios de arbitraje a las partes relacionadas con servicios mínimos antes de declarar la huelga para fomentar la solución de sus diferencias⁴⁰.

d) Uruguay.

El artículo 57 de la Constitución Uruguaya señala que *“La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica”*. Agrega que *“Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”* y declara, por último, que *“la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”*. No hay, pues, menciones constitucionales referidas a la aplicación de estos derechos a los funcionarios.

Tanto la organización gremial como la negociación colectiva en el sector público uruguayo cuenta con una larga tradición. Sin embargo, fue recién en 2005 que el Gobierno convocó a las organizaciones representativas de funcionarios públicos para instalar una mesa de negociación cuyo objetivo sería crear un marco regulatorio para la negociación colectiva en la Administración, suscribiéndose un acuerdo marco a partir del cual se elaboró la Ley N° 18.508, de 26 de junio de 2009, que regula la negociación colectiva en el marco de las relaciones laborales en el sector público⁴¹.

El inciso 1° del artículo 3° de la Ley reconoce el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos *“con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9º del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)... y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT”*, recepcionando directamente estos convenios. El segundo inciso declara que el Estado *“promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos”*.

La negociación puede darse *“entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos”*, con una amplia gama de materias susceptibles de negociar (artículo 4°)⁴². La Ley exige negociar de buena fe (artículo 6°) y en forma transparente (artículo 6°).

Conforme al artículo 10, la negociación colectiva en el sector público funciona en dos grandes módulos:

- a) El primero de ellos comprende la negociación colectiva en el Poder Ejecutivo y en los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado la cual funciona en tres niveles:

⁴⁰ http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159285/lang-es/index.htm

⁴¹ Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18508&Anchor>

⁴² Pueden alcanzarse acuerdos que regulen: *“a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral. / b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública. / c) La estructura de la carrera funcional. / d) El sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización. / e) Las relaciones entre empleadores y funcionarios. / f) Las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación”*.

- i. General o de nivel superior, a través del Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público que está integrado *“por dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (uno de los cuales presidirá el Consejo), dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos de mayor grado a nivel nacional”* (artículo 12).
 - ii. Sectorial o por rama, en función de las particularidades o autonomías, funcionando tres mesas de negociación a este nivel, *“integrará con dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil, dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y ocho delegados designados por la organización representativa de los funcionarios públicos del respectivo sector o rama”* (artículo 12):
 - Administración Central y Servicios Descentralizados no comerciales (INAU y ASSE)
 - Entes Autónomos y Servicios Descentralizados comerciales
 - Banca Oficial.
 - iii. Por inciso u organismo estatal entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos, *“a través de las mesas de negociación integradas por las autoridades del inciso u organismo y las organizaciones sindicales representativas de base. Asimismo, podrán participar representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Oficina Nacional del Servicio Civil, así como delegados de las organizaciones sindicales representativas de la rama”* (artículo 12).
- b) El segundo módulo comprende la negociación colectiva en los organismos con mayor autonomía: Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Entes Autónomos de la Enseñanza Pública y los Gobiernos Departamentales.

En diciembre de 2010 se suscribió el primer acuerdo marco por tres años, que se ha prorrogado al no haber manifestado lo contrario las partes. En él se previeron ajustes salariales de carácter anual para mantener el poder adquisitivo más uno extraordinario si la inflación supera el 10% en un semestre, además de otros ajustes retributivos (Carrillo, 2015:14).

Por último, se entiende que el art. 65 de la Constitución uruguaya implícitamente admite la huelga en los servicios públicos administrados directamente (*“la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios”*), pero es un tema debatible (Racciatti, 2004 y Castello, 2013:24).

e) Colombia.

La Constitución colombiana regula los derechos laborales colectivos en tres disposiciones:

- a) El artículo 39, que reconoce a trabajadores y empleadores el derecho a *“constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”*, reconociéndolos con la simple inscripción del acta de constitución, admitiendo cancelar su personalidad jurídica sólo por vía judicial, reconociendo el fuero de los dirigentes y exigiendo que la estructura interna y funcionamiento sindical sujete *“al orden legal y a los principios democráticos”*. Sólo se restringe el derecho de asociación sindical tratándose de *“los miembros de la Fuerza Pública”*⁴³, lo que reguló el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo excluyendo tanto a los miembros del Ejército Nacional como a los de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden⁴⁴;
- b) El artículo 55, que *“garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley”*, y exige al Estado *“promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”*; y
- c) El artículo 56 que *“garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”*, encargando a la ley reglamentar este derecho.

Colombia ha regulado la negociación colectiva a través del decreto 1092, de mayo de 2012, lo que vino a desactivar la prohibición del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁵. En mayo de 2013 se suscribió el primer acuerdo colectivo nacional, una de cuyas partes fue reformular dicho decreto, lo que se hizo a través del decreto 160, de febrero de 2014 (Carrillo, 2015:14).

El primero de estos decretos reglamentó los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 (que aprobó el Convenio OIT 151), en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos en general. Se excluyen los *“empleados de alto nivel que ejerzan empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”*, como también el *“personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”* (artículo 2), siguiendo las directrices OIT y los artículos 39 y 55 de la Constitución.

Para efectos de negociar colectivamente, el artículo 5° del decreto exige que:

- a) Se trate de una Organización Sindical que agrupe empleados públicos y esté inscrita y vigente en el registro sindical del Ministerio del Trabajo;

⁴³ La Sentencia C-593/93 de la Corte Constitucional Colombiana, del 14 de diciembre de 1993, declara que *“...El Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio”*. Lo mismo reconoce la Sentencia de la misma Corte C-110/94.

⁴⁴ *“El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones...”*.

⁴⁵ *“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga”*. La primera parte de este texto fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1234 de 2005, bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva contemplado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen los sindicatos, mientras el Congreso de la República regula el procedimiento para el efecto.

- b) La Asamblea General de la correspondiente organización sindical adopte el acuerdo de solicitar la negociación;
- c) La entidad pública empleadora *“tenga en cuenta la obtención de la disponibilidad presupuestal en los eventos en que se genere gasto en asuntos susceptibles de negociación”*; y
- d) Los pliegos de solicitudes se presenten *“en el primer trimestre de cada año calendario”*.

El decreto aplica el principio de competencia (*“La entidad empleadora sólo podrá negociar en asuntos de su competencia”*, artículo 6.4), admite diversos niveles de negociación pero impide que *“pueda existir más de una negociación por entidad”* (artículo 6.2) y establece un procedimiento de hasta 40 días hábiles para designar negociadores y discutir el pliego de peticiones. De no llegarse a acuerdo podrán escoger un mediador, de una lista única nacional de mediadores integrada por el Ministerio del Trabajo, quien tendrá 10 días hábiles para proponer fórmulas de avenimiento y, de lograrse un acuerdo, el mediador presentará recomendaciones por escrito a la entidad pública (artículo 7.4). El procedimiento se cierra con un acta final que señale acuerdos, desacuerdos y fundamentos, en base a la cual la entidad empleadora *“expedirá los actos administrativos a que haya lugar, o dará la respuesta motivada de su negativa a las peticiones, en un término no superior a 15 días hábiles contados a partir de la firma del acta final”* (artículo 7.5).

La modificación de 2014 precisa el procedimiento y las materias de negociación admitidas⁴⁶ y excluidas⁴⁷. Admite que las partes en la negociación sean *“Una o varias entidades y autoridades públicas competentes”* y *“Una o varias organizaciones sindicales de empleados públicos”* (artículo 6°). Detalla los niveles de negociación (artículo 7°), general o de contenido común (*“con efectos para todos los empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio”*) y singular o de contenido particular (*“por entidad o por distrito, departamento o municipio”*).

La huelga de los empleados públicos no se encuentra regulada, ni afirmándola ni prohibiéndola. Como vimos, el artículo 56 de la Constitución colombiana reconoció el derecho de huelga, *“salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”*, y la Sentencia C-110/1994 de la Corte Constitucional, revisando el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁸, declaró que la

⁴⁶ Artículo 5°: *“Son materias de negociación: 1. Las condiciones de empleo, y 2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo”*.

⁴⁷ Artículo 5°, Parágrafo 1: *“No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias: 1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos; 2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; 3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos; 4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas; 5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria”*.

⁴⁸ *“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga”*. La primera parte de este texto fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1234 de 2005, bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva contemplado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen los sindicatos, mientras el Congreso de la República regula el procedimiento para el efecto.

prohibición de declarar o hacer huelga “únicamente es aplicable a los sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales”. En otras palabras, la prohibición depende de si la entidad pública a la que se hallan vinculados presta servicios públicos esenciales —caso en el cual el derecho de huelga no se garantiza— o presta servicios públicos que la ley califique como no esenciales. En este último evento la Corte admite que los funcionarios tienen garantizado el derecho de huelga a la luz de la Constitución.

4. Recomendaciones para el caso chileno.

4.1. Algunas propuestas existentes.

Conocemos tres trabajos de centros de estudio además de una propuesta de la ANEF que han planteado avanzar en esta materia, las que por su interés sintetizaremos:

a) Propuesta de Armstrong, Águila y Rodríguez (2007).

Se trata de la “Proposición de proceso de negociación colectiva para los sectores público y municipal”, uno de los trabajos premiados por el Concurso Políticas Públicas de ese año de la PUC. Simplificándola, sus elementos son los siguientes:

- i. Negociación colectiva para todo el sector público. Formalizar la instancia de la Mesa de Diálogo del Sector Público con las siguientes características:
 - Materias susceptibles de ser negociadas: Consideran que debiesen ser las políticas y procedimientos de personal de reclutamiento, evaluación, desarrollo, retención y la existencia de un sistema efectivo y eficiente para resolver inquietudes, problemas y quejas del personal derivados de diferencias de interpretación y aplicación de políticas y procedimientos de recursos humanos, sobre todo de aquellas relacionadas con la disciplina (contemplando el arbitraje como última instancia).
 - Períodos y duración de las negociaciones: A lo más dos veces durante cada período presidencial, durando el proceso de negociación cincuenta días a partir de la presentación del proyecto por parte de la ANEF. De no producirse acuerdo la decisión pasaría automáticamente a un tribunal arbitral.
 - Partes involucradas: La ANEF y representantes de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda, extendiéndose los acuerdos a los trabajadores que no sean miembros de alguna asociación de funcionarios y a aquellas asociaciones que no estén afiliadas a la ANEF.
- ii. Negociación colectiva a nivel de institución o sector, que podría recaer en materias específicas de la institución o sector, siguiendo lo mismo planteado previamente. En especial, proponen negociar anualmente las metas de que depende la asignación de modernización de cada servicio.
- iii. Negociación colectiva para el sector municipal, con tres variantes:
 - Negociación para el sector municipal como un todo, formalizando la mesa tripartita en que participan SUBDERE, ASEMUCH y ACHM, y sumando a

DIPRES. Excluiría lo relacionado con remuneraciones y beneficios propios de cada municipalidad, ya que el presupuesto de cada una varía. Estas negociaciones se llevarían a cabo dentro de los primeros seis meses desde la fecha en que los alcaldes asumieron sus cargos y la negociación misma no podrá durar más de cincuenta días corridos. En el resto se aplica lo ya explicado.

- Negociaciones especiales: Propone procesos de negociación separados para los profesores y los trabajadores de los consultorios municipalizados, debido a que ambos son grupos especiales con reglas del juego propias.
 - Negociación colectiva local (por municipio): Recaería sobre las “condiciones comunes de trabajo y remuneración de los funcionarios de planta y contrata”, siguiendo el ya mencionado fracasado proyecto de “Modernización de la Gestión Municipal” (Boletín N° 3768, de 2004) buscando un acuerdo entre los alcaldes y sus respectivas asociaciones de funcionarios, con un Tribunal Arbitral como última instancia.
- iv. Participación de terceras partes en los procesos de negociación colectiva: Para todos los casos, durante el período que dura una negociación formal de contratos, especialmente durante el período de huelga, ambas partes podrían acceder a terceros que los ayuden a llegar a un acuerdo. La idea es conformar una nómina nacional de mediadores y árbitros, igual o parecida a la que establece el artículo 397 del Código del Trabajo.
- v. Procurar que los paros sean reemplazados por un sistema de arbitraje que opere cuando las partes sean incapaces de llegar a un acuerdo y aplicar drásticamente las normas disciplinarias existentes a quienes fomenten o participen en huelgas que dañen a la comunidad y amenacen la salud, seguridad y bienestar de la población.
- vi. Transformar a la Dirección del Trabajo en una institución autónoma –como el Banco Central o la Contraloría General de la República–, de modo que desde esa posición de mayor independencia y neutralidad ayude a las partes involucradas en los procesos de negociación de contratos y de derechos o quejas poniendo a su disposición los mediadores y árbitros que se requieran, entre otras colaboraciones.

b) Propuesta del Consorcio para la reforma del Estado (2010).

Revisa los siguientes temas:

- i. Nivel de negociación: Descentralización inicial para luego concentrar la negociación colectiva con los empleados del gobierno central, en una única instancia con grados de discrecionalidad por servicio en determinadas materias. Esto implica:
- Excluir a los empleados municipales y de las universidades públicas para que éstos negocien con sus empleadores –alcaldes y rectores–.
 - Considerar dos instancias de negociación sin traslapes, una a nivel central entre los gremios y los Ministerios de Hacienda y del Trabajo, y otra a nivel de ministerios o servicios donde el subsecretario o jefe de servicio tenga atribuciones para decidir la distribución de un monto de remuneraciones entre distintos cargos o profesiones. Del gasto total definido por DIPRES para

remuneraciones el 70% se definiría en la primera instancia, aplicable a todos los funcionarios del Estado, y un 30% en la segunda. Esta última correspondería a un funcionaria con la modalidad de Fondo Concursable que se distribuiría a nivel de ministerios o servicios en base a las propuestas presentadas por los mismos, y donde el fallo sería resuelto por un panel de expertos mixto, considerándose para las propuestas un diálogo previo con sus funcionarios mediante mecanismos de recepción de ideas y/o discusión aunque no de co-gobierno.

- ii. Interlocutores: En la negociación a nivel central el Ministerio de Hacienda y el Ministerio del Trabajo, por parte del gobierno, y los gremios bajo una única entidad coordinados por la CUT, como es en la actualidad. En la negociación sectorial los interlocutores deben ser los ministros, subsecretarios o jefes de servicio y las asociaciones de funcionarios del ámbito en particular, que contarían con un monto total aprobado por el Ministerio de Hacienda, que distribuiría al interior de la organización con ciertas restricciones (p. ej., no poder subir más que una cierta proporción todos los sueldos del organismo, no ocupar en honorarios).
- iii. Condiciones:
 - Periodicidad: No coincidente con los ciclos electorales. Se postula que se negocie cada dos años, el primer y tercer año del gobierno, en paralelo a la discusión presupuestaria de fin de año, aplicándose el resultado a partir del año siguiente.
 - Huelga: Aplicando criterio de realidad debe existir este derecho sin posibilidad de reemplazo de trabajadores. Se deben precisar los “servicios mínimos” exigibles cuando la interrupción del funcionamiento, siguiendo a la OIT, pueda “poner en peligro la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población”. Además se sugiere aplicar este sistema a otros organismos que proveen servicios de gran impacto, “como es el caso del Registro Civil”. Cada servicio debiera determinar sus servicios mínimos y cómo los asegurará. Además, deben establecerse los períodos en que la huelga sería más crítica en cada sector y sus costos asociados por día para determinar los plazos en que debería iniciar su intervención un mediador o árbitro.
 - Mecanismos de resolución de conflictos: Se propone introducir un actor externo que actúe de árbitro o mediador, como una especie de una Junta de Conciliación.
- iv. Otros aspectos a negociar: P, ej., tipo y número de cargos, aumento o supresión de empleos manteniendo el presupuesto, capacitación, jornada, condiciones laborales, etc.

c) Propuesta del Grupo Res Publica Chile (Ferreiro Y., 2013).

La Propuesta 7 de las 95 planteadas por este grupo se titula “Un nuevo trato laboral para los funcionarios públicos”. Tras partir postulando un nuevo “régimen único de contratación que armonice flexibilidad y protección” para los empleados públicos, propone el siguiente sistema de “Negociación colectiva y huelga reglada para quienes integren ese régimen de contratación”:

- i. Una negociación colectiva de dos niveles:
 - Uno de alcance general, similar al que de facto hoy desarrollan los gremios públicos con el Ministerio de Hacienda y el Parlamento, pero con parámetros objetivos definidos por ley que indexen los reajustes posibles a aumentos de productividad, inflación y/o evolución de los ingresos fiscales.
 - Una radicada en cada organismo o Ministerio acotada al cumplimiento de metas de desempeño.
- ii. En caso de que la negociación no concluya en acuerdo podrá declararse la huelga en aquellos servicios y cargos declarados por ley como no esenciales, debiendo aplicarse estrictamente los descuentos por días no trabajados. La ley podrá establecer aquellas situaciones en que por la naturaleza del servicio la huelga sea del todo improcedente, en cuyo caso procederá el arbitraje forzoso para resolver⁴⁹.

e) Propuesta de la ANEF (2006).

En octubre de 2006 esta organización propuso establecer un marco regulatorio para institucionalizar la Negociación Colectiva en el Sector Público de acuerdo al Convenio 151 OIT, “asegurando condiciones igualitarias en las capacidades de negociación, estableciendo mecanismos de solución de conflictos reconocidos por la OIT, y sanciones a las prácticas antisindicales al interior del Estado”⁵⁰. Incluyó los siguientes elementos:

- i. Establecer un modelo de negociación articulada de tres niveles, nacional, sectorial y local/territorial, que se aboquen respectivamente a las materias de: reajuste general de remuneraciones y condiciones generales de empleo y de relaciones laborales para todo el Sector Público; carrera funcionaria, condiciones de empleo sectorial, relaciones laborales, planes de retiro, calificaciones, capacitación, asignaciones, reestructuraciones de plantas, etc.; aumentos salariales suplementarios, rediseños Institucionales, condiciones laborales locales, uniformes, casinos, otros.
- ii. Considerar la implementación y aplicación del Convenio Colectivo resultante del proceso de negociación colectiva, en cualquiera de los niveles en que se lleve a efecto.
- iii. Eliminar la cláusula constitucional que prohíbe a los funcionarios públicos el derecho a huelga que permanece heredada de la dictadura.
- iv. Perfeccionar la Ley 19.296 sobre Asociaciones de Funcionarios para permitir ampliar los derechos que permitan el mejor ejercicio de la función sindical, el respeto del fuero sindical para todos los dirigentes de ANEF y las asociaciones bases, la fiscalización de la ley y el establecimiento de sanciones a las autoridades que incurran en prácticas antisindicales o que no cumplan las disposiciones de la ley.

⁴⁹ Agrega el autor: “La regulación de la huelga supone reconocer e intentar encauzar una realidad de facto hoy en Chile. En Chile se negocia y se va a huelga al margen de la ley. Y si bien el predominio observado de los hechos sobre el derecho puede reducir la efectividad de toda propuesta de ley en la materia, siempre es más viable la aplicación de una legislación que reconoce la realidad de las cosas que aquella que la niega. Las normas percibidas como justas y razonables tienden a cumplirse más y, por lo mismo, se hace más legítimo imponer sanciones por su incumplimiento” (Ferreiro, 2013:93).

⁵⁰ Disponible en: www.anef.cl/doc/PropuestaNegociacionSectorialFinal2006.doc

- v. Modificar la Constitución Política del Estado, el Estatuto Administrativo, la Ley de Bases Generales de la Administración Pública, instituciones que requieren ser compatibilizadas con los estándares democráticos y libertarios propios de los países más modernos en sus prácticas y valores.

4.2. Recomendaciones del consultor.

Como conclusión, se recomienda:

- a) Reconocer el derecho de los funcionarios a negociar colectivamente (agregando este objeto a las Asociaciones de Funcionarios) e ir a huelga, tanto por ajustarse al marco de los tratados internacionales suscritos por Chile, como por un criterio de realidad y por la necesidad de ajustar aspectos que por falta de regulación terminan generando daños injustificados a los usuarios de los servicios públicos;
- b) Excluir del derecho a sindicarse a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entendiendo que son cuerpos no deliberantes y que tienen el monopolio del uso de las armas.
- c) En materia de negociación colectiva regular:
 - a. Niveles posibles. Parece haber evidencia en favor de la idea de un nivel nacional, otro sectorial y uno por organismo (entendiendo que el mundo municipal y el universitario puede ser asumido en la lógica de sectores y organismos);
 - b. Materias admitidas y excluidas de la negociación, evitando que decisiones que tienen ver con el diseño de políticas públicas o derechos de las personas queden sujetas a este proceso.
 - c. Periodicidad no coincidente con los ciclos electorales y que reconozca cierta duración mínima de los acuerdos.
 - d. Arbitraje obligatorio cuando el proceso se prolongue exageradamente.
 - e. Principios como el de competencia, transparencia y cobertura presupuestaria.
- d) En materia de huelga:
 - a. Oportunidad en que sería posible ejercer este derecho;
 - b. Organismos que no pueden ir a huelga por prestar servicios esenciales;
 - c. Servicios mínimos para los organismos que sin prestar servicios esenciales, atienden público o tienen alto impacto, y sanciones en caso de no prestarlos (debiera evaluarse restringir a estos casos la aplicación de la Ley sobre Seguridad del Estado);
 - d. Descuentos por días no trabajados; y
 - e. Arbitraje, tal como en el caso anterior.
- e) Lo anterior supone modificar, al menos:

- a. La Constitución Política;
 - b. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;
 - c. El Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.834 y refundido, coordinado y sistematizado por el D.F.L. N° 29/2004;
 - d. Los Estatutos Administrativos especiales, salvo en los casos en que no se admita la negociación y la huelga;
 - e. La Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios Públicos; y
 - f. La Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado.
- f) Se sugiere plantear una modificación constitucional que junto con admitir la negociación colectiva y la huelga en el sector público, incluya:
- a. Los límites de ambas figuras;
 - b. Una disposición transitoria que señale las características básicas que tendrían en estos casos la negociación colectiva y la huelga de manera mientras el legislador no regule ambas instituciones, de modo que no pueda argumentarse que se legalizan los paros sin un modelo concreto que evite perjuicios a los usuarios de los servicios públicos.

Bibliografía

- ARMSTRONG, Alberto, ÁGUILA, Rafael, y RODRÍGUEZ, Darío (2007): “Proposición de proceso de negociación colectiva para los sectores público y municipal”. /en/ Camino al Bicentenario. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, 179-217.
- BACHELET J., Michelle (2013): *Chile de Todos*. Programa de Gobierno 2014-2018, 193 p.
- CARRILLO C., Martín (2015): “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en américa latina”. /en/ Revista Latinoamericana de Derecho Social, N° 21, p. 3-29.
- CASTELLO, Alejandro (2013): “El derecho de huelga en Uruguay”. /en/ Meritum, Belo Horizonte, V. 8 N° 1, p. 15-42.
- CONSORCIO PARA LA REFORMA DEL ESTADO (2010): *Personas en el Estado: Hacia un país de clase mundial*. Santiago de Chile, 44 p.
- FERREIRO Y., Alejandro (2013): “Modernización del Estado: una agenda necesaria”. /en/ 95 propuestas para un Chile mejor. Grupo Res Publica Chile, p. 82-95.
- GAMONAL C., Sergio (1999): “La negociación y contratación colectiva atípica”. /en/ Revista Laboral Chilena, p. 82-91.
- GAMONAL C., Sergio (1998): “Negociación informal en el sector público. Derecho colectivo del trabajo en el sector público”. /en/ Revista Laboral Chilena, p. 75-85.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio (2000a): *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. OIT, 64 p.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio (2000b): “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. /en/ Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 N° 1, p. 37-58.
- HODGES A., Jane (2001): *Estudio comparativo del contenido de los estatutos de la Administración Pública*. Ginebra: OIT, 66 p.
- INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015): *Informe Anual, Situación de los Derechos Humanos en Chile 2015*. Santiago de Chile, 269 p.
- INDH (2012): *Informe Anual, Situación de los Derechos Humanos en Chile 2012*. Santiago de Chile, 361 p.
- IRURETA U., Pedro (2006): *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena*. Santiago de Chile: Colección de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado N° 9.
- OIT (2013a): *La negociación colectiva en la administración pública. Un camino a seguir (ILC.102/III/1B). Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública*. Conferencia Internacional del Trabajo 102ª reunión. Ginebra, 264 p.
- OIT (2013b): *Negociación colectiva en el sector público*. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 352 p.
- OIT (2006): *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 291 p.
- PAREJO, Luciano (2013): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1032 p.
- PRECHT P., Jorge (1991): “Derecho de sindicación de funcionarios públicos: análisis de su constitucionalidad”. /en/ Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 2, N° 1-2, p. 19-29.
- RACCIATTI, Octavio (2204): “El derecho de huelga de los funcionarios públicos”. /en/ VV.AA., Veinte Estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Alvarez, Grupo de los Miércoles. Montevideo, FCU, pp. 347 y ss.
- ROJAS M., Irene (2000): “Las contradicciones entre el modelo normativo de negociación colectiva y el principio de libertad sindical”. /en/ Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad

Social Nº 1/2000. *Homenaje al profesor Alfredo Bowen H. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo*, Santiago. P. 119 a 135.

- SÁNCHEZ M., Miguel (2001): *Derecho de la Función Pública*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 309 p.
- UDP, Universidad Diego Portales (2010): *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*. Centro de Derechos Humanos UDP, Santiago de Chile, 476 p.
- WALKER E., Francisco (2003): *Derecho de las Relaciones Laborales*. Santiago de Chile: Universitaria.

Índice

1. Objetivos del Estudio.	1
2. Derechos laborales colectivos de los empleados públicos en Chile: sindicación, negociación colectiva y huelga.	1
2.1. Sindicación y negociación colectiva.	1
2.2. Huelga.	6
2.3. Propuestas de reforma constitucional y legal en materia de negociación colectiva y huelga de los funcionarios públicos.	7
3. Contexto Internacional.	9
3.1. Tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes que contienen derechos laborales colectivos aplicables a los funcionarios.	9
3.2. Los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).	9
3.3. Algunos modelos comparados.	11
a) Visión General.	11
b) España.	12
c) Nueva Zelanda.	16
d) Uruguay.	17
e) Colombia.	18
4. Recomendaciones para el caso chileno.	21
4.1. Algunas propuestas existentes.	21
a) Propuesta de Armstrong, Águila y Rodríguez (2007).	21
b) Propuesta del Consorcio para la reforma del Estado (2010).	22
c) Propuesta del Grupo Res Publica Chile (Ferreiro Y., 2013).	23
e) Propuesta de la ANEF (2006).	24
4.2. Recomendaciones del consultor.	25
Bibliografía.	27