

LAS ADECUACIONES NECESARIAS POR PARTE DEL EMPLEADOR EN LA HUELGA

NECESSARY ADEQUACY BY THE EMPLOYER DURING STRIKE

RICARDO MATÍAS BUENDÍA ESTEBAN*

Abogado

RESUMEN: El recientemente introducido concepto de “Adecuaciones Necesarias” en la reforma laboral en curso representa un desafío interpretativo importante. Para obtener una resolución a dicha problemática se analizan los derechos fundamentales en conflicto, tanto de los trabajadores huelguistas, no huelguistas, empleador y público en general. Ello junto con el estudio de la experiencia española en relación con la huelga y la prohibición de sustituir huelguistas. Finalmente, se propone una revisión crítica al proyecto de ley y una propuesta de solución.

PALABRAS CLAVE: Negociación Colectiva, Huelga, Derecho Comparado, Derechos Fundamentales

SUMMARY: The recently introduced concept of "Necessary Adequacy" in the ongoing labor reform represents an important interpretative challenge. In order to obtain a resolution to this problem, the fundamental rights in conflict of both striking workers, non-strikers, employers and the general public are analyzed. All of this together with the study of the Spanish experience in relation to the right to strike and the prohibition of replacing strikers. Finally, a critical revision of the reform and a solution are proposed.

KEY WORDS: Collective bargaining; strike; foreign law; fundamental rights

INTRODUCCIÓN

En el contexto del cúmulo de reformas laborales presentadas por el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se trazó como un objetivo fundamental el terminar con la posibilidad de reemplazar Trabajadores, por parte del Empleador, mientras transcurre la huelga.

En este sentido, lo primero que debemos señalar es que la reforma laboral se hace cargo, fundamentalmente, de prohibir el reemplazo de Trabajadores huelguistas en el contexto de un proceso de negociación colectiva “reglada y forzosa”, la cual se regula en el Libro IV del Código del Trabajo. Esta, como su nombre indica, tiene como característica principal el ser obligatoria para el Empleador.

LA IMPORTANCIA DE REEMPLAZAR HUELGUISTAS PARA EL EMPLEADOR.

Es menester recordar que la posibilidad de reemplazar temporalmente trabajadores con personal externo es, hasta la entrada en vigencia de la ley, una de las principales, sino la más, importante herramienta jurídica con que el Empleador enfrenta una huelga al interior de la empresa. Ello es posible mientras dure la medida de fuerza ejercida por la asociación de Trabajadores, y siempre y cuando se cumplan los estrictos requisitos del actual artículo 381 del Código del Trabajo.

Pese a que hoy en día el reemplazo de Trabajadores huelguistas es posible, esta facultad, en un primer momento, fue mucho más discrecional en favor del Empleador de lo que es hoy. Ello ha sido atenuado luego de las sucesivas reformas laborales que se

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Magister en Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: matiasbuendia@gmail.com

produjeron en democracia¹²³, de manera que hoy en día podemos señalar que el reemplazo de huelguistas es una potestad del Empleador que es de aplicación restrictiva.

En consecuencia, la regla actual sobre reemplazo de huelguistas, contenida en el artículo 381 del Código del Trabajo, es de interpretación restrictiva producto de su simple lectura, estando obligado el Empleador a cumplir con todos y cada uno de los requisitos allí descritos para poder accionar dicha potestad. Así, el Empleador tiene la obligación de, al menos, en su última oferta a la asociación de Trabajadores considerar: idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, una reajustabilidad anual según el índice de precios al consumidor, y un bono de reemplazo equivalente a cuatro unidades de fomento⁴. Lo anterior encuentra complemento en dictámenes de la Dirección del Trabajo.⁵

¹ La posibilidad de reemplazar trabajadores durante la huelga nace del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, bajo el Decreto Ley Número 2.758 de 1.979, denominado: “Establece Normas Sobre Negociación Colectiva”, en el marco del denominado “Plan Laboral”. Con todo, no existía una norma relativa al reemplazo de huelguistas en específico, sino más bien una referencia general al derecho del Empleador de dirigir las faenas, lo que podía incluir la contratación de trabajadores de reemplazo para cumplir con dicho fin.

² Posteriormente, ya en democracia, a través de la Ley 16.069 del año 1.991: “Establece Normas Sobre Organizaciones Sindicales y Negociación Colectiva”, en su artículo 157, se introdujeron restricciones a la posibilidad de reemplazo de trabajadores huelguistas, en el siguiente sentido:

“El Empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva, siempre y cuando la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 148, contemple a lo menos:

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, y

b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluido los doce últimos meses.

Además, en dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del decimoquinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si el Empleador no hiciere una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si la oferta a que se refiere el inciso primero de este artículo fuese hecha por el Empleador después de la oportunidad que allí se señala, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de éstos sea el primero. Con todo, el Empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga, a partir del décimo quinto día de hecha ésta efectiva.

En el caso de no existir el instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero se entenderá materializada si el Empleador ofreciere, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluido los últimos doce meses.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, el Empleador podrá formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos que en él se señalan, según sea el caso.

Si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores de conformidad a lo dispuesto en este artículo, lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del Empleador.

Una vez que el Empleador haya hecho uso de los derechos señalados en este artículo, no podrá retirar las ofertas a que en él se hace referencia.”

³ Posteriormente, el año 2001, mediante la ley 19.759: “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica” se modificó el citado artículo 381 actual del Código del Trabajo en varias secciones.

⁴ Art. 381. Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos:

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, excluidos los doce últimos meses;

c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes

En virtud del mismo artículo 381, en caso de que el Empleador sea negligente en el cumplimiento de dicha norma, pero aún intente reemplazar huelguistas, esto es posible solo a contar del decimoquinto día de iniciada la huelga, teniendo como contrapartida los Trabajadores el derecho de reintegrarse voluntariamente a sus labores.

Este aspecto de la reforma laboral busca modificar el equilibrio existente en el sistema del derecho colectivo del trabajo, específicamente en lo que se refiere a la negociación colectiva y la huelga. Lo anterior se pretende por medio de la supresión del citado artículo 381 del actual Código del Trabajo. Así, este solo acto legislativo implica un notable cambio en la forma en que tanto Empleador como trabajador percibirán sus fuerzas al interior de la empresa, el cual, independiente de varios otros factores a medir, tales como el número de huelguistas en relación con la plantilla total de la empresa, sus cualificaciones, jerarquía, entre otros, pretende desplazar el equilibrio actual, en favor del trabajador.

Con todo, y además del reequilibrio al que hacíamos mención en el párrafo anterior, la reforma busca, al menos nominalmente, prevenir el conflicto colectivo, manifestado normalmente a través de la huelga reglada.

Lo anterior es así puesto que el empleador no podrá reemplazar huelguistas, no pudiendo aminorar por esa vía el efecto de la medida de presión de los trabajadores movilizados, y en consecuencia, tendrá fuertes incentivos para no llegar a una huelga en la que él cuenta con menos opciones de negociación que antes de la reforma. Como contrapartida, los trabajadores deberán evaluar cuidadosamente los medios económicos y de fuerza con que cuentan para afrontar una paralización, cuidando además de no poner en peligro la viabilidad de la empresa como un todo, así como tampoco la de un área en específico de ella. Este peligro en una unidad de la empresa podría también ser provocado por el empleador cuando, por ejemplo, prescinda de un departamento o unidad para externalizar sus servicios, previniendo el riesgo de huelga.⁶

Con todo, la reforma no impactará a todas las empresas y agrupaciones de trabajadores por igual, lo anterior ocurre por las razones expuestas hasta ahora, como también por el tamaño y giro de esta, porque no es lo mismo negociar colectivamente para

iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.

En este caso, el Empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva.

Además, en dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si el Empleador no hiciese una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si la oferta a que se refiere el inciso primero de este artículo fuese hecha por el Empleador después de la oportunidad que allí se señala, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de estos sea el primero. Con todo, el Empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga, a partir del décimo quinto día de hecha ésta efectiva.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero se entenderá materializada si el Empleador ofreciere, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, el Empleador podrá formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos que en él se señalan, según sea el caso, y el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo.

Si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores de conformidad a lo dispuesto en este artículo, lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del Empleador.

Una vez que el Empleador haya hecho uso de los derechos señalados en este artículo, no podrá retirar las ofertas a que en él se hace referencia

⁵ Dictámenes N° 2877/50, de 30 de mayo de 2016 y N°3589/176 de 25 de septiembre de 2001.

⁶ Este efecto indeseado por el legislador en la reforma laboral, creemos que será motivo de debate cuando entre en vigor la nueva ley.

una empresa de informática, cuyos Trabajadores sean probablemente de difícil reemplazo, que para un supermercado, donde conviven diversos tipos de trabajadores, y a un mayor número que el ejemplo precedente.

Por tanto, la reforma debiera tener, al menos en lo que respecta a la prohibición de reemplazar huelguistas en empresas de mediano y gran tamaño, el efecto esperado, especialmente el retail y en lugares con una elevada tasa de sindicalización. No podemos decir lo mismo del resto de las empresas, donde debiéramos esperar la aplicación práctica de estas normas.

¿DE DÓNDE SURGE LA IDEA DE PROHIBIR REEMPLAZAR HUELGUISTAS?

La idea de limitar las facultades del Empleador, suprimiendo el reemplazo de huelguistas, surge de la interpretación de los convenios N° 87 y 98, ambos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dicha necesidad se discutió ampliamente en el foro parlamentario, bajo la idea del deber estatal de proteger la libertad sindical, la cual atañe tanto a Trabajadores como Empleadores. Adicionalmente, dicha protección normativa debía ser efectiva, como asimismo, de alcance negativo (o de no interferencia de terceros ajenos al conflicto, salvo excepciones) como también positivo, es decir, un aseguramiento del ejercicio real de los derechos de ambas partes, lo cual, para efectos del presente artículo, dice relación con la posibilidad real de los trabajadores movilizados de causar una paralización en las actividades productivas del Empleador, con el respectivo menoscabo económico.

Con todo, lo discutido en el parlamento, a propósito de la reforma al actual artículo 381 del Código del Trabajo no debiese ser malinterpretado, en el sentido de que prohibir el reemplazo de huelguistas significa mayor capacidad de los trabajadores para doblegar al o los Empleadores, sino más bien como una herramienta que permita una negociación colectiva con potentes armas de lado y lado, que les permita medir fuerzas y anticipar un conflicto en el que ambas partes, de producirse, normalmente resultan perjudicadas. Mismo criterio debiera aplicarse a la conceptualización de la protección de la libertad sindical positiva, o de ejercicio.

LA REFORMA AL REEMPLAZO DE HUELGUISTAS

A continuación de la extensa discusión parlamentaria, la que incluyó un pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional⁷, hubo acuerdo en varios aspectos relativos a la prohibición de sustituir huelguistas, lo cual, fundamentalmente, quedó plasmado en dos artículos del Código del Trabajo que entrará en vigor, el primero reconociendo el derecho a huelga, y el segundo protegiéndolo por medio de la mentada prohibición de reemplazo, a saber:

“Artículo 345.- Derecho a huelga. La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectiva y pacíficamente por los Trabajadores.

Se prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los Trabajadores en huelga. La infracción de esta prohibición constituye una práctica desleal grave, habilitando a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los Trabajadores reemplazantes de los puestos de trabajo en huelga.

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 las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes del presente Código, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Sentencia Rol N°3016(3026). En dicho fallo, se declara inconstitucional la regla que establecía la afiliación sindical preferente (titularidad sindical), por vulneración de los artículos 19 N° 16 y 19 N° 21, ambos de la Constitución Política de la República.

presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal deberá ordenar al Empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492 del presente Código”⁸.

Adicionalmente, el artículo 403, letra d), del Código del Trabajo, menciona específicamente como una práctica desleal del Empleador, el hecho de reemplazar huelguistas:

“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.

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”⁹.

Por tanto, además de regular el reemplazo de huelguistas, el legislador aprovecha de reconocer en el Código del Trabajo el derecho a huelga, cuestión no explicitada en la Constitución Política de la República, donde la referencia obligada es el artículo 19 N° 16, la cual se limita a indicar que a ciertos funcionarios y trabajadores se les prohíbe ejercer el derecho a huelga. Esta incorporación de una definición de huelga viene a armonizar la legislación en este sentido, la cual ya contaba con una definición por parte de la jurisprudencia.¹⁰

LAS ADECUACIONES NECESARIAS DEL EMPLEADOR

Como vimos, el nuevo articulado del Código del Trabajo, además de reconocer expresamente el derecho a huelga, prohíbe expresamente el reemplazo de trabajadores huelguistas por parte del empleador. Adicionalmente, y según estudiamos, ello se condice con las variadas reformas sufridas por el artículo 381 del Código Laboral durante la democracia, junto con el parecer de los tribunales superiores de justicia en este mismo sentido¹¹.

Con todo, es conveniente precisar que cuando, de acuerdo a la nueva normativa, se habla de prohibición de reemplazo de trabajadores huelguistas, se refiere a la sustitución tanto interna como externa del personal en conflicto. Así, en un primer sentido, el reemplazo externo dice relación con la contratación de mano de obra ajena a la empresa, lo cual necesariamente conlleva un contrato de trabajo. Como contrapartida, el reemplazo interno dice relación con la movilización de trabajadores ya contratados en la empresa, para ocupar el puesto y ejecutar las labores de algún huelguista.

La aclaración anterior es relevante porque, en el actual régimen del artículo 381 del Código Laboral, se discutía más bien sobre la legalidad de reemplazar Trabajadores huelguistas con personal propio (reemplazo interno), porque precisamente el reemplazo con personal ajeno a la empresa (reemplazo externo) se encontraba regulado, aunque huelga decir que de manera restrictiva. En consecuencia, con la mentada reforma, sencillamente la posibilidad de reemplazar trabajadores huelguistas no existe.

⁸CAMARA DE DIPUTADOS, oficio 12.762, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 3514-2014 (Recurso de Unificación de Jurisprudencia)

¹¹ *Ibíd.*, Roles 5673-2006, 1909-2004, 6274-2006, 1909-2004, 4.505-2005 y 6478-2009

Con todo, de la ardua discusión parlamentaria surgió un concepto que ha generado dudas sobre su real aplicación: el de “adecuaciones necesarias por el empleador”. Para ser más precisos, el párrafo pertinente del artículo 403 del Código del Trabajo reza:

“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.”

De este modo, el empleador no podrá reemplazar ni externa, ni internamente Trabajadores, pero la misma norma le permite aminorar las consecuencias de la huelga, aunque solo con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores no huelguistas (principalmente el derecho al trabajo).

De lo aseverado en el párrafo anterior surgen inmediatamente tres preguntas ¿Por qué el legislador no incluyó los intereses de terceros ajenos a la empresa (típicamente usuarios, cuando no se trata de servicios de emergencia)? Y adicionalmente ¿Qué ocurre cuando convergen los intereses del trabajador no huelguista con los del empleador? ¿Se aplicaría la norma en favor de los no huelguistas (y del empleador), en desmedro de la acción de fuerza de los trabajadores? ¿Sería esto último un reemplazo encubierto de huelguistas por parte del empleador?

¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE CONTAR CON ADECUACIONES NECESARIAS DEL EMPLEADOR EN LA LEGISLACIÓN? UN EJERCICIO INTERPRETATIVO DEL JUEZ.

De la revisión de la historia de la ley, podemos acercarnos a entender el significado y la finalidad del concepto:

“(…) en el fondo nos estamos refiriendo a la facultad del empleador de organizar la empresa de acuerdo con sus fines y su libertad, por cierto, respetando siempre la paralización del sindicato y de los trabajadores del sindicato que están en huelga”¹².

Adicionalmente, y sobre la correcta ponderación de los derechos fundamentales en juego, al menos los de libertad de asociación y propiedad del empleo, se mencionó que:

“Tercero, en la letra d) del artículo 405 se admite un margen de acción para que el empleador enfrente la huelga, pero no para aminorar sus efectos, sino exclusivamente para asegurar que los trabajadores no involucrados en ella ejerzan sus funciones. Además, deseamos que cuando una minoría de trabajadores haga una huelga exista capacidad para resolverla en el marco del respeto a los derechos tanto de los trabajadores paralizados cuanto de aquellos que están laborando”¹³.

Y a continuación:

“La adecuación necesaria indefectiblemente debe apuntar a que el trabajador que no está en huelga pueda cumplir su función.

La adecuación necesaria tiene como propósito que ese trabajador que no está en huelga pueda cumplir su labor, y no que el empresario pueda seguir funcionando normalmente cuando se encuentra en un proceso de huelga”¹⁴.

¹² SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Legislatura 363^a, sesión 107^a, jueves 10 de marzo de 2016, (extraordinaria), intervención Senador Ignacio Walker, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248. P. 17

¹³ *Ibidem*. Intervención del Senador Carlos Montes

¹⁴ *Ibidem*. Intervención Senador Pedro Araya.

De acuerdo a la redacción de la norma, la historia de la ley, y los derechos fundamentales en juego, resulta natural pensar que, para la decisión sobre un caso particular respecto a si existe o no reemplazo de trabajadores encubierto por vía de la aplicación de adecuaciones necesarias por parte del empleador, la tarea interpretativa recaerá en el juez, quien tendrá, principalmente, la misión de ponderar derechos en la forma que menciona la ley, en relación con las normas fundamentales estatuidas en la Constitución (que cuentan con mayor jerarquía y que no necesariamente se consideran en el nuevo supuesto legal, como el caso del derecho de propiedad del empleador), todo ello en relación con las recomendaciones de los Órganos de Control de la OIT.

En consecuencia, gran parte de los debates y escritos debieran versar sobre los criterios utilizados por la jurisprudencia (administrativa y judicial) en relación con el tema objeto de esta particular facultad del empleador.

En materia de derechos, por un lado, los trabajadores que se plegaron a la huelga encuentran protección a sus intereses en las interpretaciones de los Órganos de Control de la OIT a los convenios 87 y 98¹⁵, en relación con la aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad (Nash, 2012: 179), todo ello en concordancia con los artículos 19 N°19 y 19 N° 16, de la Constitución Política de la República.

Por otro lado, los trabajadores que no se plegaron a la huelga pueden hacer valer sus intereses con normas de similar nivel a las descritas, pero adicionalmente cuentan con la especial redacción del nuevo artículo 403, que se encarga de regular precisamente la facultad de efectuar adecuaciones necesarias por el empleador en beneficio de dicho grupo de trabajadores.

Adicionalmente, podemos considerar los derechos del empleador, quien podría accionar en favor de su derecho a la propiedad, y al desarrollo de cualquier actividad económica que no sea ilícita, ello según señalan los artículos 19 N° 21 y 19 N° 24 de la Constitución Política. Dichas normas fundamentales se ven complementadas por el reconocimiento de la potestad de dirección y mando del empleador, cual es una manifestación de los mentados derechos, y que tanto el Código del Trabajo como la jurisprudencia y doctrina reconocen (Lizama, 2016: 179)

Finalmente, y como un cuarto grupo de interés, podríamos mencionar a la población en general, la cual vería afectada la provisión de un bien o servicio producto de la medida de fuerza de los trabajadores o del o los empleadores (en este caso, típicamente el *lock out*). De este modo, dicho grupo podría invocar incumplimientos contractuales que incluso puedan lesionar el derecho de propiedad sobre determinado bien o servicio no provisto y sujeto a un contrato.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA EN EL DERECHO COMPARADO.

En este apartado, y con el objeto de responder a la pregunta inicial de este informe, es conveniente hacernos dos preguntas: a) ¿existe reemplazo de trabajadores huelguistas en sistemas comparados? y en caso de no existir, b) ¿son concordantes las adecuaciones necesarias que efectúa el empleador con la prohibición de reemplazar huelguistas?

Si miramos lo construido hasta ahora sobre la materia por la Unión Europea, encontraremos que no existe un modelo o referencia sobre cómo debe normarse la negociación colectiva y la huelga (Martínez Girón y Arufe Varela, 2010: 149), ello porque no existe una directiva de la comunidad en dicho sentido. Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Derecho de negociación y de acción colectiva):

“Artículo 28: Los Trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y

¹⁵ Referidos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, junto con el Comité de Libertad Sindical. Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1959. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones acerca de ciertos países. Informe III (Parte IV), Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, párrafo 68.

prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

Lo anterior encuentra complemento en lo estipulado en el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con su artículo 153, los cuales, respectivamente, señalan:

Artículo 151:

“La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones (...)”.

Artículo 153 N°5:

“Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal (...)”.

Existe entonces una clara remisión a la legislación nacional, habiendo solo un deber de coordinación, el cual no ha encontrado una aplicación práctica extendida.

A mayor abundamiento, de la interpretación de los famosos casos Viking y Laval¹⁶, surge, a nivel Europeo, una ponderación de derechos fundamentales, lo cual no necesariamente, para dichos casos, suponen la imposición de los intereses (y derechos) de los trabajadores (derecho de libertad sindical y huelga) por sobre los del empresariado (derecho de la libre prestación de servicios) (Rodríguez-Piñero, 2009: 525).

Habiendo dicho esto, es necesario examinar legislaciones nacionales comparadas. En el presente informe nos enfocaremos en la experiencia española por su parecido al caso chileno, sin perjuicio del examen de otros sistemas, efectuados en trabajos anteriores¹⁷.

Para el caso ibérico (Baylos, 2010)¹⁸, la huelga se encuentra regulada a nivel constitucional, a través del artículo 28.2 de dicha carta magna, en este sentido:

“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

Desde este punto, y por el mismo mandato constitucional, surge la necesidad de generar una legislación complementaria, cosa que no ocurrió, siendo el Real Decreto 17 del año 1977 “Sobre Relaciones de Trabajo” el que ha debido completar esta ausencia. En este

¹⁶ Algunos autores incluyen el caso Ruffert dentro de este set de casos, por razones del objetivo y la extensión del presente estudio solo me referiré a los dos ya señalados.

¹⁷ El lector podrá encontrar el examen a fondo del caso español, junto con otros, además de la opinión de la OIT sobre el tema en Buendía Esteban, Ricardo, (2016), Reemplazo de Trabajadores en Huelga: análisis normativo nacional y comparado, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁸ Para profundizar, sugiero la lectura de Baylos, Antonio, “Collective Action in Spain” En: En: ALES, Edoardo y Novitz, Tonia (Eds.). (2010). “Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance”, Bélgica, Intersentia.

sentido, el artículo 6.5 de dicho decreto regula el reemplazo de huelguistas, de la forma que sigue:

“En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo.”

De la simple lectura de la norma, vemos como se prohíbe el reemplazo externo, pero no el interno, y en consecuencia, el empleador tendría la capacidad de sustituir huelguistas con personal propio. Destacamos el parecido de nuestro vigente artículo 381, que regula entre otras cosas el reemplazo de huelguistas, aunque en el caso chileno el reemplazo existe, pero de manera residual según vimos.

Con todo, lo anterior no es suficiente para completar un análisis del sistema español, puesto que existen sendos fallos de los tribunales superiores que interpretan lo hasta aquí dicho de una forma extensiva, que incluso modifica lo establecido en el mentado Real Decreto.

En este sentido, destacamos la sentencia 123/1992, emitida por la primera sala del Tribunal Constitucional español. En dicho fallo el tribunal se encarga de estudiar en profundidad la problemática de reemplazar huelguistas con personal interno a la luz de las normas ya citadas.

En un primer momento la sentencia sitúa los diferentes derechos en juego en un mismo nivel, es decir, situando la libertad de empresa y la protección del Trabajador en un piso equivalente¹⁹. Pese a ello, y mientras desarrolla su argumentación, la Corte comienza a situar el derecho a huelga por sobre los derechos del empresariado, ello debido a la posición que dicha norma ocupa en la constitución de España. Así, el párrafo más esclarecedor del conocido fallo resume el planteamiento del tribunal en el siguiente sentido:

“La preeminencia de este derecho [el de huelga] produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario (...).”²⁰

Finalmente, el tribunal señala que la conducta del empresario debe ser juzgada de acuerdo al fin que este persigue al reemplazar huelguistas, y en este caso ello no sería una “(...) medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo (...)”²¹. Atentando, en definitiva contra la lealtad y buena fe, principios transversales en las relaciones laborales.

Las consecuencias de lo anteriormente expuesto son varias, siendo algunas de ellas extrapolables al derecho laboral nacional. Primeramente, los derechos del empleador han quedado “anestesiados” por la acción huelguística de los trabajadores. Ello es así porque recordemos que el fin de la huelga es precisamente tornar anormal la producción, ello como una medida de presión para negociar. Prevalciendo en consecuencia el derecho de los trabajadores.

Entonces, el empleador no tiene derecho a echar mano a la movilidad funcional (vertical u horizontal) de los no huelguistas²², para reemplazar a los huelguistas. Ello mientras tenga como fin desarticular la huelga.

Lo anteriormente dicho encuentra un vínculo común con la discusión sobre las adecuaciones necesarias, mediante la siguiente pregunta: ¿cómo entender la intención del

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Primera. Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre de 1992 (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992), Fundamento Jurídico 1.

²⁰ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 5. Paréntesis agregado por nosotros.

²¹ *Ibidem*.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Primera. Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre de 1992 (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992), Fundamento Jurídico 3.

empleador cuando intenta movilizar personal interno para afrontar una huelga? y adicionalmente, si coinciden los derechos de los no huelguistas y el empresario (por ejemplo, ambos quieren trabajar y están dispuestos a hacer sacrificios para ello) ¿podrían efectuarse adecuaciones necesarias?

Así, tal y como mencionamos en la sección anterior, la tarea de ponderación de la jurisprudencia asoma como un elemento clave para responder estas y otras preguntas.

CONCLUSIONES

Como lo hemos advertido a lo largo del presente documento, de acuerdo a la nueva redacción propuesta, la jurisprudencia administrativa y judicial tendrá la importante tarea de definir el alcance del concepto sobre adecuaciones necesarias del Empleador, intentando responder a las diferentes preguntas que el caso plantea. Lo anterior en un contexto de importantes cambios normativos y disputas laborales con efectos sociales.

Con todo, la tarea anterior encuentra cierta limitación y aclaración normativa en la propia redacción de los artículos reformados, especialmente en los artículos 345 y 403 del que ya podemos llamar “nuevo Código del Trabajo”. Ello es así porque dichas normas reconocen el derecho a huelga, y a continuación intentan aclarar los supuestos donde las adecuaciones que podría efectuar el empleador operan debidamente, aunque de manera insuficiente.

En todo caso, la tarea esclarecedora encuentra un refuerzo en la propia historia de la ley donde, según vimos, se busca adicionar un refuerzo normativo constitucional a la norma del Código, aunque queda en duda que ocurrirá con los derechos fundamentales del empleador cuando colisionen con la imposibilidad de efectuar adecuaciones necesarias que vulneren el nuevo articulado, pero que, de no hacerse lesionarán el derecho a trabajar con los recursos disponibles a los trabajadores no huelguistas.

Asimismo, tenemos la opinión de la jurisprudencia más reciente, la cual, en los actuales fallos, referidos fundamentalmente al artículo 381 del Código del Trabajo actualmente vigente, entrega lineamientos sobre cuál es la correcta forma de interpretar una norma jurídica confusa a este respecto. En este sentido, la jurisprudencia judicial ha sido últimamente clara en señalar que los derechos de los Trabajadores huelguistas deben ser protegidos de manera efectiva, o sea, que la acción de fuerza ha de tener un efecto real²³, ello en una clara señal de restringir al máximo permitido por la norma el reemplazo de huelguistas, de manera que, considerar lo contrario, permitiendo el reemplazo interno de huelguistas, no hace más que restringir la aplicación del mentado derecho fundamental de los trabajadores.

En consecuencia, la facultad del empleador de efectuar adecuaciones necesarias es una invitación al juez para que aplique una interpretación sistemática y finalista de las reglas ya mencionadas, de manera que pueda efectuar una adecuada ponderación de derechos, considerando los principios de proporcionalidad y última ratio.

Asimismo, detectamos un enorme desafío jurídico a largo plazo, o al menos luego de dictados los primeros fallos sobre el particular. Ello porque estos actos sentarán las bases de lo que tanto trabajadores, empleadores y público en general pueden esperar de la aplicación de esta particular facultad del empleador. Para lo anterior será importante también considerar casos de jurisprudencia comparada donde se aborde la problemática de la huelga y la sustitución de trabajadores. Ello no necesariamente significa extrapolar soluciones, sino que extraer principios compartidos, de manera de otorgar unidad y certeza a lo que se falle en el futuro, de manera de sustentar el sistema de reformas laborales.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, roles Rol 5673-2006, 3.514-2014 y 10.444-2014. Adicionalmente, y para examinar jurisprudencia comparada, recomiendo el texto de Zachert, Ulrich, Martínez Girón, Jesús et al. 2008. Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana. España. Netbiblio. P. 5.

BIBLIOGRAFÍA

NASH ROJAS, Claudio (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>

LIZAMA PORTAL, Luis (2016). La Reforma Laboral Explicada y Comentada. Santiago, Ediciones On Demand.

MARTINEZ GIRON, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto (2010). Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. 2º Ed., España. Netbiblo.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (2009). Libre Prestación de Servicios y Derecho Colectivo del Trabajo. En Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Vol. II, número 100/2009.

BAYLOS, Antonio, “Collective Action in Spain” En: En: ALES, EDOARDO y NOVITZ, Tonia (Eds.) (2010). “Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance”, Bélgica, Intersentia.