



DEPARTAMENTO JURÍDICO

S/K (2751) 2016

ORD.: 0441 / 0007 /

MAT. : Se pronuncia acerca del alcance de las normas incorporadas por la Ley 20.940 que regulan el derecho a huelga en la negociación colectiva reglada.

- ANT. :**
- 1) Instrucciones de Director del Trabajo, de fecha 17.01.2017
 - 2) Instrucciones de Jefe Departamento Jurídico, de fecha 28.11.2016.
 - 3) Necesidades del Servicio.

FUENTES: Capítulo VI del Título IV, Libro IV del Código del Trabajo y artículo 403 d).

SANTIAGO, **25 FNE 2017**

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JEFA DEPARTAMENTO DE RELACIONES LABORALES

Por razones de buen servicio se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.940 publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2016, en lo referido a las modificaciones incorporadas por el nuevo Capítulo VI "Del derecho a huelga", en el ámbito de la negociación colectiva reglada de que trata el Título IV del Libro IV del Código del Trabajo.

1. El derecho a huelga como derecho fundamental

Una premisa básica al momento de todo examen normativo en materia de huelga, es el reconocimiento de la libertad sindical como un derecho fundamental específico dentro del ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, la doctrina de este Servicio de manera permanente ha reconocido la jerarquía de los derechos en comento, sosteniendo, por ejemplo, en el Ord. N° 1601 de 02.04.2015 que la huelga "*se trata de un derecho fundamental de los trabajadores, un medio legítimo de defensa de sus intereses, que ha sido reconocido explícita e implícitamente en sendos tratados de derechos humanos vigentes en Chile, como los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia*

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.”.¹

Así también, mediante dictamen Ord. N° 4037/70 de 03.08.2016, este Servicio ha destacado que *“la libertad sindical es un derecho fundamental de los trabajadores y, por ende, se erige como límite de las facultades empresariales, razón por la cual el intérprete ha de otorgar igual relevancia al derecho de huelga desde que éste forma parte ineludible de dicha libertad.”*

Cabe también mencionar que, recientemente, el dictamen Ord. N°5346/92 de 28.10.2016, pronunciándose sobre el sentido y alcance de la Ley N° 20.940, en lo referido a la calificación y conformación de servicios mínimos y equipos de emergencia, expuso dentro de sus primeras consideraciones que *“es necesario tener presente que el derecho a huelga constituye un derecho fundamental y, como tal, debe ser reconocido y protegido en su esencia, sin perjuicio de que en su ejercicio deba ser armonizado con la protección del ejercicio de los demás derechos fundamentales amparados por la Constitución”, agregando que, “por tratarse de un derecho fundamental, las limitaciones o restricciones que afecten el ejercicio del derecho de huelga solo proceden ante las situaciones calificadas por el legislador y, por ello, deben interpretarse restrictivamente”.*

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo 345 que da inicio al nuevo Capítulo VI, en su inciso 1°, ha establecido que *“La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores”,* norma de la cual se desprende que la huelga es entendida como un derecho que, si bien le asiste a todo trabajador, queda sujeto al ejercicio colectivo.

A su turno, el nuevo artículo 345, en su inciso 3°, dispone lo siguiente: *“La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.”.*

De la norma precedente se obtiene que el legislador reconoce la eventual tensión de derechos fundamentales -derecho a huelga y libertad de trabajo- que puede darse, particularmente, cuando la huelga no comprende a la totalidad de los trabajadores de la empresa, generándose el escenario donde un grupo de éstos se encuentra en huelga y, al mismo tiempo, otro grupo está prestando servicios en la empresa.

En este punto, útil es recordar que el Ord. N° 5346/92 de 28.10.2016 de esta Dirección, ya ha señalado que el derecho a huelga, como cualquier derecho o libertad fundamental, no puede concebirse de manera absoluta, debiendo su aplicación ser armonizada con el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

Conforme a tal premisa, la norma transcrita no viene sino a establecer la necesaria conciliación de ambos derechos en caso de entrar en pugna, no pudiendo el ejercicio del derecho a huelga impedir la libertad de trabajo de los dependientes de la empresa que no participan del respectivo proceso, así como igualmente resulta vedado que, en virtud de la libertad de trabajo de estos trabajadores, se perturbe el derecho a huelga de quienes están negociando.

2. Normas procedimentales que regulan el ejercicio de la huelga en la negociación colectiva reglada

2.1. Última oferta del empleador

El nuevo Artículo 346 del Código del Trabajo prescribe:

“Artículo 346.- Última oferta del empleador. El empleador, con a lo menos dos días de anticipación al inicio del período en que se puede hacer efectiva la votación de la huelga, podrá presentar a la comisión negociadora sindical una propuesta formal de contrato colectivo

¹ Ver, entre otros, los Ords. N°s 1303/64 de 26.3.2004; N° 2210/035 de 05.06.2009 y N° 6006 de 17.11.2015

denominada "última oferta". Esta propuesta deberá estar contenida en un documento suscrito por la comisión negociadora de la empresa. En la micro y pequeña empresa bastará que la última oferta sea firmada por uno de los miembros de la comisión negociadora de la empresa.

A falta de última oferta, aquella estará constituida por la propuesta formal más próxima al vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior. De no existir propuestas formales, se tendrá por última oferta la respuesta del empleador.

La última oferta podrá ser informada por el empleador por escrito a todos los trabajadores involucrados en la negociación a través de mecanismos generales de comunicación."

De la norma preinserta se obtiene que, en el marco de la negociación colectiva reglada, la última oferta del empleador es la propuesta formal de contrato colectivo que el empleador presenta a la comisión laboral mediante un documento escrito y firmado por la comisión negociadora de la empresa, salvo que se trate de una micro o pequeña empresa, en cuyo caso será suficiente la firma de este documento por uno de los miembros de la comisión patronal.

Las formalidades de la última oferta, de acuerdo a lo indicado, son:

- Presentación por escrito
- Bajo forma de contrato colectivo
- Suscrita por la comisión negociadora de la empresa, salvo que se trate de una micro o pequeña empresa, en cuyo caso bastará la firma de uno de los miembros de esa comisión

La misma disposición se encarga de establecer la oportunidad en que puede ser presentada esta última oferta por el empleador: a lo menos con dos días de anticipación al inicio del período en que procede efectuar la votación de la huelga. Cabe indicar que dicho lapso se encuentra establecido en el artículo 348 del mismo Código, según se hará referencia en próximos párrafos.

En cuanto a la obligación del empleador de comunicar la última oferta a los trabajadores, el inciso final del precepto anotado viene en modificar la anterior norma existente (artículo 372 inciso 3º), que exigía a la empresa acompañar una copia de tal documento a la Inspección del Trabajo e informar a todos los trabajadores interesados, entregándoles a cada uno un ejemplar de la última oferta o exhibiéndola en lugares visibles de la empresa, a su costa. La nueva disposición, contenida en el citado artículo 346, elimina la obligación del empleador de presentar una copia de la última oferta ante la Inspección del Trabajo y, además, le permite informarla a los trabajadores por escrito, usando mecanismos generales de comunicación.

La referencia del legislador a mecanismos generales de comunicación tiene por objeto ampliar las opciones del empleador para informar su última oferta a los trabajadores, pudiendo así recurrir a otros medios prácticos de transmisión de la información escrita que no sean necesariamente documentos físicos o en papel y que, a estas alturas del desarrollo tecnológico, aparecen dotados de innegable generalidad, cobertura e inmediatez.

Así, la facultad de informar la última oferta a todos los trabajadores involucrados en la negociación colectiva no sólo podrá efectuarse mediante la tradicional entrega del ejemplar material del documento o exhibiendo éste en carteles o diarios murales, sino también utilizando medios electrónicos propios del servicio de red como es el correo electrónico o mensajería digital, poniendo el texto a disposición de los trabajadores en la página web de la empresa, entre otras vías similares que aseguren el acceso fácil, oportuno y directo a todos y cada uno de los dependientes partícipes del proceso.

Por último, el mismo artículo 346 ya transcrito, en su inciso 2º, se pone en el caso del empleador que no presenta una última oferta en los términos ya indicados. En ese evento, se considerará como tal la propuesta formal más próxima a los dos días anteriores al inicio del período en que se verificará la votación de la huelga.

Para efectos de lo antedicho, ha de entenderse que es propuesta formal aquella que consta en documento escrito, firmado por la comisión negociadora de la empresa y cuyo

contenido se ajusta a la forma de un proyecto de contrato, encontrándose en conocimiento de la comisión laboral.

Con todo, en caso que el empleador no haya presentado la última oferta a que lo faculta la ley y no habiendo otras propuestas formales, se tendrá por última oferta la respuesta que el empleador haya entregado al proyecto de contrato colectivo a que hace referencia el artículo 335 del Código del Trabajo.

2.2. Procedimiento para votar la huelga o la última oferta

2.2.1. La convocatoria para votar la huelga

El trámite inicial del proceso de votación está dado por la convocatoria que debe realizar la comisión negociadora sindical en la forma y oportunidad que establece la ley.

Al respecto, el nuevo artículo 347 prescribe:

“Artículo 347.- Convocatoria a la votación de la huelga. La comisión negociadora sindical deberá convocar a la votación de la huelga con a lo menos cinco días de anticipación a la fecha en que esta deba realizarse.

Cuando la votación no se hubiere llevado a efecto por causas ajenas al sindicato, este tendrá un plazo de cinco días adicionales para proceder a ella.”.

De la norma anotada se obtiene que el acto de convocar a los trabajadores involucrados para que concurran a la votación de la huelga le compete a la comisión negociadora de los trabajadores y que, a pesar de no estar sujeto a formalidad alguna, debe cumplir con la oportunidad dispuesta por el legislador, a saber, a lo menos con cinco días de anticipación al día de la aludida votación.

El mismo precepto, en su inciso 2°, se ocupa del caso en que la votación, no obstante haberse efectuado debidamente la convocatoria, no se ha realizado por motivos no imputables a la comisión laboral, en cuyo evento la ley otorga un término de cinco días adicionales para llevar a efecto los respectivos sufragios, plazo único que tiene lugar cualquiera sea la naturaleza y magnitud del entorpecimiento que haya impedido la realización de éstos en la fecha original.

Cabe precisar que la extensión recién mencionada es conferida por el legislador, sin perjuicio de la facultad de las partes para ampliar los plazos de la negociación y postergar la votación de huelga a que refiere el artículo 348 del Código del Trabajo luego de la reforma en estudio.

2.2.2. Oportunidad en que los trabajadores involucrados deben votar la huelga

En cuanto a la ocasión en que debe verificarse la votación de la huelga, el artículo 348 prescribe lo que sigue:

“Artículo 348.- Oportunidad de votación de la huelga. Si existe instrumento colectivo vigente, la huelga deberá ser votada dentro de los últimos cinco días de vigencia del instrumento.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la huelga deberá ser votada dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo.

Las partes de común acuerdo podrán ampliar el plazo de la negociación y postergar la oportunidad para la votación de la huelga. En este caso, si existiere contrato colectivo se entenderá prorrogada su vigencia por el tiempo que las partes determinen. Este acuerdo deberá constar por escrito, suscribirse por las comisiones negociadoras de ambas partes y remitirse copia a la Inspección del Trabajo.”.

De los incisos 1° y 2° del precepto transcrito se concluye que, para efectos de determinar cuándo procede votar la huelga o la última oferta, corresponde hacer la distinción siguiente:

- Si entre las partes hay un instrumento colectivo vigente, el día de la votación debe verificarse dentro de los cinco últimos días de vigencia de ese instrumento.
- Si entre las partes no existe instrumento colectivo vigente, la votación debe verificarse dentro de los cinco últimos días de un total de cuarenta y cinco días contados desde la presentación del proyecto.²

2.2.3. El deber del empleador de facilitar la votación

El artículo 349 incorpora los denominados “Medios para votación de la huelga”, cuya finalidad es favorecer la realización de una votación en condiciones apropiadas para la consecución del objeto natural de ésta, cual es la manifestación libre y adecuada del máximo de los trabajadores involucrados en el proceso, que permita determinar si el colectivo laboral ejercerá el derecho a huelga o si prefiere la propuesta de la empresa.

Dentro de estos medios, cobra particular relevancia el deber del empleador contemplado en el inciso 1°, primera parte, que establece lo siguiente:

“Artículo 349.- Medios para votación de la huelga. El empleador deberá facilitar que la votación de la huelga se realice con normalidad, otorgando los permisos necesarios para que los trabajadores puedan concurrir al acto de votación.”.

Sin perjuicio del mandato general del legislador en orden a que las partes de la negociación colectiva se ajusten permanentemente al principio de buena fe, esta disposición establece para la empresa el deber de coadyuvar en la consecución de una votación en condiciones de normalidad, concretamente otorgando el permiso suficiente para que los trabajadores asistan a sufragar.

Merece indicar que el concepto “con normalidad” que utiliza el legislador para formular la exigencia al empleador, alude exclusivamente a las condiciones en las que se debe verificar la votación para que ésta cumpla debidamente con su finalidad, siendo para ello indispensable la participación de los trabajadores en el acto, cuestión que es precisamente de la que se encarga la norma en examen al contemplar el permiso ya referido.

En este mismo punto y atendiendo también las exigencias de la buena fe, cabe señalar que la empresa no puede reducir su rol a la sola entrega de los permisos que establece el legislador, sino que, además, ha de colaborar con el mentado curso normal del proceso, absteniéndose de adoptar medidas o asumir conductas que signifiquen obstaculizar el desarrollo de la votación.

A su turno, el artículo 349 inc. 2°, impone otro deber, como contrapartida del anterior, esta vez a la comisión laboral, en los términos siguientes:

“La comisión negociadora sindical deberá organizar el proceso de votación evitando alteraciones en el normal funcionamiento de la empresa.”.

La disposición anotada establece el mandato a la comisión sindical de organizar la votación de manera que el desarrollo de ésta no afecte el funcionamiento habitual de la empresa, lo cual se explica, primero, por la pretensión del legislador de armonizar el contenido de la libertad sindical con los derechos asociados al empleador y, segundo, porque, si bien las partes están en un escenario de negociación, aún no hay ejercicio de la huelga propiamente tal.

Por último, para fines de mera organización, el artículo 349 aporta reglas destinadas a facilitar la organización del acto de votación.

En el inciso 1°, en su parte final, se dispone:

“... El acto de votación podrá realizarse en la sede sindical, según lo dispuesto en el artículo 255.”.

² Aplicable resulta el criterio establecido en el Dictamen Ord. 3.363/165, de 05.09.01 que refiere al plazo para votar la huelga cuando no hay instrumento colectivo vigente, donde se concluye que los 45 días se computan a partir del día siguiente al de la presentación del proyecto y no del mismo día en que éste se presenta.

El referido artículo 255, aludido en la norma anotada, es uno de los preceptos que subsiste en los términos actuales, a saber:

“Artículo 255. Las reuniones ordinarias o extraordinarias de las organizaciones sindicales se efectuarán en cualquier sede sindical, fuera de las horas de trabajo, y tendrán por objeto tratar entre sus asociados materias concernientes a la respectiva entidad.

Para los efectos de este artículo, se entenderá también por sede sindical todo recinto dentro de la empresa en que habitualmente se reúna la respectiva organización.

Podrán, sin embargo, celebrarse dentro de la jornada de trabajo las reuniones que se programen previamente con el empleador o sus representantes.

En los sindicatos constituidos por gente de mar, las asambleas o votaciones podrán realizarse en los recintos señalados en los incisos anteriores y, en la misma fecha, en las naves en que los trabajadores se encuentren embarcados, a los que podrá citarse mediante avisos comunicados telegráficamente.

Las votaciones que se realicen a bordo de una nave deberán constar en un acta, en la que, como ministro de fe, quien o quienes determinen los estatutos, certificará su resultado, el día y hora de su realización, el hecho de haberse recibido la citación correspondiente y la asistencia registrada.

Dicha acta será remitida al respectivo sindicato, el que enviará copia de la misma a la Inspección del Trabajo.”.

A su vez, el inciso final del artículo 349 establece que *“El día que se lleve a efecto la votación de la huelga el sindicato podrá realizar asambleas”*, modificando el criterio contenido en la preceptiva actual que prohíbe realizar asamblea alguna en el día de la votación.

2.2.4. La votación y el quorum de aprobación

El artículo 350 mantiene las características tradicionales del acto de votación (antes contenidas en el artículo 372 del Código del Trabajo, previo a la reforma en examen), estableciendo lo siguiente en su inciso 1°:

“Artículo 350.- Votación de la huelga. La votación de la huelga se realizará en forma personal, secreta y ante un ministro de fe. Los votos serán impresos y deberán emitirse con las expresiones ‘última oferta del empleador’ o ‘huelga’.”

Al respecto, este Servicio, sobre la base del antiguo artículo 372, pero igualmente atinente a la actual regulación, ha señalado que la votación ha de ajustarse a las exigencias siguientes:

- a) Debe ser personal, es decir, nadie puede votar en representación de otro.
- b) Debe ser secreta, es decir, no es válida la votación a mano alzada o por aclamación.
- c) Debe ser realizada ante ministro de fe, es decir, ante Inspector del Trabajo, Notario u otro de los que se señalan en el artículo 218 del Código del Trabajo.

En relación con la exigencia de ministro de fe, corresponde señalar que el artículo 218 del Código del Trabajo, aplicable en la especie, ha sido modificado por el artículo 1° numeral 13 de la Ley 20.940, incorporándose los secretarios municipales en aquellas localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles, quedando, en consecuencia, su inciso 1° como sigue:

“Artículo 218. Para los efectos de este Libro III serán ministros de fe, además de los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro Civil y los funcionarios de la Administración del Estado que sean designados en calidad de tales por la Dirección del Trabajo y los secretarios municipales en localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles.”.

En cuanto al quórum para aprobar alguna de las opciones de votación, el artículo 350 inciso 2° prescribe:

“La última oferta o la huelga deberán ser acordadas por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato. Del quórum de votación se descontarán aquellos trabajadores que no se encuentren actualmente prestando servicios en la empresa por licencia médica, feriado legal o aquellos que, por requerimientos de la empresa, se encuentren fuera del lugar habitual donde prestan servicios.”.

Del precepto anotado se desprenden dos mandatos para fines de determinar el resultado de la votación.

En primer lugar, el legislador se ha encargado de mantener el criterio de la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación como quorum de aprobación de la huelga o de la última oferta.

En segundo lugar, el inciso 2° asume la situación de los trabajadores impedidos de prestar servicios por licencia médica o feriado y de aquellos que están alejados del lugar de trabajo por cumplir cometidos dispuestos por la empresa, todos los cuales pueden tener incidencia en la determinación del quórum de votación y, en consecuencia, en la aprobación de una u otra opción.

En esta contingencia, la ley ha recepcionado el criterio elaborado desde antaño por la Dirección del Trabajo, concretamente en el dictamen Ord. N° 2697/216 de 04.07.2000, Reiterado en Ord. N° 0368/008 de 20.01.2012, en lo que interesa, concluye:

“(…) a diferencia de otras instancias del procedimiento de negociación colectiva, en que el trabajador es representado por la comisión negociadora, tratándose de la manifestación de voluntad del dependiente de votar la huelga o aceptar la última oferta del empleador, el legislador requiere que aquélla se exprese personalmente, por la vía de su asistencia al acto en que se llevará a cabo, razón por la cual resulta indispensable que en dicha etapa del proceso respectivo no se encuentre imposibilitado, sea porque está haciendo uso de su feriado legal o de licencia médica, de concurrir a votar.

Por consiguiente, de conformidad con lo señalado precedentemente, dable es sostener que no resulta jurídicamente procedente, para efectos de determinar el quórum necesario para aprobar la huelga o aceptar la última oferta del empleador, considerar a aquellos trabajadores impedidos de votar para tal efecto por estar haciendo uso de su feriado legal o de licencia médica.”³

Cabe asimismo agregar que el artículo 352 se refiere a la votación en la que no se ha logrado el quórum que permita aprobar la huelga, prescribiendo lo siguiente:

“Artículo 352.- Votación que no alcanza los quórum necesarios. En los casos en que no se alcancen los quórum de votación necesarios para que la asamblea acuerde la huelga, el sindicato tendrá la facultad de impetrar la suscripción de un contrato colectivo con las estipulaciones establecidas en el piso de la negociación, conforme al artículo 342, facultad que deberá ejercerse dentro del plazo de tres días contado desde la votación.

En caso de no ejercer la facultad señalada en el inciso anterior, se entenderá que el sindicato ha optado por aceptar la última oferta del empleador.” .

Esta disposición consagra la facultad de la comisión negociadora sindical de requerir la suscripción del contrato colectivo que contenga el piso de negociación de acuerdo a lo regulado en el artículo 342, cuando en el acto de votación no se ha conseguido el número mínimo de votos para aprobar la huelga, dentro de cuya hipótesis cabe incluir también el caso de una abstención de tal magnitud que impida determinar los quórum a que refiere el citado artículo 350 inc. 2°.

Esta facultad del sindicato actuante deberá necesariamente ejercerse dentro de tercero día contado desde el acto de votación, mediante comunicación al empleador de la que quede constancia fehaciente, tanto del hecho de ejercerla, como de la fecha, por cuanto, merece advertir que la misma norma se ha ocupado de establecer la presunción de aceptación de la última oferta si la facultad en comento no es ejercida.

³ Reiterado en Ord.0368/008 de 20.01.2012.

2.3. Inicio de la huelga

El nuevo artículo 350, en su inciso 3°, dispone:

“De aprobarse la huelga, esta se hará efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del quinto día siguiente a su aprobación.”.

Al respecto, corresponde señalar que la modificación incorporada por la Ley 20.940 aumenta la pausa que el antiguo artículo 374 fijaba entre la votación de la huelga y su inicio efectivo, pasando de tres a cinco días.

Ahora bien, este lapso de cinco días puede sujetarse a la prórroga que derive de la intervención de la Inspección del Trabajo en virtud de las diligencias de mediación obligatoria que contempla el artículo 351 al que refiere el párrafo siguiente.

2.3.1 La mediación obligatoria de la Inspección del Trabajo

La Ley 20.940 ha vigorizado las instancias de solución alternativa de conflictos colectivos, optimizando la regulación de los mecanismos de mediación y arbitraje. En dicho contexto, el legislador consolida el rol de los Servicios del Trabajo ante la pugna de intereses implicados en la negociación colectiva -antes regulado como intervención de buenos oficios-, contemplando la mediación obligatoria de cargo de la Inspección del Trabajo en caso de haberse aprobado la huelga de los trabajadores.

Al respecto, el nuevo artículo 351 dispone lo siguiente:

“Artículo 351.- Mediación obligatoria. Dentro de los cuatro días siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación obligatoria del Inspector del Trabajo competente, para facilitar el acuerdo entre ellas.

En el desempeño de su cometido, el Inspector del Trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo.

Transcurridos cinco días hábiles desde que fuere solicitada su intervención sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, el Inspector del Trabajo dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán acordar que el Inspector del Trabajo continúe desarrollando su gestión por un lapso de hasta cinco días, prorrogándose por ese hecho la fecha en que la huelga deba hacerse efectiva.

De las audiencias que se realicen ante el Inspector del Trabajo deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el funcionario referido.”.

Conforme al precepto transcrito, los requisitos para que opere este tipo de mediación administrativa son:

- Se haya aprobado la huelga por la parte laboral;
- Sea solicitada por una o ambas partes ante la Inspección del Trabajo; y
- Se solicite dentro de los cuatro días siguientes de aprobada la huelga.

De la misma norma se obtiene que el objeto de esta mediación es acercar las posiciones de las partes y facilitar la creación de bases de acuerdo para lograr la suscripción del instrumento colectivo.

En cuanto al procedimiento, del precepto se desprende lo siguiente:

- El Inspector del Trabajo o mediador tiene la facultad de citar a las partes conjunta o separadamente las veces que lo estime necesario.
- El plazo para llegar a acuerdo es de cinco días hábiles desde la solicitud de mediación.
- Vencido el plazo sin acuerdo, el Inspector del Trabajo o mediador debe dar por concluida su intervención y la huelga deberá iniciarse al día siguiente hábil.

- Las partes pueden solicitar que el mediador continúe su labor hasta por cinco días luego de vencido el plazo inicial.
- De las audiencias debe levantarse acta.

Por último, es del caso señalar que los plazos contemplados en el artículo 351 en análisis, por mandato del artículo 312, son de días hábiles.

2.3.2 Nuevas ofertas del empleador durante la huelga

El artículo 356 incorpora un nuevo procedimiento para el caso que el empleador tome la decisión de mejorar sus propuestas de contrato una vez ejercido el derecho a huelga por parte del colectivo laboral.

El precepto en comento, prescribe:

"Artículo 356.- Nueva oferta del empleador y su votación. Iniciada la huelga, la comisión negociadora de empresa podrá presentar una nueva oferta, con las mismas formalidades y publicidad del artículo 346, la que deberá ser votada por los trabajadores involucrados en la negociación, en votación secreta y ante un ministro de fe dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la nueva oferta. En este caso, los trabajadores deberán pronunciarse sobre la mantención de la huelga o la aceptación de la nueva oferta del empleador. La aceptación de la nueva oferta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación.

En el caso de la micro y pequeña empresa, la votación a que se refiere el inciso anterior se realizará dentro de los dos días siguientes de presentada la nueva oferta.

Si la nueva oferta a que se refiere el inciso primero es rechazada, el empleador podrá presentar otra transcurridos cinco días desde su votación, la que deberá ser sometida a votación en los términos y plazos previstos en los incisos anteriores, en la medida que cumpla con las formalidades y publicidad previstas en el artículo 346. Este derecho podrá ejercerse en forma sucesiva hasta la aprobación de una nueva oferta.

Para el cómputo de los quórum de que trata este artículo se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 350."

De esta disposición es posible obtener que, para que la empresa pueda ejercer esta facultad es necesario:

- Que se haya iniciado la huelga, lo que obviamente significa que el contenido de la última oferta del empleador se encuentra formalmente rechazado por la parte laboral.
- Que la comisión negociadora de la empresa presente la nueva propuesta conforme a las reglas que el artículo 346 dispone para la última oferta.

A su turno, se desprende de la norma que, presentada la nueva oferta según las exigencias antedichas, debe ésta ser sometida a la votación de los respectivos trabajadores dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su presentación, salvo el caso de la negociación en la micro y pequeña empresa, donde la votación debe verificarse dentro de los dos días siguientes de presentada la nueva oferta.

Cabe igualmente precisar que la votación aludida debe observar como características:

- Votan los trabajadores involucrados en la negociación colectiva.
- Debe realizarse de manera personal, secreta y ante ministro de fe.
- Los trabajadores deciden entre dos opciones: mantener la huelga o aceptar la nueva oferta del empleador.
- La nueva oferta se aprueba por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación, debiendo descontarse del universo de votantes los trabajadores que estén en las circunstancias descritas en el artículo 350 inciso 2°.

- En el evento de no alcanzarse el quórum de aprobación para esta nueva oferta, la huelga se mantiene, sin perjuicio que el empleador pueda presentar otra transcurridos cinco días desde su votación.

3. Efectos de la huelga

El nuevo artículo 355 del Código del Trabajo establece lo siguiente:

"Artículo 355.- Suspensión del contrato de trabajo y efectos de la huelga y del cierre temporal. Durante la huelga o el cierre temporal, se entenderá suspendido el contrato de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren involucrados en ella o a quienes afecte el cierre temporal. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios, ni el empleador al pago de las remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato.

En el caso del inciso anterior, los trabajadores podrán efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato de trabajo con el empleador.

Durante la huelga, los trabajadores involucrados en la negociación podrán pagar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos. Sin embargo, en el caso del cierre temporal, el empleador deberá pagar las cotizaciones previsionales o de seguridad social de aquellos trabajadores afectados por esta medida y que no se encuentren en huelga.

Asimismo, durante la huelga el recinto o local de la empresa no constituirá sede sindical."

Del precepto anotado, que en lo medular mantiene la norma del antiguo artículo 377, resulta que el efecto principal y directo de la huelga es la suspensión del contrato de trabajo respecto de los trabajadores involucrados en ella, de lo cual derivan otras consecuencias que el propio artículo refiere, aun cuando no sean las únicas a la luz de la casuística.

En este particular, la Dirección del Trabajo ha sostenido que durante el período de huelga el contrato de trabajo se entiende legalmente suspendido respecto de los trabajadores y el empleador involucrados, de suerte tal, que no operan las contraprestaciones recíprocas inherentes al contrato de trabajo, cuales son, la prestación de los servicios convenidos, por una parte y, por la otra, la remuneración de los mismos, consistente en el pago de remuneraciones propiamente tales, beneficios y regalías derivados de la relación laboral (Ord. N° 3098/158 de 19.05.1995; Ord. N° 4383 de 20.09.83).

4. Derecho a la reincorporación individual del trabajador durante la huelga

El artículo 357 contempla la posibilidad de reincorporación individual del trabajador que está participando de la huelga. La norma dice:

"Artículo 357.- Derecho a reincorporación individual del trabajador. Estará prohibido al empleador ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, salvo en las condiciones establecidas en este artículo.

En la gran y mediana empresa, los trabajadores involucrados en la negociación podrán ejercer el derecho a reincorporarse individualmente a sus funciones a partir del decimosexto día de iniciada la huelga, siempre que la última oferta formulada en la forma y con la anticipación señalada en el artículo 346 contemple, a lo menos, lo siguiente:

a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento.

b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, a partir de la suscripción del mismo.

En la micro y pequeña empresa, si la última oferta cumple las condiciones señaladas en el inciso anterior, los trabajadores involucrados en la negociación podrán ejercer el derecho a reincorporarse individualmente a sus funciones a partir del sexto día de iniciada la huelga.

Si el empleador no hace una oferta de las características y en la oportunidad señalada en los incisos anteriores, los trabajadores de la gran y mediana empresa involucrados en la negociación podrán ejercer el derecho a reincorporarse individualmente a partir del trigésimo día de iniciada la huelga. En la micro y pequeña empresa, este derecho podrá ejercerse a partir del día décimo sexto.

Los trabajadores que opten por reincorporarse individualmente de acuerdo a lo señalado en este artículo, lo harán en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador y a partir de ese momento no les será aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 323.

El ejercicio del derecho a reincorporación individual no afectará la huelga de los demás trabajadores.”.

De la disposición transcrita se desprende que el empleador está impedido de ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta cumpla con los siguientes requisitos copulativos:

- Que se observe la oportunidad y las formalidades establecidas en el artículo 346.
- Que contenga idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, debidamente reajustadas.
- Que contemple una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para todo el período del contrato

Asimismo, se obtiene del precepto citado que se puede aceptar el reintegro en la gran y mediana empresa a contar del día 16° de iniciada la huelga, si se cumple con los requisitos. Para la micro y pequeña empresa la ley disminuye esta exigencia al 6° día.

Tratándose de la oferta que no cumple los requisitos ya referidos el reintegro individual podrá verificarse en la gran y mediana empresa al día 30°; y en la micro y pequeña empresa al día 16°.

En cuanto a los efectos de la reincorporación, el inciso 5° del precepto anotado dispone que los trabajadores se reintegran en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador y que, a partir de ese momento, dejan de estar afectos a la negociación colectiva, no quedando sujetos al contrato colectivo que resulte de ella.

Asimismo, es preciso señalar que la Ley 20.940 ha derogado la normativa contenida en el antiguo artículo 383 que, por un lado, permitía al empleador oponerse a la reincorporación siempre que ello comprendiese a todos los trabajadores y, por otro, disponía que el reintegro de más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación, ponía fin a la huelga.

Respecto de este último punto, cabe señalar que la eliminación del referido efecto colectivo del reintegro mayoritario obliga a sostener que la figura de la reincorporación del trabajador durante la huelga, cuando lo hace conforme a la ley, solamente tiene una naturaleza y una consecuencia individual, subsistiendo la huelga, con todos sus alcances, respecto del grupo de trabajadores que aún participen del proceso negocial aun cuando su cantidad se haya reducido a una minoría.

Del mismo modo, el precepto en análisis, en su inciso final, establece que la facultad de reincorporarse no puede ejercerse de modo que afecte el ejercicio del derecho a huelga por parte de los demás trabajadores involucrados en la negociación.

5. Prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga

La posibilidad de reemplazar a todo o parte de los trabajadores en huelga, queda vedada para el empleador conforme lo dispone el nuevo artículo 345 inciso 2°:

“Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga.”.

A su turno, el inciso 4° dispone:

“La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492.”.

De las disposiciones transcritas se colige que el legislador ha establecido la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga, sea utilizando personal interno o externo, disponiendo además que la trasgresión de tal prohibición da lugar a una práctica desleal grave, habilitando a la administración y a la autoridad judicial competente para reprimir la infracción conforme a la ley.

Consecuente con la naturaleza del reemplazo, la nueva normativa ha venido derechamente a proscribirlo, otorgándole además a la Dirección del Trabajo la facultad-deber de intervenir en el caso concreto para requerir el inmediato retiro de los reemplazantes y, ante la eventual negativa del empleador, para efectuar la respectiva denuncia ante el Juzgado de Letras del Trabajo, conforme al procedimiento de Tutela Laboral –sin trámite de mediación–, a objeto que esta autoridad disponga las medidas pertinentes que hagan cesar la vulneración.

Adicionalmente, el empleador no está facultado para cambiar de establecimiento a los trabajadores que no participan de la negociación colectiva con el objeto de reemplazar a los trabajadores en huelga, lo que también constituye una práctica desleal.

Reafirma la ilicitud comentada, la tipificación que hace, en lo pertinente, el artículo 403 del Código del Trabajo, que encabeza el Título IX *“De las prácticas desleales y otras infracciones en la negociación colectiva y su sanción”*, precepto que, en sus letras d) y e), dispone lo siguiente:

“Artículo 403.- Prácticas desleales del empleador. Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras, se considerarán las siguientes:”

“d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro.”

“e) El cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella.”

Por otra parte, el inciso final del artículo 306, regula especialmente aquellos casos en que la negociación colectiva, y por consiguiente la huelga, se desarrolla y ejerce en una empresa contratista o subcontratista, prescribiendo:

“La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga.”

La precitada norma permite a la empresa principal ejecutar, directamente o a través de un tercero, la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga del contratista o subcontratista. No obstante, dicha norma no puede ser interpretada en el sentido de ser ella una habilitación legal para que la empresa principal ponga término unilateralmente al contrato con la empresa contratista o subcontratista.

Asimismo, y en concordancia con el espíritu de las normas que prohíben el reemplazo de trabajadores en huelga, el artículo 405 del Código del Trabajo preceptúa:

“Práctica desleal de la empresa principal. La contratación directa o indirecta de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de la empresa principal será considerada práctica desleal.”.

Por tanto, se encuentra expresamente prohibido y se considera una práctica desleal, el hecho que una empresa principal, en el proceso de negociación colectiva de una empresa contratista o subcontratista, contrate de manera directa o indirecta trabajadores que son parte de la huelga que se ejerce en aquellas.

Facultad del empleador para modificar los turnos u horarios de trabajo y efectuar adecuaciones necesarias

En este punto, corresponde referirse al inciso 2° de la letra d) del artículo 403, en cuanto faculta al empleador para *modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias* con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que ello signifique incurrir en prácticas desleales.

Dispone la referida norma legal:

“El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo.”.

En primer término, es necesario desarrollar el contenido de las acciones que la ley le reconoce al empleador como posibles de realizar, esto es, la *modificación de turnos u horarios y efectuar adecuaciones necesarias*.

En cuanto a la modificación de *horarios y turnos de trabajo*, cabe sostener que la norma alude a la posibilidad de alterar la regulación que las partes hayan establecido respecto del *horario de trabajo*, entendido este como el cuadro indicador de las horas en que se ejecutan las funciones correspondientes, mismo que permite que cada trabajador conozca anticipadamente el momento exacto en que deben comenzar y terminar las labores del día.

Asimismo, queda permitido modificar el *sistema de turnos* a los que pertenecen los trabajadores que no están participando de la huelga, debiendo entenderse por “turno de trabajo” el conjunto de trabajadores que desempeñan su actividad al mismo tiempo, según un orden establecido.

En relación con esta materia, el horario de trabajo y los turnos se encuentran regulados en artículo 10 N° 5 y 154 N° 1, del Código del Trabajo. Disponen las referidas disposiciones legales:

“Artículo 10.- El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:”

“5.- duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno.”.

“Artículo 154.- El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

1.- las horas en que empieza y termina el trabajo y las de cada turno, si aquél se efectúa por equipos.”.

Merece tener presente que, si bien el empleador puede ejercer las facultades de administración contempladas por la ley en materia de modificación de horarios y turnos, en ningún caso puede, en virtud de estas alteraciones, exceder los máximos diarios y semanales establecidos en la normativa que rige la jornada de trabajo, debiendo cumplir con las demás disposiciones legales pertinentes.

En lo referido a la posibilidad de efectuar *adecuaciones necesarias*, cabe precisar que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, la voz “*adecuar*” significa “*adaptar algo a las*

necesidades o condiciones de una persona o cosa", mientras que por "*necesaria*" ha de entenderse "*que hace falta indispensablemente para algo*".

De ello se deriva que el legislador excluye del ilícito de prácticas desleales todas aquellas medidas del empleador que adaptan o ajustan los recursos de la empresa para obtener que los trabajadores no involucrados en la huelga ejecuten sus funciones contractuales, siempre que sean indispensables para ello.

Son, por ende, adecuaciones o ajustes organizativos que el empleador puede razonablemente realizar sobre los medios personales y materiales con que cuenta la empresa, con la finalidad exclusiva de asegurar el cumplimiento de las funciones que los trabajadores no huelguistas han pactado en sus contratos individuales, debiendo, en todo caso, ser medidas a tal punto necesarias que, sin ellas, tales dependientes no podrían desarrollar las tareas convenidas en sus contratos de trabajo.

En segundo lugar, es necesario apuntar que las prescripciones legales han de entenderse en orden a que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan desempeñar *las funciones convenidas en el contrato de trabajo*, evitando así que éstas y, en definitiva, la libertad de trabajo de tales dependientes, se vea afectada por la huelga que ejecutan los trabajadores que adscriben a la negociación colectiva en desarrollo.

Sobre este particular, conviene traer a colación la intervención de la Ministra del Trabajo, Sra. Ximena Rincón González, en el tercer trámite constitucional, que precisó:

*En cuanto al tema de las "adecuaciones necesarias", se entiende que ellas proceden cuando se efectúan para garantizar el derecho al trabajo de quien no está en huelga; y serán consideradas una práctica desleal cuando su sentido sea minimizar el efecto de la huelga en circunstancias que el trabajador está en condiciones –con las funciones que cumplía anteriormente– de continuar trabajando normalmente."*⁴.

En este sentido, una modalidad de aplicación de las medidas que la referida norma contempla como posibles que tenga como resultado menoscabar el efecto de la huelga, se configurará como una conducta ilícita del empleador.

Si en el caso concreto se pretende que el trabajador que no está en huelga ejerza durante ésta funciones diferentes a las convenidas en su contrato de trabajo, como una forma de menoscabar el ejercicio del derecho a huelga de aquellos que participan de la negociación colectiva, estaríamos frente a una práctica desleal que debe perseguirse conforme los procedimientos contemplados para ello por nuestro ordenamiento.

De este modo, la incorporación artificial de una o más funciones en el contrato de trabajo previo al inicio o durante el proceso de negociación colectiva, constituye una práctica desleal.

Asimismo, como ha señalado este Servicio, "*No resulta ajustado a derecho estipular en un contrato que los servicios a los cuales se obliga el trabajador obedecerán a un concepto de "polifuncionalidad", si no se señala los trabajos o funciones específicas que ello involucra y si además, su determinación queda sujeta al arbitrio del empleador*" (Dictamen N° 2789/132, de 05.05.1995). De esta forma, el establecimiento de cláusulas que establezcan polifuncionalidad, al amparo de lo previsto en el numeral 3 del artículo 10 del Código del Trabajo⁵, requiere que el ejercicio concreto de las diversas funciones esté claramente determinado, esto es, que si alguna de ellas son esporádicas se establezca con precisión la condición que las hace operativas, no pudiendo desde luego ser la huelga una de esas condiciones.

En tercer lugar, es necesario precisar cuál es el *objetivo* que deben perseguir las acciones ya descritas, pues ello nos dará el alcance que ellas pueden tener a la luz de la nueva regulación.

⁴ Historia de la Ley 20.940; III Trámite Constitucional. Senado, Discusión en Sala; disponible en <http://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5389/>

⁵ Señala la referida norma legal: "*Artículo 10.- El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

3.- determinación de la naturaleza de las funciones y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;".

Esta facultad no es sino un correlato de la norma general que asumió el legislador en el artículo 345, ya examinado en su oportunidad, que prescribe que *“La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.”*

Al respecto, resulta ilustrativa la intervención del Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Nicolás Eyzaguirre, en el segundo trámite constitucional, quien enfatizó lo siguiente:

“... la noción de adecuaciones necesarias pretende garantizar únicamente que el trabajador que no está en huelga siga realizando sus funciones, lo que, en ningún caso, es equiparable al reemplazo interno que, por su propia naturaleza, pretende minimizar el efecto de la huelga para el funcionamiento de la empresa.”⁶

De este modo, corresponde sostener que la norma contenida en la letra d), inciso 2°, del artículo 403, contempla la facultad del empleador para modificar turnos y horarios de trabajo de los dependientes que no participan de la huelga, así como para efectuar adecuaciones necesarias, que sean objetivamente necesarias para facilitar el desempeño de las funciones pactadas en los respectivos contratos individuales de trabajo, siendo este el único objeto de las acciones que puede realizar el empleador, de donde se sigue que si los trabajadores no huelguistas pueden desempeñar normalmente sus funciones sin necesidad de estas medidas, no corresponde que el empleador las lleve a cabo.

6. Reanudación de las negociaciones, suspensión de la huelga y término de la huelga

El artículo 358, reconociendo el rol de la autonomía de la voluntad, contempla dos atribuciones para las partes, reanudación de negociaciones y la suspensión de la huelga. Al respecto, dicen sus incisos 1° y 2°:

“Durante la huelga las partes podrán reanudar las negociaciones las veces que estimen conveniente, sin sujeción a ninguna restricción o regla especial.

Las partes podrán acordar la suspensión temporal de la huelga por el plazo que estimen pertinente. El acuerdo deberá ser suscrito por las comisiones negociadoras y depositado en la Inspección del Trabajo. En este caso, también se entenderá suspendido el cierre temporal de la empresa.”

En cuanto a la suspensión temporal de la huelga por acuerdo de las partes, cumpliendo las formalidades que establece el artículo 358, cabe entender que esta convención produce el efecto de suspender también el plazo establecido en el artículo 357 para el ejercicio del derecho de los trabajadores a reincorporarse individualmente a sus funciones, en el evento que la última oferta cumpla con los requisitos legales ya señalados en este dictamen.

A su turno, el inciso final del nuevo artículo 358 establece:

“La suscripción del contrato colectivo hará cesar de pleno derecho los efectos de la huelga.”

Se consagra de esta manera la vía natural de terminar la ejecución de la huelga, cual es la concreción del instrumento colectivo por el que han negociado las partes. Dentro de esta hipótesis también cabe incluir la figura contemplada en el nuevo artículo 356, ya explicado, que permite al empleador proponer una nueva oferta durante la huelga, cuyo contenido dará lugar al contrato colectivo si es aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad consagrada en el artículo 342 inciso 1° que permite terminar la negociación colectiva mediante la suscripción de un instrumento colectivo conforme al piso de negociación.

⁶ Historia de la Ley 20.940; II Trámite Constitucional. Senado, Informe de Comisión de Trabajo; disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5389/>

7. Cierre temporal de la empresa o lock-out

El cierre temporal de la empresa o lock-out se encuentra regulado en el Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.940, en los artículos 353 a 355, los cuales preceptúan:

“Artículo 353.- El cierre temporal de la empresa o lock-out. Acordada la huelga y una vez que esta se hubiere hecho efectiva, el empleador podrá declarar el lock-out o cierre temporal de la empresa, el que podrá ser total o parcial.

Se entenderá por cierre temporal de la empresa el derecho del empleador, iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa, predio o establecimiento.

El cierre temporal es total cuando afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio, y es parcial cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa.

Para declarar el cierre temporal parcial será necesario que en el establecimiento respectivo haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación que lo origine.

Los establecimientos no afectados por el cierre temporal parcial continuarán funcionando normalmente.

En todo caso, el cierre temporal no afectará a los trabajadores a que se refiere el inciso primero del artículo 305.

El cierre temporal no podrá extenderse más allá de los treinta días contados de la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día de su término, cualquiera sea el hecho que ocurra primero.”.

“Artículo 354.- Declaración de cierre temporal o lock-out . El cierre temporal, sea total o parcial, sólo podrá ser declarado por el empleador si la huelga afectare a más del 50% del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento en su caso, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en este caso el porcentaje de trabajadores en huelga.

En caso de reclamo, la calificación de las circunstancias de hecho señaladas en el inciso anterior la efectuará la Inspección del Trabajo, dentro de los tres días siguientes de formulada la reclamación. La resolución de la Inspección del Trabajo será reclamable judicialmente en los términos del artículo 504.”.

“Artículo 355.- Suspensión del contrato de trabajo y efectos de la huelga y del cierre temporal. Durante la huelga o el cierre temporal, se entenderá suspendido el contrato de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren involucrados en ella o a quienes afecte el cierre temporal. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios, ni el empleador al pago de las remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato.

En el caso del inciso anterior, los trabajadores podrán efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato de trabajo con el empleador.

Durante la huelga, los trabajadores involucrados en la negociación podrán pagar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos. Sin embargo, en el caso del cierre temporal, el empleador deberá pagar las cotizaciones previsionales o de seguridad social de aquellos trabajadores afectados por esta medida y que no se encuentren en huelga.

Asimismo, durante la huelga el recinto o local de la empresa no constituirá sede sindical.”.

En virtud de los términos de las normas precitadas, se entiende por lock out o cierre temporal aquella facultad del empleador de impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa, predio o establecimiento.

Sin embargo, para que el empleador pueda ejercer la precitada facultad, los trabajadores que se encuentren negociando con él, deberán haber acordado y hecho efectiva la huelga.

La declaración de cierre temporal podrá ser total, si afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio, o parcial, si afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa, siendo necesario en este último caso, que en aquellos establecimientos en

los que se ha declarado haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación que le sirve de causa.

Con todo, aquellos establecimientos en que no se haya declarado el cierre temporal, deberán continuar funcionando normalmente.

Por su parte, el legislador impuso ciertos requisitos al empleador al momento de ejercer el lock-out o cierre temporal, cuales son:

1. Sólo procede su declaración una vez que se ha hecho efectiva la huelga.
2. No afecta a los trabajadores inhabilitados para negociar colectivamente de conformidad al artículo 305 inciso primero del Código del Trabajo, es decir, aquellos trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, aplicándose dicha prohibición también al personal de confianza que ejerce cargos superiores de mando, en el caso de las micro y pequeñas empresas.
3. No podrá extenderse más allá de treinta días contados desde la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día en que esta haya terminado, cualquiera sea el hecho que primero suceda.
4. Sólo puede declararse si la huelga afecta a más del 50 % del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento en su caso, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en este caso el porcentaje de trabajadores en huelga.

Respecto a la calificación de las precitadas circunstancias, esta deberá ser realizada por la Inspección del Trabajo, dentro de los tres días siguientes de formulada reclamación. La resolución de ésta podrá ser reclamada judicialmente en virtud del procedimiento contemplado en el artículo 504 del Código del Trabajo.

Finalmente, cabe mencionar que el cierre temporal produce la suspensión de los efectos del contrato de trabajo respecto de los trabajadores a quienes afecte, según sea total o parcial. Es decir que, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios, ni el empleador al pago de las remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato.

Con todo, la antedicha suspensión no significa el término del contrato. Sin embargo, el empleador deberá pagar las cotizaciones previsionales o de seguridad social de aquellos trabajadores afectados por esta medida y que no se encuentren en huelga.

A su vez, a pesar de encontrarse suspendido el contrato y no terminado, el legislador habilita a los trabajadores afectados a efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa.

8. Reanudación de faenas

Sobre esta materia, el nuevo artículo 363 del Código del Trabajo dispone:

“Artículo 363.- Reanudación de faenas. En caso de producirse una huelga o el cierre temporal de la empresa, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá decretar la reanudación de faenas, previa solicitud de parte.

La solicitud se tramitará a través del procedimiento monitorio de los artículos 496 y siguientes, con excepción de lo señalado en el inciso primero del artículo 497. Podrán ejercer la acción de que trata este artículo tanto la o las empresas, como la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según corresponda.

La reanudación de faenas se hará en las mismas condiciones vigentes en el momento de presentar el proyecto de contrato colectivo.

Una vez que esté ejecutoriada, la sentencia definitiva deberá notificarse a la Dirección del Trabajo para los efectos de lo dispuesto en el artículo 387.”

El legislador, a fin de evitar graves consecuencias que podría provocarse a causa del ejercicio de la huelga o del cierre temporal de una empresa, ya sea a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, ha prescrito la figura de la reanudación de faenas como una limitación al ejercicio del derecho a huelga.

De esta manera, la reanudación de faenas, solo procederá una vez decretada por un Tribunal de Letras del Trabajo, previa solicitud de parte.

Por tanto, para estos efectos, deberán concurrir los siguientes requisitos:

1. Encontrarse una empresa en huelga efectiva o cierre temporal;
2. Que las características, oportunidad o duración de la huelga o cierre temporal causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

La solicitud ante tribunales se tramitará a través del procedimiento monitorio, sin embargo, no será requisito de procesabilidad haber deducido previamente reclamo ante la Inspección del Trabajo.

Serán titulares de esta acción la o las empresas, la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según corresponda al caso en particular.

Una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, esta deberá ser notificada a la Dirección del Trabajo, a fin de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio, según dispone el nuevo artículo 386 del Código del Trabajo.

Respecto a los efectos de la reanudación de faenas, una vez decretada, esta se hará en iguales condiciones que aquellas que se encontraban vigentes al momento de presentarse el proyecto de contrato colectivo.

9. Empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga, calificación y reclamación

Nuestra Carta Fundamental contempla en el último inciso del numeral 16° del artículo 19 una excepción al ejercicio del derecho fundamental de huelga, disponiendo que:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;”.

La ley N° 20.940, en virtud del precitado mandato constitucional, prescribe en el nuevo artículo 362 del Código del Trabajo el procedimiento de calificación de las corporaciones o empresas que se encontrarán en dichas situaciones y dispone:

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

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

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

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

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

De esta manera, el legislador laboral perfecciona el procedimiento establecido sobre calificación de las empresas en que no se podrá ejercer el derecho de huelga, en respuesta a uno de los objetivos del mensaje presidencial, el cual indicó:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, se regula un procedimiento para la calificación de las empresas en las que no se puede ejercer el derecho a huelga, que mejora sustantivamente el actual procedimiento permitiendo el principio de bilateralidad, facultando a las partes a hacer valer sus alegaciones ante la autoridad, mediante un nuevo procedimiento judicial de carácter especial ante la Corte de Apelaciones, la que deberá pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de aquella calificación.

Se establece también un procedimiento eficaz de arbitraje obligatorio, gratuito para los trabajadores de las empresas que no pueda ejercer el derecho a huelga y las empresas de menor tamaño, a cargo de un cuerpo arbitral que se caracterizará por la diversidad, experiencia, prestigio e independencia de sus miembros.”⁷

La antedicha calificación se llevará a cabo cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte antes del 31 de mayo del año respectivo, reconociéndose, a su vez, el derecho de formular observaciones a la contraparte de aquel que haya promovido la solicitud -empleadora o trabajadora-, según corresponda, dentro del plazo de quince días desde que haya tomado conocimiento de aquella.

La resolución conjunta de calificación deberá ser publicada en el Diario Oficial.

En virtud de lo anterior, el nuevo artículo 362 reconoce y establece el derecho de la empresa o de los trabajadores a un procedimiento de reclamación ante la Corte de Apelaciones de la resolución que se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de aquella calificación, según las reglas establecidas en el nuevo artículo 402 del mismo cuerpo legal, el cual prescribe:

“Artículo 402.- Reclamación de la determinación de las empresas sin derecho a huelga. El reclamo se deducirá por la empresa o los afectados, ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último. El reclamo deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la resolución respectiva, según las siguientes reglas:

a) El reclamante señalará en su escrito, con precisión, la resolución objeto del reclamo, la o las normas legales que se suponen infringidas, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto le perjudica.

b) La empresa y el o los sindicatos, según corresponda, podrán hacerse parte en el respectivo reclamo de conformidad a las normas generales.

c) La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente. Asimismo, podrá declarar inadmisibles las reclamaciones si el escrito no cumple con las condiciones señaladas en la letra a) anterior.

d) Recibida la reclamación, la Corte requerirá de informe conjunto a los ministros que suscribieron el acto reclamado, concediéndole un plazo de diez días al efecto.

e) Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil.

f) Vencido el término de prueba, se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia para su inclusión en la tabla.

⁷ Mensaje N°362, de 29 de diciembre de 2014, de S.E. La Presidenta de la República del Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, Introduciendo Modificaciones al Código del Trabajo, p. 9

g) La Corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución, incluyendo o excluyendo a la empresa, según corresponda.

h) En todo aquello que no estuviere regulado por el presente artículo, regirán las normas establecidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, según corresponda.”.

Resulta importante destacar que, de conformidad al inciso cuarto del artículo 362, la permanencia de una empresa en la resolución antes indicada podrá ser revisada, sólo en el caso de existir causa sobreviniente y por solicitud de parte.

Asimismo, el nuevo artículo 386 inciso 2º dispone que:

“El arbitraje será obligatorio para las partes en los casos en que esté prohibida la huelga y cuando se determine la reanudación de faenas, según lo dispuesto en el artículo 363.”.

De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población, o a la seguridad nacional, no podrán declarar la huelga, y que en caso de no lograrse un acuerdo directo de las partes en el respectivo proceso de negociación colectiva, estas deberán someterse a arbitraje en los términos previstos en el artículo 386 del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la Ley Nº 20.940, en lo referido a las modificaciones incorporadas por el nuevo Capítulo VI “Del derecho a huelga”, en el ámbito de la negociación colectiva reglada de que trata el Título IV del Libro IV del Código del Trabajo, es el comprendido en el cuerpo de este informe.

Saluda atte.



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



J.F.C.C.A.B.P./N.P.S./C.L.C.H.
JFCCA/BP/NPS/CLCH

Distribución:

- Destinataria
- Departamentos y Oficina del nivel central
- XV Regiones
- Subdirector
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo
- Boletín Oficial
- Jurídico
- Partes
- Control