

El conflicto colectivo y su solución tras la Reforma Laboral*

IV Parte**

Rodrigo Palomo Vélez.

Profesor de Derecho del Trabajo e Investigador del Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca (CENTRASS).

Silvana Guzmán Sepúlveda.

Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca. Abogada.

I. PRESENTACIÓN

En los números anteriores de esta revista hemos ido presentando una serie de apuntes breves sobre el Derecho Colectivo del Trabajo en Chile, que en conjunto pretenden ofrecer una sistematización sintética de la recepción normativa de la libertad sindical en nuestro país, teniendo a la vista el Código del Trabajo vigente y las modificaciones introducidas recientemente por la Ley N° 20.940, de reforma laboral.

En la primera entrega, publicada en el N° 250 de la revista, dimos cuenta de los antecedentes conceptuales y normativos básicos sobre la libertad sindical, que sirven de hilo conductor transversal en el estudio de los principales institutos que conforman y articulan el referido derecho. El segundo apunte, publicado en el N° 251, estuvo referido al régimen jurídico de la organización de los trabajadores, concretamente del modelo sindical chileno, a partir de la descripción de sus dimensiones orgánica, funcional y tutelar. Por su parte, en el tercer apunte, publicado en el N° 253, abordamos la negociación colectiva, analizando su reconocimiento y régimen jurídico en Chile.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Anillo "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario", financiado por CONICYT (SOC 1406).

**La I, II y III Parte se publicaron en Septiembre-Octubre 2016, Noviembre 2016 y Enero 2017 respectivamente.

Esta última entrega trata sobre la huelga, el conflicto colectivo y su solución, a partir del régimen jurídico modificado por la Ley N° 20.940, publicada el 8 de septiembre de 2016 y que entrará en vigor el 1 de abril de 2017. Se tienen presente, además, el Ord. N°5346/0092, de 28 de octubre de 2016, por el que la Dirección del Trabajo interpreta de oficio las normas sobre calificación y conformación de servicios mínimos y equipos de emergencia en la nueva normativa, y el Ord. N° 0441/0007, de 25 de enero de 2017, referido a las normas que regulan el derecho a huelga en la negociación colectiva reglada.

II. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL CONFLICTO COLECTIVO

Antes de analizar el reconocimiento normativo del conflicto colectivo en Chile, conviene traer a colación algunas cuestiones conceptuales que resultan determinantes para la ulterior valoración de aquel instituto: la comprensión de la especial naturaleza de los conflictos colectivos, los tipos de conflictos colectivos, la distinción entre conflicto colectivo y formas de presión frente al mismo, y los mecanismos previstos para su solución.

Entre los conflictos laborales, los conflictos colectivos se caracterizan por la concurrencia de dos elementos: un elemento subjetivo (intervienen sujetos colectivos o investidos de representación colectiva) y un elemento objetivo (afectan intereses colectivos). Este segundo elemento es el más importante y definitorio de la comprensión del conflicto colectivo, puestos a valorar de la concreta regulación de los mecanismos previstos para su solución.

Sin embargo, no siempre resulta fácil definir interés colectivo. No es una realidad ontológica (Sala, 2013). Con todo, lo que determinará la existencia de un interés colectivo en un conflicto será la afectación de un grupo de trabajadores, y que la organización sindical (o la representación de los trabajadores) atribuya a tal afectación un valor colectivo. De este modo, podrán haber conflictos individuales de trascendencia colectiva, y conflictos plurales que sólo sean la suma de varios conflictos individuales, sin vocación colectiva. La



determinación en los casos difíciles habrá de hacerse caso a caso.

Conviene recordar también la distinción tradicional entre conflictos colectivos jurídicos y económicos. En los primeros, la controversia se plantea respecto de la interpretación o aplicación de una norma jurídica, autónoma o heterónoma. En los segundos, en cambio, la controversia surge de los intereses contrapuestos de las partes, o supone que al menos una de ellas persigue una revisión de una norma vigente (generalmente un instrumento colectivo). Esta distinción tiene especial incidencia en la definición de los mecanismos a través de los cuales puede intentarse la solución de los conflictos colectivos.

Asimismo, es preciso distinguir entre conflicto colectivo y medidas (de presión o acción directa) frente al mismo. Entre estas últimas, por parte de los trabajadores, puede anotarse la huelga, el boicot, o el ejercicio de algunos derechos constitucionales, como la libertad de expresión. Por parte de los empresarios, por su parte, cabe citar el *lock out* o cierre patronal, el ejercicio del poder de dirección, y también el ejercicio de ciertos derechos constitucionales, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad. En algunos casos la distinción es tenue, como ocurre con la huelga, que sin perjuicio de ser una medida de presión frente a un conflicto colectivo, es también expresión misma de aquel (Ermida, 1996).

Por cuanto dice relación con los medios de solución de los conflictos colectivos, hay diversas clasificaciones. De una parte, se distinguen los mecanismos de solución protagonizados por las mismas partes del conflicto, de aquellos que requieren la intervención (dirimente o no) de terceros. De otra parte, hay mecanismos autónomos de solución de conflictos, establecidos por la negociación colectiva, recurriendo a fórmulas como la mediación o el arbitraje, y mecanismos heterónomos, previstos en la ley y operados normalmente por la administración laboral o la jurisdicción del trabajo.

Como categoría que engloba a las demás, se distingue la solución judicial de conflictos colectivos de los mecanismos alternativos de solución de controversias (en adelante, MASC). Al respecto, es pertinente advertir desde ya los riesgos de una visión idílica de los MASC (Palomo; Delgado, 2016). Éstos no deben considerarse un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema judicial debidamente dotado de recursos humanos y materiales, y sobretodo,

eficiente. Deben explicitarse los verdaderos propósitos detrás del fomento de los MASC: no basta justificarlos en la descongestión de los tribunales (visión economicista). Deben configurarse como una opción complementaria a la solución judicial de los conflictos (recurso abierto a quienes deseen aprovechar sus ventajas), pero no ha de caerse en una tendencia sustitutiva. Es necesario resguardar la profesionalización y especialización de los operadores de estos mecanismos. Y, por cierto, hay que considerar que los MASC plantean límites a la tutela de intereses laborales colectivos, y en múltiples circunstancias son inadecuados para resolver diversos conflictos de esta naturaleza.

Repasadas brevemente las cuestiones conceptuales básicas sobre el conflicto colectivo y su solución, revisemos los principales hitos de su reconocimiento normativo en Chile.

El primer modelo normativo laboral chileno, el Código del Trabajo de 1931, reconoció expresamente el derecho al conflicto colectivo, y entre los mecanismos previstos para su solución destacaron la Juntas de Conciliación y las Comisiones Tripartitas (que establecían tarifados por rama de actividad).

El Plan Laboral, en cambio, rechazó incorporar el conflicto colectivo como institución del Derecho Sindical. En efecto, su ideólogo, José Piñera, señaló que la huelga se concibe como “un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad”, y “deja de ser ese terrible instrumento de presión a través del cual los trabajadores fuerzan un mejoramiento artificial de las remuneraciones” (Piñera, 1990).

El corazón de dicha regulación persiste hasta en buena medida hasta nuestros días, pese a las reformas que han operado sobre diversas aristas específicas.

La Constitución chilena vigente no reconoce el derecho al conflicto colectivo; al menos, no se plantea tal reconocimiento en los términos que exige la libertad sindical. El art. 19 N° 16 establece que “la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica”. De este modo, el único conflicto colectivo que podría encontrar reconocimiento constitucional sería el de la contradicción de los intereses económicos vinculados a las remuneraciones, por lo cual se establece la negociación colectiva como instrumento para llegar a acuerdo (Rojas; Tapia, 2015).

Luego, la mención de la huelga en la Constitución también es peculiar; se trata de una prohibición constitucional de huelga respecto de ciertas categorías de trabajadores: “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”. Respecto de esta prohibición se han postulado diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Una tesis es la del reconocimiento implícito del derecho de huelga respecto de todos los demás trabajadores no incluidos en la prohibición constitucional (Caamaño, Ugarte, 2008). No obstante, resulta bien discutible que el derecho de huelga tenga reconocimiento constitucional en Chile.

Ahora bien, más allá de las discusiones sobre el reconocimiento normativo del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, o del derecho de huelga en particular, el porcentaje de empresas en que ha habido huelgas, paros u otras manifestaciones de presión en conflictos colectivos no supera el 10%, concentrado en empresas donde existe sindicato, de mayor tamaño, y a propósito de la negociación colectiva (Dirección del Trabajo, 2015). Parece ser que nuestra sociedad sigue asumiendo el conflicto colectivo como algo patológico, más que como una expresión del sistema democrático.

III. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

a. La solución judicial de conflictos colectivos

Las normas sobre competencia en materia laboral establecen que los juzgados de letras del trabajo son competentes para conocer y resolver “las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos (...) colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral” (art. 420.a CT), “las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva” (art. 420.b CT) y las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales (...)” (art. 420.e CT).

Pese al intento de la reforma laboral de promover los MASC, según se comentará, se proyecta un aumento

en la conflictividad laboral y en la judicialización de los conflictos colectivos una vez que entre en vigencia la nueva regulación. Los abundantes conceptos jurídicos indeterminados que contempla, los evidentes problemas de técnica legislativa y una regulación cercenada en el Tribunal Constitucional, permiten augurar muchos problemas de interpretación con el correlativo aumento de juicios laborales en estas materias (Fuenzalida, 2015).

En efecto, si bien la judicialización en la reforma laboral será, en principio, derivada, también es cierto que el legislador ve con buenos ojos la intervención del juez en conflictos sindicales. Por ello ha aumentado el número de cuestiones que expresamente pueden judicializarse, ya sea directamente (derecho de información, calificación de empresas en las que no se puede ejercer huelga, reanudación de faenas) o por la vía de reclamación judicial de resoluciones administrativas (como la que excluye a trabajadores del derecho de negociar colectivamente, la que resuelve la reposición sobre impugnaciones y reclamaciones en la negociación colectiva, la que rechaza el reclamo sobre la procedencia del *lock-out*, o la que deja sin efecto los pactos sobre condiciones especiales de trabajo).

También deben tenerse en cuenta, en este punto, otras acciones judiciales sobre conflictos colectivos: la disolución judicial de sindicato, el desafuero sindical, la reclamación judicial de multas, el cumplimiento judicial de un instrumento colectivo, los efectos en derechos colectivos de la acción declarativa especial por multirrut y, por supuesto, las prácticas antisindicales.

Asimismo, han de mencionarse dos supuestos problemáticos que han acaparado la atención en esta materia: la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia (y la conformación de estos últimos) y el procedimiento de negociación aplicable a los grupos negociadores.

Respecto de la calificación de los servicios mínimos, en principio debería lograrse por acuerdo de las partes antes del inicio de la negociación colectiva, pero se ve altamente improbable que así ocurra. La ley aprobada establece que a falta de acuerdo, cualquiera de las partes puede requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo. Su resolución solo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo. Ahora bien, dado que se trata de un conflicto jurídico y de una decisión que incide en el ejercicio de un derecho fundamental (huelga), la controversia no debería cerrarse en la administración laboral, debiendo ser procedente la reclamación judicial



(Marzi, 2016). La lógica de la reforma es extraña en este punto; conflictos menores se judicializan y éste, que es clave, pretende cerrarse en la decisión de la Dirección del Trabajo.

Otro posible foco de judicialización de un conflicto colectivo dice relación con los grupos negociadores. Sabido es que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las normas que establecían una preferencia negocial para el sindicato -lo que se denominó titularidad sindical-, dejando sin regulación a los grupos negociadores. Este escenario de anomia legal ha despertado diversas interpretaciones doctrinales, que van desde que ello supone titularidad sindical de hecho, hasta que los grupos negociadores podrán negociar por la vía reglada o no reglada, aplicando el principio de buena fe y el espíritu de la sentencia del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, esta incertidumbre seguramente llevará a que los grupos negociadores requieran ser reconocidos caso a caso por los tribunales, lo que supondrá una reacción de los sindicatos en sede judicial.

Lo cierto es que la Ley N° 20.940 ha optado por el procedimiento monitorio como vía procesal para solucionar la mayoría de los conflictos colectivos antes referidos (por ejemplo, los referidos al derecho de información, a la reanudación de faenas, a la impugnación de la inclusión de uno o más trabajadores en la nómina del proyecto de contrato colectivo, a las reclamaciones respecto del proyecto de contrato colectivo o de su respuesta, y al reclamo contra la declaración de *lock out*), pese a que el proyecto original contemplaba el procedimiento tutela laboral para varios de ellos, por estar en juego derechos fundamentales.

El procedimiento monitorio ha tenido un despliegue expansivo inédito dentro del sistema procesal laboral chileno en el último tiempo, bajo la pretendida justificación de su mayor celeridad. Sin embargo, su aplicación respecto de conflictos colectivos plantea diversas dificultades (Marzi, 2016).

Esta técnica procesal surge fundamentalmente asociada a conflictos civiles y mercantiles, entendida como un instrumento simplificado para perseguir créditos de bajo monto, asumiendo que la baja cuantía equivale a una baja densidad del conflicto. Sin embargo, su recepción en Chile ha ido desnaturalizando la concepción genética de esta técnica monitoria. En efecto, la ley laboral ha ido ampliando los conflictos jurídicos que deben resolverse por esta vía procesal, varios de los cuales, por su complejidad, escapan de la lógica monitoria.

Si bien podría pensarse que la judicialización de los conflictos colectivos supone un escenario favorable para las pretensiones de trabajadores y sindicatos, atendida la actual composición de la Cuarta Sala de la Corte Suprema y el efecto reflejo que generalmente producen las sentencias de unificación en tribunales de instancia, cabe apuntar que respecto de resoluciones dictadas en procedimientos monitorios no procede el recurso de unificación, y las exigencias de motivación de la sentencia están atenuadas. La judicialización por esta vía, entonces, no es neutra. En la práctica, generará incertidumbre y la doctrina judicial tardará seguramente años en asentarse.

Ante el cuestionamiento generado, el legislador (Ley 20.974/2016) introdujo una modificación al plazo para dictar sentencia en procedimientos monitorios. Se mantiene la regla general que establece que la sentencia ha de dictarse al término de la audiencia. Sin embargo, excepcionalmente, el juez, mediante resolución fundada, podrá dictar sentencia hasta en un plazo de 3 días de terminada la audiencia, en causas de interés colectivo o que presenten mayor complejidad.

Es claro que tal modificación no se hace cargo de los cuestionamientos a la proyectada judicialización de los conflictos colectivos. Por el contrario, dicha judicialización sólo se suma a la patológica procedimentalización de los derechos colectivos, a su regulación heterónoma y a la falta de dinamismo de las relaciones colectivas en Chile (Marzi, 2016).

b. Los medios de solución alternativa de conflictos colectivos

Frente a la posibilidad de judicializar la solución de conflictos colectivos, el ordenamiento jurídico chileno contempla diversos MASC en materia laboral.

Entre las funciones que se encomiendan a la Dirección del Trabajo está “la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo”, entre ellos, los conflictos colectivos (art. 1.e DFL N° 2/1967). Esta función la asume principalmente el Departamento de Relaciones Laborales, a través de su Unidad de Solución Alternativa de Conflictos.

La Orden de Servicio N° 1, 30 de enero de 2002, de la Dirección del Trabajo, creó y ordenó un sistema de solución alternativo de conflictos laborales colectivos, basado en los siguientes principios: integralidad, voluntariedad, flexibilidad, equidad y gratuidad, buena fe, in-

mediación de las partes, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, autocomposición y legalidad.

Este sistema alternativo de solución de conflictos contempla, además de la mediación a petición de parte, la posibilidad de mediaciones de oficio, tanto programadas (ante la posibilidad de un conflicto latente) como reactivas (cuando el conflicto se ha hecho manifiesto).

Las mediaciones de oficio programadas son aquellas que ofrece la Dirección del Trabajo por iniciativa propia, conforme a la realidad de cada región, mediante las cuales se pretende desarrollar una labor orientada a la prevención de conflictos y mejoramiento de climas laborales, por ejemplo en casos de incumplimiento de los instrumentos colectivos vigentes o transgresiones al contrato individual que afectan a un colectivo de trabajadores, ante el conocimiento que una negociación colectiva a desarrollarse posee antecedentes de conflictos, o respecto de áreas de actividad económica emergentes o de trabajo temporal.

La mediación de oficio reactiva, en cambio, es aquella que ofrece la Dirección del Trabajo por iniciativa propia, en el evento de controversias manifiestas de las que tome conocimiento.

En estos casos, la naturaleza colectiva del conflicto es determinada por la pluralidad de cualquiera de los actores involucrados (trabajadores o empleadores). En este sentido, por la parte laboral estos mecanismos pueden involucrar a sindicatos de todo tipo y grupos de trabajadores reunidos para negociar o para solucionar el conflicto que los afecta.

La reforma laboral de 2016 promueve los MASC como forma de resolver los conflictos colectivos. Entre los objetivos del Proyecto, por ejemplo, se destaca que la iniciativa legal “busca también legitimar un sistema institucional que permita procesar el conflicto laboral al interior de las empresas, generando un procedimiento que contiene un conjunto de incentivos destinados a promover el diálogo directo entre las partes, el acuerdo y mecanismos pacíficos de resolución de controversias”.

La mediación voluntaria en la negociación colectiva ha quedado regulada en los arts. 344, y 378 a 380 del CT. Las partes pueden solicitar a la Dirección del Trabajo la designación de un mediador en cualquier momento de la negociación, una vez vencido el plazo de respuesta del empleador (incluso durante la huelga). En el cum-

plimiento de sus funciones, el mediador podrá requerir los antecedentes y documentos que juzgue necesarios, efectuar las visitas que estime procedentes a los lugares de trabajo, y hacerse asesorar por organismos públicos o expertos. Tendrá un plazo máximo de 10 días para desarrollar su gestión (lograr acuerdo o presentar informe sobre lo realizado).

Cabe mencionar, de otra parte, la mediación obligatoria en la negociación colectiva (los actuales “buenos oficios”). De acuerdo al art. 351 del CT, dentro de los 4 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, juntas o separadas, cuantas veces estime necesario, para acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo. Si esta mediación no prospera dentro del plazo legal, la huelga debe hacerse efectiva al inicio del día hábil siguiente.

La Ley N° 20.940 incorpora, además, nuevas fórmulas específicas de mediación. De una parte, establece la mediación específica para negociación colectiva de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (art. 370 del CT), que hasta ahora tenían prohibido negociar. Y de otra, reconoce en el texto legal la mediación laboral de conflictos colectivos (arts. 381 a 384), que procederá respecto de conflictos colectivos que no tengan previsto un procedimiento especial para su resolución. Esta mediación se desarrollará ante la Dirección del Trabajo, a solicitud de cualquiera de las partes del conflicto, o de oficio, cuestión que en los hechos ya venía ocurriendo (Castro, 2016). Interesante es que la ley prevea que en estos casos el informe de mediación será público.

La referida ley de reforma laboral prevé también el arbitraje como fórmula para solucionar conflictos colectivos. En concreto, el arbitraje puede resultar procedente como vía para lograr el acuerdo en una negociación colectiva (en tal caso, el instrumento colectivo será un fallo arbitral) o como mecanismo para resolver las controversias que puedan originarse de la aplicación del instrumento colectivo que resulte de aquella.

El arbitraje para arribar a acuerdo en una negociación colectiva está regulado en el art. 385 y siguientes del CT. Puede ser voluntario (las partes podrán someter la negociación a arbitraje en cualquier momento, incluso



durante la huelga) u obligatorio (en aquellos casos en que esté prohibida la huelga y cuando se determine la reanudación de faenas).

Las normas legales sobre arbitraje están referidas a la definición y tipos de arbitraje, a la designación del tribunal arbitral y a las facultades, procedimiento, y elementos que deben considerarse para el fallo arbitral. Las principales novedades de la reforma en esta materia tienen que ver con la integración del tribunal arbitral (será siempre colegiado, con 3 miembros) y la remuneración de los árbitros (será determinada por Dirección del Trabajo y de costo fiscal, salvo cuando afecte a una gran empresa, caso en el cual ésta deberá asumir el costo).

El tribunal arbitral está obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes en el momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. Al respecto, se ha señalado que impedir que el árbitro “parta la diferencia” entre las posiciones en disputa obligaría a los trabajadores y empresarios a “adoptar una estrategia de ofrecer o demandar lo que realmente creen es lo correcto”. De este modo, “a la larga, elimina la necesidad de usar árbitros y conduce a que los trabajadores y empleadores que no puedan utilizar la huelga lleguen a acuerdos directos entre ellos” (Piñera, 1990). Atendidos los datos, la medida parece haber tenido el efecto deseado. La utilización del arbitraje en Chile ha sido marginal; sólo ha habido 4 arbitrajes desde 1990, el último en el 2000 (Dirección del Trabajo, 2014).

Con todo, que el árbitro sólo pueda optar por una de las propuestas en juego resiente el carácter de arbitraje propiamente tal, por cuanto la heterocomposición del conflicto debería resultar necesariamente de la decisión libre e independiente del árbitro. En este sentido, más que arbitraje, se trata de otra manifestación de la intervención del Estado en el ámbito de la tutela de los intereses colectivos, aparentemente justificada por razones de utilidad social (Jequier, 2011).

Además del arbitraje previsto como mecanismo para arribar al acuerdo en la negociación colectiva, las partes pueden acordar la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que dé origen el contrato colectivo. En efecto, la Ley N° 20.940 reconoce explícitamente que entre las materias de la negociación colectiva pueden incluirse mecanismos de solución de controversias, entre ellos, el arbitraje (arts. 306 y 321 del CT).

La reforma laboral ordena, por último, la creación del Consejo Superior Laboral, instancia tripartita y consultiva, para colaborar en formulación de propuestas y recomendaciones de políticas públicas destinadas a fortalecer y promover el diálogo social y una cultura de relaciones laborales justas, modernas y colaborativas.

Con todo, a menor participación de los trabajadores en las relaciones laborales, mayor es la judicialización de los conflictos (Tarello, 2002). Dicho de otro modo, la asimetría de poder entre las partes de las relaciones laborales genera desconfianza en los MASC y, correlativamente, preferencia por judicialización de conflictos. En definitiva, pese a que se viene intentando promover los MASC, y la reforma laboral de 2016 da otro paso en este sentido, no puede afirmarse que en Chile aquellos hayan alcanzado aún “carta de naturaleza”.

IV. LA HUELGA Y EL DERECHO DE HUELGA

a. Concepto y reconocimiento jurídico

La huelga es, ante todo, un hecho social que consiste, en su comprensión tradicional, en la abstención colectiva del trabajo (Kahn-Freund, 1987). Esta acción concertada de los trabajadores puede ocurrir a propósito de un conflicto laboral o en apoyo de uno, sin perjuicio de que la finalidad de una huelga puede llegar a ser mucho más compleja.

De este modo, la huelga es una medida de autotutela colectiva que pretende equilibrar el poder del empleador en las relaciones laborales, de cara al cumplimiento de la normativa vigente o a lograr mejoras laborales (Gamonal, 2011).

Es posible distinguir diversos tipos de huelga: sindicales y salvajes, directas o de solidaridad, huelga relámpago o de advertencia y huelga de larga duración o plazo indefinido, huelga sorpresa, huelga intermitente, huelga de celo, huelga de brazos caídos, huelga con ocupación de locales, etc. En efecto, el concepto tradicional de huelga se ha ido ampliando, concibiéndose en la actualidad como todo tipo de perturbación del proceso productivo que es concertada colectivamente (Sala, 2013).

Ahora bien, cuando el ordenamiento jurídico se ocupa de este hecho social, estamos frente a la huelga como derecho. Es decir, se reconoce desde el Derecho la posibilidad de paralizar el trabajo a propósito de un conflicto colectivo, regulándose los efectos jurídico-laborales de dicha paralización.

Tal como ocurrió con la evolución histórica del sindicato, el reconocimiento jurídico de la huelga también ha pasado por diversas etapas. En efecto, la huelga ha pasado de ser considerada como un hecho delictivo a ser un derecho fundamental. Sin perjuicio de las diversas sistematizaciones doctrinales de las etapas por las que ha pasado el reconocimiento jurídico de la huelga, es posible distinguir momentos de prohibición (incluso con sanción penal), libertad y derecho.

Los Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical, no mencionan expresamente el derecho de huelga. No obstante, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han sostenido que los derechos de libertad sindical no se entienden sin el reconocimiento del derecho de huelga, como medio esencial para la defensa de los intereses de los trabajadores y sus organizaciones (cuestión que, sin embargo, es controvertida por el grupo de empleadores dentro de la OIT).

Otros instrumentos internacionales sí contemplan expresamente el derecho de huelga. Es el caso del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1.b) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1.d).

En el plano interno, ya hemos comentado la peculiar mención de la huelga en la Constitución. Por su parte, la regulación de la huelga en el Código del Trabajo es la evidencia más clara del excesivo reglamentarismo con que el ordenamiento jurídico concibe y regula los derechos de libertad sindical. Lo que hace la ley, según se verá, es la procedimentalización del derecho de huelga.

Dicho lo anterior, es posible distinguir tres estados en que puede encontrarse la huelga en nuestro país. En primer término, el ejercicio del derecho de huelga procede en un momento específico del procedimiento de negociación colectiva reglada de empresa, en los términos que se señalan en el acápite siguiente.

Fuera de la negociación colectiva reglada de empresa no se reconoce expresamente por la ley el derecho de huelga. Se plantea, no obstante, un segundo estadio. Es lo que la doctrina ha denominado huelga libertad o huelga en conflicto colectivo (Rojas; Tapia, 2015), fundamentalmente a partir de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical contra el Estado de

Chile, en que ha sostenido que el derecho de huelga no debería limitarse a conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un instrumento colectivo determinado, reconociéndole así fines más amplios (OIT, 2006).

Respecto de la huelga en conflictos colectivos que ocurren fuera de la negociación colectiva, la jurisprudencia ha ido mutando su reconocimiento. Inicialmente, los tribunales sostuvieron que la ausencia al trabajo en estos supuestos configuraba una causal de despido disciplinario. Más recientemente, la Corte Suprema ha asumido la interpretación que venía postulando desde hace algunos años un sector minoritario de la doctrina judicial de instancia, en orden a considerar injustificado el despido de un trabajador que ha hecho huelga libertad. En tal sentido, si el trabajador tiene fuero (cuando es dirigente sindical, por ejemplo), tiene derecho a optar entre su reincorporación o el pago de indemnizaciones. Si no tiene fuero, en cambio, la única protección del ejercicio del derecho de huelga es el cambio en la calificación jurídica del despido, considerándose injustificado. Recibe indemnizaciones, pero queda sin trabajo. Sólo un par de sentencias aisladas del último tiempo han dado el siguiente paso: declarar la nulidad de estos despidos por discriminación antisindical, abriendo espacio a la reincorporación de los trabajadores aún cuando no tengan fuero.

Finalmente, ha de tenerse presente que el art. 11 de la Ley sobre Seguridad del Estado tipifica el delito de huelga, entre los delitos contra la normalidad de las actividades nacionales. En concreto, constituye delito “toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos 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”. La norma castiga también a “los que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior”.

b. El derecho de huelga en la negociación colectiva reglada

La huelga en el marco del procedimiento de negociación colectiva reglada de empresa ha quedado regulada en el art. 345 y siguientes del CT. Dicha regulación parte señalando que “la huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores”, y “no afectará a la libertad de trabajo de los trabajadores no



involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo”.

Acto seguido, la ley prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga. La infracción a tal prohibición es considerada una práctica desleal grave, que habilita para requerir el retiro inmediato de los reemplazantes, por la vía administrativa o judicial, si la primera no es fructífera.

La comentada prohibición se morigera, sin embargo, con la facultad que se reconoce al empleador para efectuar “ajustes necesarios” a fin de asegurar que los trabajadores no huelguistas puedan ejecutar las labores convenidas en sus contratos (art. 403.d). Esta norma legal puede llegar a resentir la tesis jurisprudencial ya consolidada de prohibición de reemplazo interno. La cuestión reviste particular gravedad, si se suma a la abierta posibilidad de polifuncionalidad que acepta el CT.

Transcurrida la etapa de negociaciones libres, los trabajadores deben resolver si aceptan última oferta del empleador (regulada en el art. 346) o declaran la huelga. Al efecto, debe efectuarse una votación cuya convocatoria, oportunidad, medios y desarrollo están reglados en el art. 347 y siguientes del CT. La última oferta o la huelga deberán ser acordadas por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato. De aprobarse la huelga, deberá hacerse efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del quinto día siguiente a su aprobación.

Conforme a los últimos datos oficiales publicados, en 2015 se votaron 942 huelgas, se aprobaron 841, pero sólo 187 se hicieron efectivas, involucrando a 27.675 trabajadores (Dirección del Trabajo, 2015). Estos datos demuestran la escasa incidencia de esta manifestación de la huelga en nuestras relaciones laborales.

Recuérdese, asimismo, que una vez aprobada la huelga procede la mediación obligatoria, ya comentada a propósito de los MASC. En 2015, 705 de las 841 huelgas aprobadas se sometieron a buenos oficios de la Dirección del Trabajo; el 57% de ellos puso término a la negociación colectiva.

Durante el desarrollo de la huelga, la ley reconoce al empleador diversas facultades. Una norma especialmente discutida es aquella que faculta al empleador para presentar nuevas ofertas y exigir votaciones sobre mantención de la huelga cada 5 días (art. 356), lo que supone un intervencionismo empresarial en el ejercicio

del derecho de los trabajadores. No puede, sin embargo, ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, salvo en las condiciones establecidas por el art. 357.

Durante la huelga las partes podrán reanudar las negociaciones las veces que estimen conveniente, sin sujeción a ninguna restricción o regla especial. Asimismo, podrán acordar la suspensión temporal de la huelga por el plazo que estimen pertinente. La suscripción del contrato colectivo hará cesar de pleno derecho los efectos de la huelga (art. 358).

Los arts. 359 a 363 del CT se refieren a las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga; concretamente a los servicios mínimos y equipos de emergencia, a la determinación de las empresas que no pueden ejercer derecho de huelga, y a la reanudación de faenas.

La ley de reforma laboral ha ampliado sustancialmente los supuestos en que proceden los servicios mínimos. Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante ésta la comisión negociadora sindical deberá proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa (supuesto más cuestionado) y prevenir accidentes, así como para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

El personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia.

La calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia debe realizarse antes del inicio de la negociación colectiva, y seguramente será foco de conflictividad, según se comentó a propósito de la judicialización de conflictos colectivos. La conformación de los equipos de emergencia, por su parte, se realizará una vez que la negociación esté en curso.

A este respecto, ha de considerarse lo previsto en el Ord. N° 5346/0092, de 28 de octubre de 2016, por el que la Dirección del Trabajo informa el sentido y alcan-

ce de las normas sobre calificación y conformación de servicios mínimos y equipos de emergencia. La premisa de este dictamen es que por tratarse de un derecho fundamental, las limitaciones o restricciones que afecten el ejercicio del derecho a huelga solo proceden ante las situaciones calificadas por el legislador y, por ello, deben interpretarse restrictivamente.

Otra limitación legal al ejercicio del derecho de huelga es la determinación de las empresas en las que aquel no podrá ejercerse. 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. Tal calificación será efectuada cada dos años, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte.

La tercera limitación al ejercicio del derecho a huelga es la reanudación de faenas, cuando la huelga o el *lock out* causan grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento, a la economía o seguridad nacional. Actualmente esta decisión está entregada al Presidente de la República, pero una vez que entre en vigencia la reforma será materia de procedimiento monitorio, accionado por la o las empresas, la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según corresponda. Esta medida política, que no se ha adoptado nunca, se traspasa ahora a los tribunales; resulta difícil entender los fundamentos de este cambio y proyectar su aplicación.

Una vez que la huelga se ha hecho efectiva, el empleador puede declarar el *lock-out* o cierre temporal de la empresa, el que podrá ser total o parcial (arts. 353 y 354). Consiste en el derecho del empleador 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.

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.

Finalmente, cabe mencionar los efectos de la huelga y el *lock-out* (art. 355). Durante estos eventos, se entenderá suspendido el contrato de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren involucrados. 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. 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.

Esta normativa ha sido recientemente interpretada por la Dirección del Trabajo, en Ord. N° 0441/0007, de 25 de enero de 2017.