



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K. 8820(1783)18

ORD.: 4605 /

**MAT.:** Negociación colectiva. Huelga. Reincorporación de trabajadores.

**ANT.:** 1) Correo electrónico de 10.08.2018 de don Marco Juanillo M., por Sindicato 2 de Servicios Integrados de Salud  
2) Presentación de 03.08.2018 de Sindicato Interempresa Clínica Dávila y Servicios Médicos y Sindicato 2 de Trabajadores de Servicios Integrados de Salud.

**SANTIAGO,**

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)  
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

31 AGO 2018

**A : SRES.  
SINDICATO INTEREMPRESA CLÍNICA DÁVILA Y SERVICIOS MÉDICOS; y  
SINDICATO N° 2 DE TRABAJADORES DE SERVICIOS INTEGRADOS DE  
SALUD.  
marcojuanillo@gmail.com**

Mediante presentación del Ant. 2), se solicita a esta Dirección un pronunciamiento acerca de las funciones que debe desempeñar el trabajador que ha ejercido el derecho a reincorporarse individualmente durante la huelga, conforme al artículo 357 del Código del Trabajo.

Al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

El artículo 357 del Código del Trabajo dispone lo que se transcribe a continuación:

*“Art. 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.”*

Sobre este precepto, el dictamen Ord. N° 63/3 de 04.01.2018, ha sostenido: “(...) los trabajadores que, en el marco de la negociación colectiva reglada, han ejercido el derecho a reintegrarse individualmente, conforme al artículo 357 del Código del Trabajo, se reincorporan a funciones en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador, debiendo entenderse por tal aquella a que refiere el artículo 346 del mismo Código.”

Dicha doctrina, además, precisa que, desde el momento de la reincorporación, los trabajadores dejarán de estar afectos a la negociación colectiva, no quedando sujetos al contrato colectivo que resulte de ella.

En concordancia con la referida jurisprudencia, necesario es agregar que el legislador se ha encargado de establecer expresamente que la reincorporación individual no puede afectar la huelga de los demás trabajadores, de lo que se sigue que al empleador le está vedado disponer del personal reintegrado de manera que resulten mitigados o neutralizados los efectos propios de la huelga.

Ahora bien, en cuanto a las labores que le corresponden al trabajador una vez reincorporado, cabe afirmar que el dependiente deberá desempeñarse en el puesto de trabajo y en las funciones que le pertenecen de acuerdo a su contrato de trabajo.

Esas funciones no serán otras que las habitualmente ejecutadas por el trabajador con anterioridad a la paralización de actividades motivada por la huelga en la que ha participado. El mismo criterio vale aplicar respecto del lugar de prestación de los servicios.

En este punto, útil es precisar que, durante la huelga, la eventualidad de cambios en las condiciones de la prestación de servicios de los trabajadores reincorporados –y, en general, de los no huelguistas- sólo será admitida de manera restringida pues, tanto las modificaciones contractuales por mutuo consentimiento como el ejercicio del *ius variandi* del empleador y las facultades organizativas del artículo 453 letra d) del Código del Trabajo, tienen como límite de fondo el derecho de huelga de los trabajadores que están participando en la negociación colectiva, tal como expresamente lo ha reconocido el legislador en el citado artículo 357.

Respecto de la posibilidad de acordar modificaciones al contrato individual del trabajador reincorporado (conforme a los artículos 5 y 11 del Código del Trabajo) o de ejercer la facultad unilateral (*ius variandi*) comprendida en el artículo 12 del Código del Trabajo, corresponde señalar que son atribuciones que la ley no ha suspendido durante el desarrollo de la huelga, de modo que devienen procedentes respecto de los dependientes ajenos a ésta.

Sin embargo, como ya se dijo, la sustancia de estas modificaciones contractuales se encuentra ineludiblemente limitada por la huelga ejercida por los demás trabajadores que siguen en el proceso de negociación colectiva, coligiéndose así que no puede el empleador, vía alteración unilateral que cambie o agregue funciones, imponer a los trabajadores no huelguistas, vgr., los reincorporados, la ejecución de las labores de los que se mantienen en huelga, así como tampoco podrán -empleador y no huelguistas-, mediante la modificación convenida de funciones, cubrir todo o parte de las tareas de los dependientes en huelga.

Respecto de las medidas organizativas que permite el artículo 403, letra d), inciso 2°, del Código del Trabajo, cabe tener presente que, si bien la empresa está facultada legalmente para modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias destinadas a asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar sus funciones contractuales, tales ajustes debe adoptarlos con las limitaciones que precisamente derivan de la necesaria conciliación entre la libertad de trabajo de los dependientes reincorporados y el derecho a huelga de quienes se mantienen en la negociación colectiva.

En efecto, esta Dirección, mediante Ord. N° 441/7 de 25.01.2017, sobre las facultades otorgadas al empleador en el artículo 403 letra d), inciso 2°, del Código del Trabajo, ha sostenido, en lo que interesa, lo siguiente:

*“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 éste como el cuadro indicador de las horas en que se ejecutan las funciones correspondientes,(...)”*

*“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.”*

*“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’.*

*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.”*

De esta manera, conforme a la normativa vigente, cabe necesariamente reconocer que el empleador, durante la huelga, debe ejercer sus potestades con las restricciones que impone el orden público laboral, aun cuando se trate de la administración del personal que no está participando en la negociación colectiva o que se haya reincorporado en virtud del citado artículo 357.

En este sentido, la aplicación por parte de la empresa de medidas que traigan como resultado minimizar el efecto de la huelga, podrá configurar una conducta ilícita, sancionable judicialmente como práctica desleal del empleador.

La afirmación precedente es reafirmada por el Ord. N° 441/7, ya aludido, el cual, entre otras conclusiones, ha advertido lo siguiente:

*"Si en el caso concreto se pretende que el trabajador que no está en huelga ejerza durante éstas 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."*

Es posible apreciar que un hecho como el anotado conduce al ámbito del reemplazo interno de trabajadores en huelga y al examen de la actual normativa legal sobre la materia. Así, necesario es tener presente que el artículo 345, inciso 2°, del Código del Trabajo prescribe:

*"Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga."*

A su turno, el inciso 4° del mismo artículo, 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."*

Luego, las letras d) y e) del Artículo 403, del Código del Trabajo se encargan de reconocer tipos específicos para este ilícito; a saber:

*"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."*

De las disposiciones preinsertas se obtiene de manera irrefutable que la ley vigente prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga, sea que se realice con trabajadores externos o internos, premisa que esta Dirección ha sostenido en su doctrina sobre las normas de la Ley 20.940 en materia de huelga, entre otros, en Ords. N°s 441/7 de 21.01.2017; 448/6 de 24.01.2018; y 440/5 de 23.01.2018, no debiendo soslayarse que la jurisprudencia judicial, incluso bajo el imperio de la ley antigua, ya se había pronunciado en favor de tal línea argumental, señalando lo siguiente:

*"Por lo demás, la expresión rectora en dicha norma es la voz 'reemplazo', palabra que, en su sentido natural y obvio, significa 'sustituir una cosa o persona por otra, poner en lugar de una cosa o persona, otra que haga sus veces' y, ciertamente, ha sido lo que ocurrió en la situación que se plantea en estos autos, ya que el empleador asignó a otros de sus trabajadores a cumplir con las funciones que desarrollaban los dependientes que optaron por la huelga, es decir, produjo una sustitución."*

“Que al producirse la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, en la medida que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor grado, contraría el derecho a la asociación, garantizado constitucionalmente, desde que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve mermado ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical.” (Fallo Recurso de Unificación de Jurisprudencia, de 29.01.2015, Rol 10.444-2014).

En consecuencia, de acuerdo a los preceptos citados y a las demás consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que la reincorporación individual de los dependientes, durante la huelga, debe ajustarse al tenor de lo sostenido en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente



**ROSAMEL GUTIERREZ RIQUELME**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)**



  
MBP/CLCH  
Distribución:  
Dest  
Jurídico  
Dpto RRLL  
DRT Metrop. P.  
Of. Partes  
Control