



Universidad de Valparaíso

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

ESCUELA DE DERECHO

TESINA CARRERA DE DERECHO

**EL REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES EN HUELGA: TAL FACULTAD
DEL EMPLEADOR ¿AFECTA LA EFICACIA DE ESTE DERECHO?**

AUTOR: Sebastián Divin Granada

PROFESOR GUÍA: Camilo Mori Cruz

NOVIEMBRE 2011

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
Resumen.....	4
Introducción.....	5
CAPÍTULO I	
REGULACIÓN ACTUAL DE LA HUELGA Y E HISTORIA DEL REEMPLAZO EN CHILE	
1. Planteamiento.....	7
2. La regulación actual de la huelga en Chile.....	7
2.1 Constitución Política de la República.....	8
2.2 Reglamentación de la huelga en el Código del Trabajo: restricción de su alcance y finalidad, y la denominada “procedimentalización”.....	9
3. Breve historia del reemplazo en Chile.....	12
3.1 Período anterior a 1.932.....	12
3.2 Período 1.932 – 1.973.....	13
3.3 Período 1.979 – 1.990.....	14
3.4 Reformas posteriores al retorno de la Democracia.....	15

CAPÍTULO II

EL REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES EN HUELGA: UN TEMA POLÉMICO

1. El reemplazo de los trabajadores en huelga: definición y requisitos de procedencia.....	16
2. Posturas existentes en torno a su procedencia.....	19
2.1 La postura de los artífices del “Plan Laboral”, economistas y profesionales vinculados a esa área.....	20
2.2 El planteamiento de los estudiosos del Derecho del Trabajo.....	23
3. El reemplazo de los trabajadores en huelga y el problema del contenido de la prohibición.....	27
3.1 La prohibición del reemplazo sólo opera respecto de la sustitución externa.....	28
3.2 La prohibición del reemplazo incluye tanto la sustitución externa interna.....	31
3.3 ¿Qué ha señalado la Dirección del Trabajo?.....	32
3.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	35
4. Reemplazo de los trabajadores en huelga en el Derecho Comparado.....	37
4.1 El contexto latinoamericano.....	38
4.2 El caso español.....	41
Conclusiones.....	44
Bibliografía.....	47

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad abordar la problemática que genera la figura del reemplazo de los trabajadores durante la huelga. Comprende una breve referencia al tratamiento de la huelga en nuestro ordenamiento y una reseña histórica del reemplazo. Trata, asimismo, la discusión suscitada en torno su procedencia y las razones que exponen, por un lado, sus partidarios, para mantenerlo vigente y por otro lado, sus detractores que postulan su eliminación. Abarca, además, la controversia propiciada a raíz de la modificación legal que lo hace procedente, pero cumpliendo ciertos requisitos y en virtud de la cual se discute si se considera como reemplazo solamente a los trabajadores externos o bien, tanto a los trabajadores externos e internos que realicen las labores de los huelguistas. Termina, finalmente, respondiendo a la interrogante planteada llegando a la conclusión de que el reemplazo sí afecta la eficacia del derecho de huelga.

PALABRAS CLAVE

HUELGA – REEMPLAZO EN LA HUELGA – SUSTITUCIÓN EXTERNA – SUSTITUCIÓN INTERNA – ESQUIROLAJE

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda la figura del reemplazo de los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho de huelga. Dicha figura, existente en nuestra legislación a partir del “Plan Laboral” y todavía vigente con algunas modificaciones, constituye uno de los aspectos más conflictivos de la legislación laboral colectiva chilena.

El estudio de esta temática presenta la complejidad de que puede llevarse a cabo desde diferentes puntos de vista, a saber: jurídico, económico, político, sociológico, etc. Centraré mi análisis, principalmente, en el aspecto jurídico, pero tomando en cuenta los factores que, necesariamente, influyen en la elaboración de la legislación.

Desde el punto de vista jurídico, esta facultad que se le reconoce al empleador ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina, principalmente, porque a través de ella, se le resta eficacia al más importante mecanismo de presión con que cuentan los trabajadores para exigir sus demandas: la huelga. Ahora bien, no debe perderse de vista que nuestra normativa en materia de negociación colectiva, fue diseñada con el objetivo de estar en concordancia con el nuevo modelo de corte neoliberal impuesto por el gobierno militar y, en ese sentido, la figura del reemplazo cuadra a la perfección con varios de los principios propuestos en esa época, tales como: el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras generadoras de dificultades para la libre iniciativa privada en materia económica. Sin embargo, a pesar de que hace ya varios años el escenario político en nuestro país ha cambiado y considerando las innumerables críticas aportadas por la doctrina, esta regulación se mantiene en nuestro ordenamiento. Ha sufrido algunas modificaciones, que serán examinadas en las páginas venideras, pero que no son sustanciales.

Por otro lado, los ideólogos del “Plan Laboral” y particularmente profesionales vinculados al área de la economía, continúan planteando la conveniencia de que persista el reemplazo en nuestra normativa. De esta manera, pretendo contrastar los argumentos señalados por estos autores con los otorgados por estudiosos del derecho del trabajo.

Otro aspecto que resulta relevante y que merece ser tratado, tiene lugar a partir de la dictación de la ley 19.069, donde se genera un problema que ha propiciado una interesante discusión por parte de la doctrina. El mencionado texto legal modificó la normativa anterior permitiendo su procedencia en la medida que el empleador cumpla con las exigencias impuestas en la misma ley. El problema que ha causado gran controversia se suscita a partir de la forma como está redactado el precepto, en torno a si comprende toda sustitución de trabajadores, o sea, personal externo e interno de la Empresa, o sólo estaría referido al personal externo. De esta forma, para algunos, la norma se refiere únicamente a los trabajadores externos, mientras que para otros, incluiría además a los operarios de la misma empresa al encomendarle las labores de los huelguistas.

Por último, finalizaré mi trabajo otorgando una respuesta a la interrogante planteada en relación con el derecho de huelga.

CAPÍTULO I

REGULACIÓN ACTUAL DE LA HUELGA E HISTORIA DEL REEMPLAZO EN CHILE

1. Planteamiento.

El problema que constituye mi objeto de estudio tiene lugar respecto de aquella parte del ordenamiento jurídico chileno que se denomina “huelga legal” y que es la que procede dentro de la negociación colectiva reglada. Una vez iniciada la negociación, normalmente entre el sindicato y el empleador, y luego de haber cumplido un sinnúmero de otros requisitos como formalidades, plazos, quórums, etc., cabe preguntarse: ¿es posible que, dentro del espacio de la huelga legal, el empleador pueda reemplazar a los trabajadores huelguistas? La respuesta a esta interrogante nos la entrega el art. 381 del Código del Trabajo, el cual, establece que está prohibido el reemplazo de trabajadores en huelga, a menos que el empleador cumpla con todas las exigencias impuestas por el mismo artículo. De manera que la primera afirmación posible de realizar, es que la regla general está dada por la improcedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas, por consiguiente, sólo a título excepcional, y en la medida que se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo mencionado, por parte del empleador, éste último podrá hacer uso de esa facultad. Ahora bien, esta situación no siempre ha existido de esta forma en nuestro Derecho, por lo que pasaré a examinar brevemente el surgimiento de esta figura y las etapas por las que ha atravesado. Sin embargo, antes de revisar la historia del reemplazo creo pertinente efectuar un análisis breve del panorama actual de la huelga en nuestro ordenamiento, revisando, en primer lugar, lo que acontece en la Constitución Política y luego la reglamentación de ella en el Código del Trabajo.

2. La regulación actual de la huelga en Chile.

Lo primero que corresponde señalar, a propósito de esta materia, es que la huelga en nuestro país presenta características muy peculiares. En Chile, la regulación de la

huelga es considerada por los laboristas como una excepcionalidad, respecto de lo que acontece en el derecho comparado.

2.1 Constitución Política de la República.

El carácter excepcional de la huelga en nuestro sistema se manifiesta, en primer lugar, en la Constitución Política la que, según Caamaño y Ugarte: “hace gala de un calculado silencio: no se atreve explícitamente ni a reconocerle, ni a negarle el rango de un derecho. Una inseguridad, en todo caso, deliberada de sus redactores, y que pone a Chile como estrella solitaria en la materia en el derecho comparado: no existe ningún otro país de la tradición jurídico continental que no recepcione explícitamente en su texto constitucional el derecho de huelga”. (2008: p. 78)

A diferencia del caso chileno, naciones como España, Francia o Italia reconocen el derecho de huelga como un derecho fundamental explícito en sus respectivas constituciones. Lo mismo ocurre en nuestra región donde, prácticamente todos los países reconocen el derecho de huelga como derecho constitucional explícito: Argentina (art. 14), Brasil (art. 9), Colombia (art. 56), Ecuador (art. 35 número 10), Paraguay (art. 98), Perú (art. 55) y Uruguay (art. 57).

Nuestra carta fundamental, según la doctrina nacional, no enuncia explícitamente el derecho a huelga, pero lo reconoce como una garantía constitucional implícita. En efecto, el art. 19 número 16 dispone: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”. No cabe duda que la

huelga corresponde a un derecho constitucional implícito, ya que si la norma constitucional prohíbe un caso específico de huelga, es porque reconoce su existencia como derecho general.

Por otro lado, la doctrina nacional también coincide en que el derecho de huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical, reconocida tanto por el texto constitucional en el art. 19 números 16 y 19, como por los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile, a saber Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio N°87 de la Organización Internacional del Trabajo.

2.2 Reglamentación de la huelga en el Código del Trabajo: restricción de su alcance y finalidad, y la denominada “procedimentalización”.

El carácter excepcional de la huelga en nuestro país no sólo es apreciable a partir de la consideración que ella tiene en nuestra Constitución Política, sino que también de acuerdo a la manera como se encuentra reglamentada en nuestro Código del Trabajo. Así, Caamaño y Ugarte plantean que “El legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la huelga, sometiéndolo a un régimen jurídico que podría catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental”. (2008: p 80) Esto, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, donde se le asigna prioridad a la autonomía colectiva de los actores laborales y se asume un cuidadoso respeto a las acciones de tutela, propias de la libertad sindical como es la huelga.

Uno de los aspectos que corroboran lo expresado anteriormente dice relación a propósito del alcance y finalidad que tiene la huelga en nuestro sistema. En nuestra legislación, la huelga es considerada como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada y sólo se permite su ejercicio en la fase posterior a la negociación directa de las partes, y como una medida de acción directa vinculada única y exclusivamente a la negociación o renegociación de un

contrato colectivo. Carece, así, de otra finalidad y se restringe su alcance al ámbito de la negociación colectiva reglada dentro del momento estipulado por la ley. De esta forma, se diferencia nuestra legislación de lo que acontece en otros sistemas en los que la finalidad de la huelga no se encuentra regulada, o bien si está regulada se le asigna una diversidad de propósitos. Al respecto, Ugarte señala: “El caso chileno, incluso, se aleja del modelo de huelga mayoritario en el Derecho latinoamericano. En estos casos, a pesar de las restricciones legales, los diversos ordenamientos le reconocen a la huelga una pluralidad de objetivos o finalidades legítimas tales como reivindicaciones salariales, de solidaridad, de cumplimiento de contratos colectivos, etcétera”. (2008: p. 141)

En estrecha relación con lo señalado anteriormente, resulta pertinente apuntar lo que ha planteado el Comité de Libertad Sindical¹ al respecto: “El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros”². Agrega más adelante el Comité: “Una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen”³.

El otro aspecto que corrobora lo ya mencionado, está vinculado a la denominada “procedimentalización”. Ahora, ¿Por qué se utiliza esta expresión?

¹ El Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT, cuya misión es conocer, tramitar y resolver las cuestiones concretas planteadas en queja, para determinar si se ajusta o no a los principios de la libertad sindical contenidos especialmente en los convenios N°87 y 98 de la OIT.

² Párrafo 531 de La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

³ Párrafo 534 de La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

Este concepto fue acuñado debido a que el legislador del “Plan Laboral” estableció un procedimiento con bastantes detalles, estableciendo como se ejerce, determinando las formalidades, la oportunidad y los plazos de la huelga. Básicamente, la regulación legal chilena considera las siguientes reglas de procedimiento:

- a. Oportunidad: los trabajadores deben decidir la huelga dentro de los últimos cinco días de vigencia del contrato colectivo o, en su defecto, dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco desde la presentación del proyecto. Siempre que la negociación no esté sometida a un arbitraje voluntario u obligatorio.
- b. Declaración: la votación debe efectuarse ante un ministro de fe en forma personal y secreta. La ley regula, además, cómo deben imprimirse los votos señalando el art. 372 del Código del Trabajo que deben consignar la expresión “huelga” o “última oferta del empleador”.
- c. Quórum de aprobación: la huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en ella.
- d. Plazo para implementar la huelga: la ley señala que los trabajadores deben hacer efectiva la huelga dentro de tres días de votada, ni antes ni después, pudiendo prorrogarse el plazo por acuerdo de las partes.
- e. Buenos oficios: cualquiera de las partes dentro de las cuarenta y ocho horas de acordada la huelga puede solicitar los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, el que es obligatorio para la empresa o los trabajadores involucrados. Mientras duran los buenos oficios, plazo que no puede exceder de cinco días hábiles, la huelga se entiende suspendida.

Si dentro de una negociación reglada se ejecuta una huelga que no reúne alguno de los rigurosos requisitos estatuidos por el Código del Trabajo, es una

huelga ilegal para nuestro legislador y sus consecuencias son variadas. En definitiva, es por todo lo señalado anteriormente que se ha acuñado el concepto de “procedimentalización” con un evidente sentido crítico por parte de la doctrina laboral chilena. Y esta crítica adquiere mayor importancia cuando es el propio Comité de Libertad Sindical el que ha señalado que las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales⁴. De esta forma, creo conveniente la afirmación de Alfredo Valdés quien señala: “es evidente que el legislador tuvo temor de que las huelgas volvieran a convertirse en uno de los más graves problemas de las relaciones colectivas de trabajo. De ahí que tomara tantos resguardos para evitarlas y colocarle tantas cortapisas” (1997: p. 295).

3. Breve historia del reemplazo en Chile.

El análisis histórico de esta figura legal resulta pertinente llevarlo a cabo de la mano con el derecho de huelga, de manera que pasará a examinar las diversas etapas por las que ha transitado la huelga en nuestra legislación y cuando aparece el reemplazo dentro ella. Básicamente, estas etapas son las siguientes: el período anterior a 1.932, desde 1.932 hasta 1.973, desde 1.979 hasta 1.990 y las reformas posteriores al retorno de la democracia.

3.1 Período anterior a 1.932.

Hasta 1.917, las huelgas que se venían produciendo desde fines del siglo XIX eran consideradas únicamente como hechos policiales y, por lo tanto, reprimidas. El 14 de diciembre de ese año el gobierno dictó un decreto que contemplaba los mecanismos de conciliación y arbitraje para resolver los conflictos

⁴ Párrafo 547 de La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

del trabajo. A pesar de que el citado decreto tendió a reconocer el problema de las relaciones laborales y las huelgas como una manifestación de éste, no se puede decir que se fortaleciera la posición negociadora de los trabajadores, ya que no se estipuló un marco jurídico que regulara adecuadamente el comportamiento de las partes involucradas en la disputa colectiva del trabajo.

3.2 Período 1.932 – 1:973.

La primera regulación global de la huelga se estableció en el Código del Trabajo de 1.931, vigente a partir del año 1.932, en el título II del Libro IV denominado “De los Conflictos Colectivos”. Ahí se reconocía el derecho a huelga que tenían los trabajadores una vez agotado el procedimiento de conciliación contemplado para la resolución de los conflictos colectivos, y se reglamentaba tal acción. A la huelga se le asignaba un carácter indefinido y se estipulaba la imposibilidad de reemplazar a los huelguistas. Además, la ley no contemplaba la posibilidad de que los trabajadores pudieran abandonar la huelga y negociar individualmente con el fin de reincorporarse al trabajo. Por otra parte, un elemento relacionado indirectamente con la efectividad de la huelga era la factibilidad de que el empleador descontara por planilla las cuotas de los trabajadores afiliados al sindicato, bastando para ello la petición del directorio de la organización de los trabajadores. Con esto se podría esperar una posición financiera sindical relativamente sólida en la eventualidad de una huelga.

La legislación pertinente vigente desde 1.932 permaneció sin modificaciones de importancia hasta 1.973, año en que se suspende su vigencia. Cuando se inicia el Régimen Militar y durante el período de tiempo que media entre el año 1.973 y 1.979, se produce una importante alteración de la normativa vigente hasta ese momento y, particularmente, a propósito del conflicto colectivo, se dispuso un receso de todos los órganos negociadores existentes hasta la fecha.

3.3 Período 1.979 – 1.990.

A partir del año 1.979 comienza a regir el Decreto Ley 2.758 inspirado en el “Plan Laboral” y elaborado por el Gobierno Militar. Como lo afirma Irene Rojas: “El modelo normativo de relaciones laborales que el Régimen Militar impuso hacia fines de la década del setenta, se inserta en un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país, proceso que denominó “modernizaciones”, y que incorporó además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras” (2007: p. 201). En el plano laboral existen modificaciones sustanciales, tanto en materia individual como colectiva. El Derecho Colectivo, según Caamaño: “se rigidizó al máximo limitando el poder de la organización laboral, ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales. Para ello se reguló con gran detalle cada una de las instituciones jurídico laborales, estableciendo, además, limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga” (2008: p. 26). Así, es posible señalar como características de esta normativa, en materia de huelga, las siguientes:

- a. Se estableció un límite máximo de 60 días de duración para la huelga;
- b. Se permitió el reemplazo de los huelguistas;
- c. Se contempló la posibilidad de que los trabajadores en huelga pudieran abandonar el movimiento e incorporarse a las faenas, mediante la firma de un contrato individual de trabajo una vez transcurridos, por lo menos, treinta días de iniciada la huelga, y
- d. Además, en relación al descuento por planilla de las cuotas de aporte al sindicato, se estableció como requisito para esto que la mayoría absoluta de los socios aprobara tal medida.

3.4 Reformas posteriores al retorno de la Democracia.

La regulación establecida por el Régimen Militar ha sido modificada por los gobiernos de la Concertación, en especial, a través de la Ley N° 19.069 de 1.990 y la Ley N° 19.759 de 2.001.

En relación con la huelga, la primera de estas leyes dispuso lo siguiente:

- a. En cuanto a su duración, no se establece un límite máximo;
- b. El empleador mantiene la posibilidad de contratar reemplazantes, pero para ello debe cumplir ciertos requisitos. Podrá hacerlo a contar del primer día de la huelga, si la última oferta del empleador contiene idénticas condiciones a las incluidas en el contrato, convenio o fallo arbitral previo, reajustadas por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) entre el último reajuste y el término de vigencia del respectivo instrumento colectivo. Además, se exige que la última propuesta del empleador establezca una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato excluidos los doce últimos meses. El cumplimiento de estos requisitos también permite el reintegro individual de los trabajadores en huelga a partir del decimoquinto día de haberse hecho efectivo el paro. En el caso de que la última oferta del empleador no cumpla con los requisitos mencionados, el reemplazo de los huelguistas sólo se podrá realizar a partir del decimoquinto día de hecha efectiva la huelga, y el reintegro individual se podrá llevar a cabo sólo a partir del trigésimo día de paro. También se establece que en el caso en que la oferta del empleador satisfaga las condiciones antes mencionadas y se realice una vez que ya se ha hecho efectiva a huelga, los empleados podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del decimoquinto día de materializada tal oferta, o al trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera sea primero, y el empleador podrá contratar reemplazantes temporales a partir del decimoquinto día de la huelga, y

- c. Respecto al financiamiento sindical, se establece la norma que faculta al empleador a efectuar el descuento por planilla de las cuotas de aporte a la o las organizaciones sindicales beneficiarias. Para ello, se requiere el simple requerimiento del presidente o tesorero de la organización sindical correspondiente, o bien autorización por escrito de parte del trabajador afiliado.

De los aspectos analizados recientemente: reemplazo y reintegro de los trabajadores en huelga, duración de la misma y financiamiento sindical, cabe señalar que la Ley N° 19.759 sólo introduce modificaciones en el primero de ellos, es decir, en el reemplazo, mientras que todo lo demás se mantiene igual. La norma es objeto de una nueva redacción, en la que se enfatiza sobre la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga. Se establece así, como regla general, que el empleador estará impedido de reemplazar a los huelguistas, salvo que cumpla con ciertos requisitos exigidos por la misma norma. De manera que esta facultad del empleador sería una situación excepcional. Por otro lado, se agrega una exigencia adicional para hacer procedente el reemplazo: el pago de un bono de reemplazo por cada trabajador contratado como reemplazante.

Algunos autores han criticado esta reforma, puesto que no consideran suficientes las modificaciones introducidas a través de ella, señalando que se traduce sólo en un aumento para el empleador de los costos económicos asociado al reemplazo de trabajadores en huelga.

CAPÍTULO II

EL REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES EN HUELGA: UN TEMA POLÉMICO.

- 1. El reemplazo de los trabajadores en huelga: definición y requisitos de procedencia.**

Ya se ha analizado, a grandes rasgos, la regulación de la huelga tanto a nivel constitucional como a nivel legal y también la evolución histórica del reemplazo, por lo tanto ahora corresponde abocarse particularmente al estudio de esta figura. Ahora bien, antes de entrar de lleno en su revisión, es preciso situarla, es decir, verificar el contexto en el que tiene lugar.

Para que el empleador utilice la facultad de reemplazar a los trabajadores se requiere, en primer lugar, que se verifique la huelga dentro del marco de una negociación colectiva reglada y luego de haber cumplido con los requisitos de formalidades, quórum y plazos que exige la ley. Ejecutada legalmente la huelga se producen los siguientes efectos: suspensión de los contratos individuales de trabajo, posibilidad de celebrar contratos temporales, posibilidad de contratación de esquiroleros o reemplazantes y facultad de recurrir al cierre patronal. De aquellos efectos, sólo centraré mi estudio en el reemplazo.

El denominado reemplazo en la huelga consiste en la facultad que tiene el empleador para sustituir a los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho a huelga. Esta figura tiene su reconocimiento en nuestro Código del Trabajo en el artículo 381, el cual, por regla general prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga, a menos que el empleador cumpla con las exigencias que impone el mismo precepto. Dicho precepto, en su inciso primero, prescribe lo siguiente: “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 iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado”.

En los incisos posteriores de esta norma, que además regula el reintegro, se contemplan diversas hipótesis que dicen relación, principalmente, con la oportunidad y forma en que se plantea la oferta del empleador. De manera que, en la actualidad, la ley permite a los empleadores contratar reemplazantes en caso de huelga legal, variando el momento según las características de su última oferta. En consecuencia, a partir de la norma legal citada y lo recién expresado, es posible distinguir cuatro situaciones:

- a. Si existe contrato, convenio o fallo arbitral vigente, el empleador podrá contratar trabajadores reemplazantes a partir del primer día de haberse hecho efectiva la huelga, siempre que la última oferta, formulada en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del art. 372, contemple a lo menos: 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; una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses, y 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 iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.
- b. Existiendo contrato, convenio o fallo arbitral vigente y si la última oferta no cumple con los requisitos señalados en las letras a) y b) establecidos en el inciso primero del art. 381 y además no fuere formulada en la oportunidad allí indicada, el empleador podrá contratar trabajadores reemplazantes desde el décimo quinto día de ejecutada

la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del art. ya mencionado.

- c. Existiendo contrato, convenio o fallo arbitral vigente y si la última oferta cumple con los requisitos contemplados en las letras a), b) y c) de la norma citada, pero no es oportuna, el empleador podrá contratar trabajadores reemplazantes también desde el décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.
- d. Por último, si no existe instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero de la disposición mencionada 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 periodo del contrato, excluidos los últimos doce meses. En este último caso, ¿debe ofrecerse el bono de reemplazo? El legislador no lo contempló, sin embargo la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. N° 1303/64 de 26 de Marzo del año 2.004 establece que sí debe ofrecerse el bono de reemplazo.

2. Posturas existentes en torno a su procedencia.

El esquirolaje o la posibilidad de contratar trabajadores reemplazantes durante la huelga, constituye, sin duda, uno de los temas más conflictivos de la legislación laboral imperante. El debate en torno a esta facultad que detenta el empleador ha sido arduo, existiendo básicamente, dos posturas relevantes frente al tema: una que plantea su mantenimiento en nuestro ordenamiento, la cual, es principalmente defendida por los artífices del “Plan Laboral”, economistas y profesionales vinculados a esa área. Y otra, que postula derechamente su eliminación, postura que defiende casi la unanimidad de los estudiosos del Derecho del Trabajo. Así, entonces, en esta parte del trabajo, examinaré los argumentos otorgados, por los partidarios de ambas posturas.

2.1 La postura de los artífices del “Plan Laboral”, economistas y profesionales vinculados a esa área.

La facultad del empleador de contratar trabajadores reemplazantes o esquiroles tiene su origen en el “Plan Laboral”. A través del “Plan Laboral”, se pretendía dotar al país de una legislación moderna, que propendiera a la integración de empleadores y trabajadores en pos del desarrollo armónico de las relaciones laborales.

Esta labor legislativa fue encargada a un grupo de economistas que, encabezados por José Piñera, efectuaron la tarea de innovar profundamente las relaciones colectivas de trabajo. Dentro de las numerosas innovaciones introducidas a nuestra normativa, se incluye, también, una manera distinta de concebir la negociación colectiva. Y es que, en esta materia, Piñera quiso marcar una notable diferencia respecto a cómo era entendida anteriormente esta institución, pretendiendo negar el conflicto colectivo en las relaciones laborales, al cual acusaba como propio de doctrinas marxistas. Así, en su texto *La Revolución Laboral*, expresa lo siguiente: “La idea básica fue sacar a este proceso de la arena de conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente –con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases- y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo. La negociación colectiva en definitiva no es más que un medio a través del cual un grupo de trabajadores negocia sus remuneraciones con un empleador, sobre la base del valor que tienen sus aportes a la empresa”. (1990: p. 49)

Evidentemente, no sólo la negociación colectiva sería concebida de una forma distinta, también la huelga, respecto de la cual, el mismo autor señalaría lo siguiente: “La huelga ya no es un arma para imponer nuevas reglas del juego, deja de ser ese terrible instrumento de presión a través del cual los trabajadores fuerzan un mejoramiento artificial de remuneraciones –generando de paso daños a la comunidad y conmoción política y social- y pasa a ser lo que toda huelga debe ser:

un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad.” (1990: p. 51)

Dentro de los atributos de la huelga, el ex ministro del trabajo, incluye la posibilidad de contratar reemplazantes y lo explica de la siguiente forma: “Si al empleador le ha sido difícil conseguir reemplazantes de los huelguistas, tendrá una señal inequívoca de que ha estado ofreciendo poco a sus trabajadores durante la negociación. Si en cambio le fue fácil reclutar gente de calidad y costo similar, los trabajadores debieran comenzar a preocuparse porque podría significar que están desubicados.” (1990: p. 51 y 52)

De manera que, bajo este nuevo modelo de negociación, la figura del reemplazo resulta absolutamente coherente. Ahora, desde su aparición en nuestro ordenamiento, ha sido blanco de un sinnúmero de críticas por parte de la doctrina laboral, lo que llevó a que se practicaran modificaciones, las cuales, ya fueron analizadas en el primer capítulo de este trabajo. Sin embargo, en las diversas discusiones que se han generado al respecto, siempre se ha planteado su eliminación, lo que no ha prosperado y, en definitiva, hoy en día tenemos un sistema donde el empleador puede recurrir a esta facultad cumpliendo con los requisitos que exige la ley.

Los argumentos que han otorgado los partidarios de mantener la figura del reemplazo vigente en nuestro sistema son los siguientes:

- De negarse el reemplazo, se estaría atentando contra la propiedad privada. En efecto, se estaría negando a su dueño la posibilidad de hacer uso de un bien, afectando así uno de los elementos del derecho de propiedad. (Libertad y Desarrollo: 2008, p. 1)
- Según Libertad y Desarrollo: “La función que cumple el reemplazo en la determinación de salarios de acuerdo a la productividad es que permite internalizar los salarios de mercado de una manera equilibrada, ya que la empresa puede testear la calidad de su oferta salarial. Si es baja, no encontrará trabajadores que puedan realizar el trabajo con una relación precio

productividad comparable a la de los huelguistas, mientras que si los encuentra, quedará de manifiesto que la demanda de los trabajadores excedía a su productividad” (2008: p. 1). De manera que, de eliminar el reemplazo, se le estaría otorgando a los trabajadores un poder para obtener remuneraciones por sobre su productividad.

- A su vez, la existencia de salarios superiores a lo que refleje la productividad en el trabajo, generaría los siguientes efectos en la empresa:
 - Como debe competir con otros productores, no puede subir sus costos de producción o tendrá que salir del mercado, en cuyo caso, la solución para volver al salario de equilibrio es el despido de algunos trabajadores.
 - Por lo tanto, el mayor costo de estos trabajadores se tenderá a compensar con una remuneración inferior para el resto de los trabajadores de la empresa.
 - Luego, de esos otros trabajadores, los más productivos se irán a otra empresa donde reciban mayor sueldo.
 - La empresa va perdiendo su productividad y la capacidad para llevar a una remuneración más alta no es extensible a las futuras negociaciones sino más bien es un efecto por una vez. De ahí que las estadísticas enseñan que, en la práctica, en el largo plazo, este tipo de legislaciones no lleva a que en el tiempo el crecimiento real de las remuneraciones aumente, sino al revés.
 - Junto a este efecto en una empresa, al repetirse en todas ellas, el país va perdiendo competitividad y va comprometiendo su capacidad de crecimiento y su posibilidad de aumentar el empleo, en desmedro de los incrementos salariales y de empleo futuros.
- Finalmente, Walter Riesco, ex presidente de la confederación de la producción y el comercio, señala: “La eliminación de la facultad de contratar personal de reemplazo durante la huelga, posibilidad que en la práctica es poco ejercida pero que constituye un efectivo instrumento de valoración de los trabajadores y una herramienta de mantención de la empresa, sólo contribuye a fortalecer la huelga, y no a evitarla. Así, el empleador queda privado de un contrapeso a la huelga, y

en la indefensión frente a la paralización indefinida de sus trabajadores, que además están protegidos por el fuero. En consecuencia se pierde, en vez de darse el equilibrio de las partes” (1997: p. 581).

2.2 El planteamiento de los estudiosos del Derecho del Trabajo.

Ya se ha señalado que, para el grupo de economistas liderados por José Piñera, artífices del “Plan Laboral”, el reemplazo de los trabajadores en huelga representa una figura que cuadra a la perfección con el modelo de negociación desarrollado por ellos mismos. Se ha señalado, también, que el esquirolaje ha sido objeto de una gran cantidad de críticas por parte de la doctrina laboral, quienes, de manera casi unánime plantean su eliminación. No se ha podido conseguir tal objetivo, sin embargo con el correr del tiempo y a través de algunas reformas, se ha logrado que esta facultad del empleador sea más difícil de aplicar. También se han enumerado los argumentos otorgados para justificar la existencia de esta norma. De manera que lo que corresponde ahora es examinar cuáles son las críticas formuladas por los estudiosos del Derecho del Trabajo.

Los autores postulan la eliminación del reemplazo, porque debilita el principal instrumento de poder de los trabajadores: la huelga. Al permitir que las actividades de los trabajadores en huelga sean realizadas por terceros, el efecto de presión de la huelga se diluye o al menos se reduce. Lo anterior es particularmente relevante, puesto que, a diferencia, de los redactores del “Plan Laboral”, la doctrina sí concibe a la huelga como un mecanismo que tienen los trabajadores para equiparar su poder negociador con el empleador y lograr que, en definitiva, sus propuestas sean aceptadas. Al respecto, Sergio Gamonal señala: “no basta que los trabajadores puedan agruparse y formar sindicatos, sino que deben poder equiparar el poder del empleador, para lo cual la concertación colectiva es de vital importancia, y la autotutela colectiva, especialmente la huelga, un elemento esencial”. Agrega: “Si los trabajadores no cuentan con un instrumento de poder,

como la huelga, difícilmente podrán negociar con igualdad sus condiciones de trabajo”. (2002: p. 411)

Es entendible, entonces, que los autores reaccionen frente a esta figura que, por lo demás, se encuentra prohibida prácticamente en todos los países de América Latina. Así, Caamaño y Ugarte señalan: “La explicación de la amplia recepción en el Derecho Comparado de la prohibición de la contratación de reemplazantes es bastante evidente: lesiona gravemente el contenido esencial del derecho de huelga, vaciándolo en la práctica de la más mínima eficacia, haciéndolo simplemente irreconocible”. Agregan, a propósito de la huelga: “ejercida la facultad de reemplazo por parte del empleador, ese derecho se hace lisa y llanamente irreconocible, privándolo de sus efectos propios frente a la empresa, quien mantiene la total normalidad productiva”. (2008: p. 93) En consecuencia, a través del reemplazo, se le quitaría el contenido esencial al derecho de huelga, puesto que no se estaría cumpliendo, en definitiva, el objetivo de ella: servir de instrumento de presión para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.

Otro aspecto criticado por la doctrina y que ratifica que el sistema chileno deliberadamente ha querido otorgar mayor poder al empleador, queda demostrado al constatar que nuestro sistema escapa a la lógica aplicada en la gran mayoría de los países en los que impera la economía de mercado y en los cuales la huelga se encuentra claramente regulada, como ocurre en nuestro país. Lo normal es que en aquellos países no existan los reemplazantes e intentar mantenerlos significa destruir el principio de la paridad de los medios entre los actores sociales y producir un cuadro de desequilibrio social. Resulta importante, entonces el comentario de Rolando Calderón: “en los países donde existe el mecanismo del reemplazo, este va asociado a la no delimitación de la oportunidad de realización de la huelga; vale decir, en tales sistemas la huelga puede ser declarada fuera de los procesos de negociación colectiva –motivos políticos, de solidaridad, interpretación del convenio, etcétera- y en cualquier momento. En estos casos, se trata de proteger al empleador frente a un hecho imprevisto. En cambio en Chile, la huelga es un evento

previsible, ella sólo es posible en el marco de un proceso de negociación colectiva cada dos años, bastante reglamentado en cuanto a sus formalidades y plazos". (1997: p. 540)

Por otro lado, respecto del tradicional argumento esgrimido por los defensores del reemplazo, consistente en que la eventual derogación de esta facultad sería inconstitucional por atentar contra el derecho de propiedad, me parece conveniente examinar la respuesta otorgada por Sergio Gamonal. De conformidad a lo expresado por este autor en su texto Derecho Colectivo del Trabajo, aunque el derecho de propiedad es una garantía constitucional su alcance debe armonizarse con otras garantías tales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho de asociación, etc. En ese contexto, por mucho que un empleador sea dueño de su empresa si dentro de la misma ocupa en forma permanente o esporádica a trabajadores, o sea a otras personas, debe adoptar las medidas de seguridad y de medio ambiente de trabajo necesarias para resguardar la vida y salud de sus operarios. En el mismo sentido, si estos trabajadores desean asociarse y constituir un sindicato en dicha empresa, el empleador no puede negarse basado en su derecho de propiedad. Del mismo modo, con su empresa el empleador no puede dañar derechos de terceros, por mucho que sea dueño de la misma. De manera que, no obstante la gran importancia del derecho de propiedad, éste no es un derecho absoluto y debe aplicarse en forma armónica con las demás garantías constitucionales, incluida la libertad sindical. Por otro lado, la propia legislación reconoce los límites del derecho de propiedad del empleador, cuando peligran bienes jurídicos de mayor valor. En efecto, el artículo 28 del decreto con fuerza de ley N°2 de 1.967, permite a la Dirección del Trabajo decretar la suspensión inmediata de las labores cuando constituyan un peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores.

Además, las relaciones laborales deben considerarse desde la perspectiva especial que las caracteriza. Entre empleador y trabajador hay una relación de poder, donde el primero puede imponer sus términos en la relación de trabajo. Este

poder es reconocido por nuestra legislación laboral, por ejemplo en la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa que se le confiere al empleador, de dictar el Reglamento Interno de la misma y del ejercicio del ius variandi tanto transitorio como permanente. Como el trabajador ha firmado un contrato, una disposición legal que permite a una de las partes “alterar la naturaleza de los servicios” pareciera que atenta claramente en contra del derecho de propiedad del trabajador. Sin embargo, esto no es así, dadas las particularidades de la relación de trabajo que legitiman el poder empresarial dentro de la organización empresaria y, especialmente la facultad del ius variandi. En esa misma lógica, el único medio de poder reconocido a los trabajadores por la legislación es la huelga, que les permite equilibrar su posición negociadora a fin de poder contratar de igual a igual con el empleador. Si la supresión de la contratación de reemplazantes es una medida inconstitucional por violentar el derecho de propiedad, también debiera postularse la inconstitucionalidad de los poderes de gestión que el Código del Trabajo reconoce al empleador y que le permiten alterar la “ley del contrato” en perjuicio del trabajador. (Gamonal, 2002: pp. 446, 447 y 448)

Respecto de otro de los argumentos planteados por los defensores del reemplazo, particularmente el señalado por Walter Riesco, en torno a que el reemplazo constituye un contrapeso a la huelga, de manera que, de eliminarse esta facultad, el empleador quedaría en la indefensión y se perdería el equilibrio entre las partes, me parece conveniente recordar que en el Derecho del Trabajo imperan ciertos principios, uno de los cuales es el principio protector. Dicho principio, consiste básicamente, en que debe darse protección a la parte más débil de la relación de trabajo, esto es, al trabajador. Su importancia es tal que constituye el principio rector del Derecho del Trabajo, confiriéndole a esta rama jurídica su carácter peculiar como derecho tutelar de los trabajadores. De manera que, aún cuando se eliminara el reemplazo, el empleador seguirá manteniendo otros instrumentos de presión como el lock-out y la oferta de reintegro, existentes en nuestra legislación.

Finalmente, otro argumento que permite afirmar lo perjudicial que puede llegar a ser el reemplazo, consiste en que, normalmente será posible que esta figura tenga lugar tratándose de personal de baja calificación, personal menos preparado, ya que mientras más especializado y capacitado se encuentren los trabajadores, será más difícil encontrar quien los sustituya. En ese sentido cobra importancia lo planteado por Sergio Gamonal: “la contratación de esquiroles afecta a los trabajadores de más baja calificación, a los más débiles” (2002: p. 445)

3. El reemplazo de los trabajadores en huelga y el problema del contenido de la prohibición.

Se ha señalado que las etapas por las cuales transita la figura del reemplazo durante la huelga son: su primera regulación en el “Plan Laboral”, una modificación a través de la ley 19.069 y una segunda modificación por parte de la ley 19.759. En la normativa del “Plan Laboral” se permitía, derechamente, la contratación de reemplazantes a partir del primer día de la huelga. Con la primera modificación, esto es, mediante la ley 19.069, se establece la posibilidad de contratar reemplazantes, pero siempre que el empleador cumpla con los requisitos exigidos por la norma: que la última oferta del empleador contemple idénticas condiciones a las incluidas en el contrato, convenio o fallo arbitral previo, reajustadas por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) entre el último reajuste y el término de vigencia del respectivo instrumento colectivo. Exigiéndose, además, que la última propuesta del empleador establezca una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) para el período del contrato excluidos los doce últimos meses. Se restringió, entonces, esta posibilidad del empleador. Ahora bien, esta restricción generó que se suscitara un problema, puesto que si bien, existía claridad en torno a que la restricción operaba en relación a los trabajadores externos a la empresa, la discusión se presentó respecto de los demás trabajadores de la empresa que no estaban inmersos en la huelga, en cuanto a si podían sustituir a sus compañeros de trabajo. Lo anterior lleva a formular la distinción entre sustitución externa y sustitución interna, entendiéndose por la

primera, aquella que tiene lugar cuando el empleador contrata a trabajadores externos para desempeñar las labores de los que se encuentran ejerciendo el derecho de huelga, mientras que sustitución interna es la que opera cuando el empleador encomienda a trabajadores de la misma empresa, las labores de los huelguistas.

Con la modificación de la ley 19.759, la norma fue objeto de una nueva redacción, en la que se enfatizó sobre la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga. Sin embargo, más adelante, la norma lo hace procedente bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Y sólo se agrega una exigencia adicional, en comparación con la ley anterior: la propuesta de un bono de reemplazo por cada trabajador contratado como reemplazante. A través de esta reforma legal se esperaba que pudiera resolverse el problema generado a partir de la primera modificación y de hecho, la nueva formulación de la norma como prohibición parecía ir en ese sentido, sin embargo el problema se complicó aún más. La razón de ello la encontramos en el nuevo requisito, el bono de reemplazo, donde se utiliza la expresión “por cada trabajador contratado como reemplazante” y no “por cada trabajador que acuda como reemplazante”, como señala Irene Rojas. (2003: p. 73)

El problema, entonces, continúa generando discusión por parte de los autores, por lo que, en esta parte del trabajo expondré los principales argumentos de aquellos que sostienen que la prohibición del reemplazo sólo tiene lugar tratándose de la sustitución externa y los que plantean, por otro lado, que la prohibición incluye tanto la sustitución externa como la interna. Para el análisis de la primera postura, tomaré en cuenta la argumentación de Alfredo Sierra, mientras que para el desarrollo de la otra posición consideraré los argumentos de Irene Rojas.

3.1 La prohibición del reemplazo sólo opera respecto de la sustitución externa.

Alfredo Sierra en su artículo Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga analiza la evolución que ha experimentado la jurisprudencia al pronunciarse sobre la sustitución interna de los huelguistas. En ese mismo artículo, el autor

expresa su opinión, la cual, coincide con el nuevo criterio que está adoptando la Corte Suprema sobre la materia y que consiste en que la prohibición del reemplazo sólo opera respecto de la sustitución externa. Los argumentos⁵ del autor para justificar su postura son, básicamente, los siguientes:

- a. En primer lugar, el reemplazo al que alude la disposición del art. 381 implica necesariamente la celebración de un nuevo contrato. El autor concluye lo anterior debido a que la norma, al enumerar los requisitos para hacer procedente el reemplazo, cuando se refiere a la exigencia del bono de reemplazo, este debe ser pagado a cada trabajador “contratado como reemplazante”. De esta forma, el reemplazo debe involucrar a personal ajeno a la empresa, resultando factible que trabajadores no huelguistas desempeñen las funciones de quienes se encuentran ejerciendo el derecho de huelga, ya que no se trata de “nuevas contrataciones”.
- b. En segundo lugar, para el autor existe una colisión de dos bienes constitucionalmente protegidos: el derecho de huelga y el derecho a desarrollar una actividad empresarial. El art. 19 número 21 de la Constitución Política consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. De él se desprende la posibilidad de constituir y desarrollar empresas, y, por ende, el poder de dirección empresarial. Dicho poder representa la manifestación de una garantía constitucional, del mismo modo que el derecho a huelga, pero a diferencia de este último, aquel derecho se consagra de forma directa en nuestra carta fundamental. En ese sentido, plantea: “no resulta posible sostener que el derecho de huelga presente una singular preeminencia sobre otras garantías fundamentales, o bien, que pueda implicar –mientras se prolongue- una suspensión de aquellas”. (2010: p. 110) Aún más, este razonamiento no se ve afectado tampoco por el art. 5 del Código del Trabajo, según el cual: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite

⁵ Argumentos extraídos de las páginas 104 y siguientes del texto del autor.

al respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada, o la honra de estos”. Lo anterior, puesto que mediante la sustitución interna no se busca debilitar la huelga, sino que mantener la continuidad empresarial.

- c. En estrecha relación con lo anterior, una manifestación del poder empresarial esta dado por el *ius variandi*. Tal facultad se encuentra consagrada en el art. 12 del Código del Trabajo, donde se establecen los lineamientos para su implementación y en dicho precepto no existe limitación alguna a esta facultad empresarial por motivos de huelga. De manera que, según Sierra, el empleador puede recurrir al *ius variandi* con el fin de asignarle a su personal, en una situación excepcional como lo es la huelga, las labores de los huelguistas, sin que ello constituya reemplazo.
- d. Por otro lado, la sustitución interna no solo es una medida pensada en el interés de la empresa, sino que también en el interés de los trabajadores. En efecto, la huelga tiene un doble contenido: uno positivo, respecto de los trabajadores que la ejercen, y uno negativo, en relación a los trabajadores que no son parte de ella. La decisión de los que optaron por la huelga es equivalente a la de aquellos que no tomaron ese camino, por lo tanto los trabajadores no huelguistas mantienen todos los derechos reconocidos por el ordenamiento laboral y dentro de esos derechos se encuentra el exigir una ocupación efectiva. Ese derecho genera la correlativa obligación del empleador y por ello es que será necesario que reubique en sus funciones a los trabajadores no huelguistas, ya que de no hacerlo, el proceso productivo no puede operar y aquellos trabajadores no podrán desarrollar el trabajo contratado.

3.2 La prohibición del reemplazo incluye tanto la sustitución externa como la interna.

Irene Rojas en su artículo El derecho de huelga y la improcedencia del reemplazo de los trabajadores huelguistas, se dedica a analizar el problema que se genera a partir del contenido de la prohibición de reemplazar trabajadores durante la huelga, en torno a si sólo incluye la sustitución externa o bien se incluye a ambas: sustitución externa e interna. La autora plantea que la prohibición comprende ambos tipos de sustituciones señalando los siguientes argumentos⁶:

- a. En primer lugar, la norma legal del art. 381 no distingue entre sustitución externa o interna y en virtud de la aplicación del aforismo jurídico “donde la ley no distingue no corresponde al intérprete distinguir”, es posible concluir que la prohibición incorpora ambos tipos de sustitución. Ahora bien, es cierto que el precepto en cuestión utiliza expresiones que no resultan apropiadas, ya que la letra c del primer inciso relativo a la exigencia del bono de reemplazo, impone que debe pagarse por cada “trabajador contratado como reemplazante”. De ahí que podría entenderse que, cuando se habla de trabajador contratado, necesariamente se habla de personal externo a la empresa. Sin embargo, la modificación efectuada en esta materia tuvo como objetivo prohibir el reemplazo de manera absoluta, por lo tanto si el precepto legal fue reformado en tal sentido, hay que estarse a ese sentido.
- b. En Chile los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo tienen plena vigencia. En ese sentido, la doctrina de los órganos competentes de esa organización, especialmente el Comité de Libertad Sindical, está orientada a la prohibición de la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas, sin hacer distinciones.

⁶ Argumentos extraídos de las páginas 72 y siguientes del texto de la autora.

- c. En relación con la eficacia del derecho de huelga, señala esta autora: “la huelga es el principal medio que tienen los trabajadores para la defensa y promoción de sus derechos e intereses sociales y económicos”. Agrega: “las restricciones que se establezcan, y en especial la sustitución externa e interna de los trabajadores huelguistas, pueden quitar todo efecto a este derecho, es decir, toda posibilidad de cumplir el objetivo de constituirse como instrumento de presión para la defensa de sus derechos e intereses. Por consiguiente, tal medida quitaría el contenido esencial de este derecho, quedando en una mera declaración de texto normativo sin que tenga vigencia real alguna” (2003: p. 75 y 76)

3.3 ¿Qué ha señalado la Dirección del Trabajo?

La Dirección del Trabajo, a través de diversos dictámenes se ha manifestado a favor de la segunda opinión, esto es, que el contenido de la prohibición incluye tanto la sustitución externa como la sustitución interna. Revisaré, en primer lugar, un Dictamen de la época en que se encontraba vigente la modalidad de reemplazo establecida por la ley 19.069. Así, en el Dictamen N° 4353/212 del 14 de Julio de 1.995⁷, la Dirección frente a la solicitud de determinar el sentido y alcance de la oración “el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga”, formuló lo siguiente:

- Con el fin de evitar que se paralice la marcha de la empresa, el legislador ha autorizado al empleador para contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, cumpliéndose los requisitos que el mismo precepto establece.
- El empleador puede contratar para tales efectos tanto a trabajadores que presten servicios para él como personas ajenas o extrañas a la empresa, toda vez que la

⁷ Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88900.html>

ley no formula ninguna distinción a este respecto, careciendo por consiguiente, de relevancia distinguir si el personal reemplazante ha sido contratado directamente por el empleador o por intermedio de un tercero. De manera que frente a la discusión suscitada, a partir de la expresión “contratar”, la Dirección no considera que con la utilización de esa palabra se esté aludiendo necesariamente a personal externo a la empresa, sino que considera a ambos tipos de sustitutos: los internos y externos.

En el mismo sentido anterior, pero ya bajo la vigencia del reemplazo según la ley 19.759, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen 1197/61 del 11 de Abril del año 2.002⁸, del cual se destaca lo siguiente:

- Está prohibido al empleador el reemplazo de los trabajadores que hacen uso de la instancia de la huelga, a menos que su última oferta cumpla con los requisitos que la misma norma indica.
- El empleador, solo en las condiciones previstas en el artículo 381, está facultado por el ordenamiento jurídico laboral vigente para organizar su empresa de forma tal que las funciones de los trabajadores en huelga sean ejecutadas, efectivamente, durante el periodo que dure dicha instancia. Para el efecto referido podrá recurrir a otros dependientes que laboran para él o a empresas contratistas como, asimismo, a personas ajenas a la empresa, ello por cuanto el legislador no ha formulado distingo alguno al efecto, no siendo, así, viable al intérprete distinguir.
- Concluye la Dirección señalando: Para todos los efectos legales constituye reemplazo de los trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenas a la misma desarrollen funciones del personal en huelga

⁸ Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63243.html>

El Dictamen 1303/64 del 26 de Marzo del año 2.004⁹ complementa de manera mucho más completa lo anterior al responder a la interrogante ¿Qué debe entenderse por personal de reemplazo de la función o puesto de trabajo? Frente a ella, la Dirección establece lo siguiente: debe entenderse que estamos frente a personal de reemplazo de las funciones o puestos de trabajo de los huelguistas, en las siguientes circunstancias:

- Personal contratado directamente por el empleador, a través de terceros o ajenos a la empresa, que se encuentren desempeñando las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Estudiantes en práctica dentro de la empresa cumpliendo labores de las señaladas en el punto precedente, y
- Trabajadores de la misma empresa a quien el empleador, haciendo uso de la facultad que le entrega el artículo 12 del Código del Trabajo, hubiera cambiado de funciones con el objeto de suplir las de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Trabajadores de la empresa a quienes el empleador hubiere cambiado de funciones y/o de lugar de trabajo, sin explicitar la facultad contenida en el artículo 12 del Código del Trabajo, o respecto de los cuales se verifique una mayor carga de trabajo, aumento de la jornada u horas extraordinarias.
- En otros términos, para el efecto referido se debe entender por personal de reemplazo cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentren cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en la huelga.

⁹ Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62685.html>

3.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema.

La primera afirmación que corresponde realizar es que, en relación al problema del contenido de la prohibición, la Corte Suprema, a través de los años, no ha adoptado un criterio uniforme. En una primera etapa, después de la modificación del art. 381 por la ley 19.759, se estableció por nuestro máximo tribunal que la prohibición contemplada en el art. mencionado, incluía no sólo a los trabajadores externos, sino que también a los internos. Ratifica lo anterior la siguiente argumentación: “Que al tener lugar la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, desde 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, en la medida en que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve disminuido ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical”¹⁰. Se agrega más adelante: “Que, además, si bien la huelga constituye un desenlace no deseado para una negociación colectiva, ningún sentido tiene ese derecho reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga...”¹¹

En ese mismo sentido se pronuncia otra sentencia que en su considerando sexto señala lo siguiente: “Cualquier otra modalidad, como la adoptada por la empresa denunciada en estos autos, que permita, en la práctica, el reemplazo de los

¹⁰ Corte Suprema, sentencia de 11 de Septiembre de 2007, Rol 5673-06. Disponible en jurisprudencia *on line* de LegalPublishing.

¹¹ CS, Rol 5673-06.

trabajadores en huelga sin que concurran los presupuestos que este precepto contempla, está prohibido por la ley”¹².

Sin embargo, hace un par de años, la Corte Suprema cambió el criterio que había adoptado en un principio, interpretando ahora que la posibilidad de reemplazo contemplada en el art. 381 hace referencia sólo al personal ajeno a la empresa.

Señala, entonces, nuestro máximo tribunal: “Que, actualmente, la huelga está regulada en el Título VI del Libro IV del Código del Trabajo y constitucionalmente reconocida, aunque de manera indirecta, en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, donde se señala el principio fundamental, cual es, que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales. De tales normas es dable desprender que el legislador intenta regularla jurídicamente como instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo y que corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”¹³.
Agrega, más adelante: “(...) es en esta orientación en la que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide -salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula- es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa”¹⁴.

¹² Corte Suprema, sentencia de 3 de Octubre de 2004, Rol 2801-03. Disponible en jurisprudencia *on line* de LegalPublishing.

¹³ Corte Suprema, sentencia de 14 de Abril de 2008, Rol 345-2008. Disponible en jurisprudencia *on line* de LegalPublishing.

¹⁴ CS Rol 345-2008.

Autores como José Luis Ugarte han criticado este nuevo razonamiento llegando a señalar que “aumenta judicialmente las restricciones al derecho de huelga” (2008: p.167). Lo anterior, porque se está sometiendo a una interpretación extensiva la excepción prevista por la ley que permite el reemplazo en la huelga.

De esta forma, se aleja, la Corte Suprema, de la interpretación efectuada por la Dirección del Trabajo, la cual, en el ya citado Dictamen 1303/04 postula lo siguiente: Pues bien, considerando que el derecho de huelga se encuentra reconocido por organismos internacionales de los cuales nuestro país forma parte, tales como las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, como un derecho fundamental de los trabajadores cuando se ejerce dentro de los límites legales y, además, ha sido recogido ampliamente en nuestra legislación como una etapa más dentro del proceso de negociación colectiva reglado (derecho garantizado constitucionalmente), cualquier norma que contenga alguna limitación a su libre ejercicio, como es el caso de las figuras del reemplazo de trabajadores durante la huelga y el reintegro individual de los mismos, durante el mismo periodo, debe ser interpretada de manera restrictiva.

4. El reemplazo de los trabajadores en huelga en el Derecho Comparado.

La polémica facultad del empleador de reemplazar a los huelguistas constituye una excepcionalidad en relación a lo que ocurre en el Derecho Comparado. He ahí, entonces, uno de los motivos de tanta controversia generada en torno a ella. Al respecto, Caamaño y Ugarte señalan: “el reemplazo se encuentra prohibido en prácticamente todos los países de América latina, incluso aquellos que comparten con Chile el modelo reglamentario restrictivo de la huelga” (2008: p. 93). Naciones como México, Brasil, Colombia y Ecuador prohíben expresamente esta figura. Por otro lado, en Europa, se encuentra prohibido el reemplazo en España, Francia y Portugal.

De esta forma, procederé a examinar, someramente, lo que acontece en los países latinoamericanos recién mencionados y en relación a lo que ocurre en Europa, me

avocaré a revisar lo que se vive en España, por tratarse este último de un Estado que, a nivel general, presenta una tradición jurídica similar a la nuestra.

4.1 El contexto latinoamericano.

En Brasil, el derecho de huelga se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política de 1.988 y la ley federal 7.783 regula el ejercicio de este derecho. Dicho texto legal entrega a los trabajadores, cuando los procesos de negociación o de arbitraje laboral se vean frustrados, la posibilidad de ejercer su derecho a huelga. Se considera que este derecho es un derecho legítimo, que involucra la cesación de los procesos de trabajo. Dentro de las prohibiciones generales de la huelga están la imposibilidad de poner término a la relación de trabajo, así como la imposibilidad de contratar trabajadores de reemplazo. Así, Wagner D. Giglio señala: “Queda prohibida tanto la rescisión contractual como la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas, excepto para asegurar el mantenimiento de los servicios cuya paralización resulte en perjuicio irreparable, por el deterioro irreversible de bienes, máquinas y equipos, así como para el mantenimiento de aquellas tareas esenciales para el reinicio de las actividades de la empresa” (1996: p. 47). Agrega el autor, haciendo referencia a la ley 7.783: “Son necesidades impostergables aquellas cuyas desatención coloque en riesgo inminente la supervivencia, la salud y la seguridad de la población” (1996: p. 47). Finalmente señala que para eliminar dudas, la ley mencionada enumera en el artículo 10 los servicios y actividades que son considerados esenciales. Estos son: tratamiento y abastecimiento de agua, producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustibles; asistencia médica y hospitales; distribución y comercialización de medicamentos y alimentos; funerarios; transporte colectivo; captación y tratamiento de aguas servidas y basura; telecomunicaciones; cuidado, uso y control de sustancias radioactivas, equipos y materiales nucleares; procesamiento de datos ligados a servicios esenciales; control del tráfico aéreo; compensación bancaria (1996: p.47).

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵ reconoce en su art. 123 número 17 el derecho de huelga tanto para los trabajadores como para los patronos y es la ley federal del trabajo¹⁶, en esta nación, la encargada de reglamentar este derecho. Dicha ley en su artículo 4° señala: “No se podrá impedir el trabajo a ninguna persona ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de estos derechos sólo podrá vedarse por resolución de la autoridad competente cuando se ataquen los derechos de tercero o se ofendan los de la sociedad”. Agrega el número dos de este artículo: “se ofenden los derechos de la sociedad en los casos previstos en las leyes y en los siguientes: a) Cuando declarada una huelga en los términos que establece esta Ley, se trate de substituir o se substituya a los huelguistas en el trabajo que desempeñan, sin haberse resuelto el conflicto motivo de la huelga, salvo lo que dispone el artículo 468”. El artículo 468 actualmente se encuentra derogado.

Ahora, existen dos situaciones reguladas en la ley anteriormente mencionada y que es preciso revisar: la primera, trata acerca del personal de emergencia, mientras que la segunda establece la obligación de los huelguistas de continuar las labores en ciertos servicios. La primera situación se encuentra reglada en el art. 935: “Antes de la suspensión de los trabajos, la Junta de Conciliación y Arbitraje, con audiencia de las partes, fijará el número indispensable de trabajadores que deberá continuar trabajando para que sigan ejecutándose las labores, cuya suspensión perjudique gravemente la seguridad y conservación de los locales, maquinaria y materias primas o la reanudación de los trabajos. Para este efecto, la Junta podrá ordenar la práctica de las diligencias que juzgue conveniente”.

La segunda situación la regula el art. 466, el cual, dispone: “Los trabajadores huelguistas deberán continuar prestando los siguientes servicios:

¹⁵ Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

¹⁶ Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>

- i. Los buques, aeronaves, trenes, autobuses y demás vehículos de transporte que se encuentren en ruta, deberán conducirse a su punto de destino; y
- ii. En los hospitales, sanatorios, clínicas y demás establecimientos análogos, continuará la atención de los pacientes reclusos al momento de suspenderse el trabajo, hasta que puedan ser trasladados a otro establecimiento”.

Por otro lado, el art. 936 establece una grave sanción para los huelguistas en el evento de que no se cumpla con lo dispuesto en las dos normas señaladas más arriba, prescribiendo lo siguiente: “Si los huelguistas se niegan a prestar los servicios mencionados en los artículos 466 y 935 de esta Ley, el patrón podrá utilizar otros trabajadores. La Junta, en caso necesario, solicitará el auxilio de la fuerza pública, a fin de que puedan prestarse dichos servicios”.

De las normas citadas es posible concluir que, en definitiva, en México no se encuentra permitido el reemplazo de trabajadores durante la huelga, salvo las dos situaciones ya revisadas. En ese sentido, la Comisión para la Cooperación Laboral en la publicación *Derecho Colectivo del Trabajo en América del Norte*¹⁷ señala: “El Artículo 4 de la LFT prohíbe el uso o el intento de uso de trabajadores sustitutos de los huelguistas (o “esquirolas”) en una huelga legal. La única excepción a esta prohibición es cuando el sindicato se niega a proporcionar los trabajadores necesarios para conservar el equipo y las materias primas del patrón” (2000: p.158).

Para terminar con el análisis del reemplazo durante la huelga en el contexto latinoamericano, mencionaré las normas que lo prohíben tanto en Colombia como en Ecuador. El art. 449 del Código sustantivo del trabajo colombiano¹⁸ dispone: “La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los

¹⁷ Disponible en: http://sp.naalc.org/UserFiles/File/study2_mexico.pdf

¹⁸ Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html

servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias”. Por su parte, el art. 501 del Código del Trabajo ecuatoriano¹⁹ prescribe: “Prohibición de emplear trabajadores sustitutos.- Durante la huelga, el trabajo no podrá reanudarse por medio de trabajadores sustitutos”.

4.2 El caso español.

En España, el art. 28 número 2 de la Constitución Política²⁰ reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses. Agrega la misma disposición: La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. De manera que, al igual como ocurre en los países latinoamericanos recién mencionados, el derecho de huelga en la madre patria se encuentra consagrado expresamente en la Constitución y es reglamentado por ley. En este caso, la labor de reglamentación la lleva a cabo el Real Decreto Ley 17 de 1.977²¹, el cual, rige provisoriamente y ha sido depurado e interpretado por varias sentencias del Tribunal Constitucional español. Los autores critican lo anterior y postulan que debiera existir una normativa general encargada de regular esta materia. Así, Raquel Quintanilla señala: “La vigente regulación de la huelga sigue siendo, pues, provisional, aunque la suya sea una provisionalidad “a la española”, que dura ya más de treinta años” (2008: p.338).

¹⁹ Disponible en: http://www.educacion.gov.ec/_upload/Codigo_Trabajo.pdf

²⁰ Disponible en: <http://www.dat.etsit.upm.es/~mmonjas/politica/ce.html>

²¹ Disponible en: <http://www.cgt.es/ssm/Textos%20Legales/RD1%2017%20Huelga.pdf>

El Real Decreto Ley, encargado de reglamentar provisionalmente la huelga, en su art. 6 número 5 dispone: “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 siete de este artículo”. El número 7, por su parte, se refiere al cumplimiento de la obligación, por parte del comité de huelga, de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad durante la huelga. De manera que, en la medida que exista incumplimiento a la obligación anterior, el empresario podrá contratar otros trabajadores. De esta forma, existe claridad en torno a que el esquirolaje externo se encuentra prohibido en el derecho español.

Ahora bien, la interrogante se plantea a propósito del esquirolaje interno, porque puede ocurrir que el empresario, ante la imposibilidad de sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores externos, recurra a los no huelguistas para cubrir las necesidades causadas por la ausencia de los huelguistas y así evitar los efectos perjudiciales de la huelga. Lo anterior, en virtud del poder que detenta el empleador de dirigir su empresa. Frente a ello, se ha generado una interesante discusión por parte de los autores, la cual, no será tratada en este trabajo, sin embargo, sí me parece conveniente citar una respuesta otorgada por el Tribunal Constitucional español, encargado de interpretar el Real Decreto Ley, en relación a esta problemática. El mencionado Tribunal en la Sentencia 123 del 28 de Septiembre de 1.992²² ha señalado: “La preeminencia del derecho 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, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal; ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando

²² Disponible en: <http://huelgaosi.galeon.com/legal/stc123-1992.html>

se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el “ius variandi”, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”. Así, Ángel Martín Aguado señala que: “se pretende dar un paso más en orden a una protección real del ejercicio efectivo del derecho de huelga” (1993: p. 212)

CONCLUSIONES

Al cabo de la investigación realizada en torno a la problemática del reemplazo de los trabajadores durante la huelga, he arribado a las siguientes conclusiones:

1. En relación con el derecho de huelga, no comparto la concepción que se tiene de este instituto por parte de los ideólogos del “Plan Laboral”, quienes lo consideran como un instrumento de los trabajadores para demostrar el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad. A mi parecer, la huelga constituye un derecho fundamental establecido en favor de los trabajadores, para equiparar su poder negociador frente al empleador y en definitiva, conseguir que sus peticiones sean aceptadas. Así como tiene importancia el reconocimiento del derecho a sindicalización y a negociar colectivamente, creo que debe asignársele la misma importancia al derecho de huelga y debe ser consagrado expresamente en nuestra Constitución, como acontece en casi todos los países de Latinoamérica y Europa.
2. En estrecha relación con lo anterior, así como considero que la huelga debe tener reconocimiento expreso en la Constitución, creo conveniente, además, que exista una regulación legal de este derecho, pero no es los términos existentes actualmente en nuestro ordenamiento. En ese sentido me parece que la huelga no debe estar circunscrita únicamente a la negociación colectiva y tener como finalidad la negociación o renegociación de un convenio colectivo, sino que debe reconocérsele una pluralidad de objetivos, como reivindicaciones salariales, solidaridad, cumplimiento de contratos colectivos, etcétera. No se debe olvidar que el propio Comité de Libertad Sindical ha señalado que los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar su descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros y además considera abusiva la prohibición de huelgas de solidaridad. Por otro lado, la excesiva reglamentación que existe del derecho de huelga en nuestro Código del Trabajo genera que su aplicación en la práctica se lleve a cabo con bastante dificultad. El establecimiento de formalidades, oportunidad de ejercicio, quórum de aprobación, plazos, etcétera, demuestran que el legislador se muestra

reticente ante esta institución del derecho colectivo. No es menor el número de huelgas ilegales en Chile, por ello creo necesaria una reforma en esta materia que se ajuste a las recomendaciones apuntadas por el Comité de Libertad Sindical.

3. Frente a la interrogante planteada a propósito del reemplazo, participo de la opinión relativa a que el ejercicio de esta facultad efectivamente atenta contra la eficacia de la huelga. Al permitirle al empleador sustituir a los huelguistas, se está despojando a la huelga de su efecto fundamental: la paralización de las faenas. Así, este instrumento pierde completamente su eficacia y los trabajadores ven como su principal arma, para equipar poder con el empleador se vuelve inoperante, mientras que éste último, no sufre perjuicio alguno por no haber alcanzado el acuerdo con los operarios. De esta forma, la huelga pasa a transformarse en una mera declaración de texto sin que tenga vigencia real alguna y por lo mismo muchos autores se han planteado la siguiente interrogante: ¿Cuál es el sentido de establecer un derecho que, en la práctica, no puede llegar a causar efecto alguno? Es ilógico, por ello comparto la opinión de los estudiosos del Derecho del Trabajo que apunta a la eliminación de esta figura.
4. A propósito de la otra controversia planteada en este trabajo, relacionada con el problema del contenido de la prohibición, comparto la opinión de Irene Rojas consistente en que la prohibición incluye tanto la sustitución externa como la interna. Lo anterior, por las siguientes razones:
 - En primer lugar, en relación al principal argumento planteado por los partidarios de la otra postura, relativo a que la disposición del art. 381 alude necesariamente a la celebración de un nuevo contrato y que por ello sólo se estaría refiriendo a trabajadores externos, me parece que con ello se está llevando a cabo una interpretación extensiva de una norma que, por el contrario, debe interpretarse de manera restrictiva, puesto que se trata de una restricción a un derecho consagrado en la Constitución Política. Así lo sostuvo la Dirección del Trabajo en el Dictamen 1303/04 citado anteriormente. Por otro lado, el tenor literal del art. 381 es reemplazar y no contratar. Es cierto que en incisos posteriores la norma habla de “contratar” dado que será la situación más común de

reemplazo, pero no la única. Lo anterior, puesto que la palabra “reemplazo” 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 dentro de ese significado encuadra tanto la sustitución externa como la interna.

- Luego, es posible justificar la movilidad interna de trabajadores tanto en el poder de dirección empresarial que detenta el empleador como en el *ius variandi*. Sin embargo, al permitirse la posibilidad de designar a otros trabajadores de la empresa, para que realicen las labores de los huelguistas, la paralización por parte de éstos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador. Evidentemente se afecta, de esta forma, la eficacia del derecho de huelga y yendo todavía más allá, se afecta el derecho de asociación y la libertad sindical. Resulta difícil, entonces, que un sindicato cumpla sus fines si no tiene fuerza y la fuerza está dada por la posibilidad de recurrir a la huelga.

Para terminar, creo que la solución definitiva pasa por prohibir todo tipo de reemplazo o sustitución de huelguistas, debiendo ser procedente sólo en los dos excepcionalísimos casos que señala el Comité de Libertad Sindical, a saber: cuando se produce una huelga en un servicio esencial o ante una situación de crisis nacional aguda.

BIBLIOGRAFÍA

Calderón Aránguiz, Rolando (1997): “Un Derecho de Negociación Colectiva Eficaz. Una Tarea Pendiente de las Relaciones Laborales en Chile”, en *La Negociación Colectiva en Chile y sus perspectivas ante las reformas laborales y los desafíos de la nueva economía*, Editorial Gestión, Santiago, pp. 523-557

Caamaño Rojo, Eduardo y Ugarte Cataldo, José Luis (2008): *Negociación Colectiva y Libertad Sindical: un enfoque crítico*, Editorial LegalPublishing, Santiago de Chile.

Comisión para la Cooperación Laboral (2000): *Derecho Colectivo del Trabajo en América del Norte*, publicado por el Secretariado de la Comisión para la Cooperación Laboral, Washington, DC, Estados Unidos.

Gamonal Contreras, Sergio (2002): *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile.

Giglio, Wagner (1996): “La Huelga en Brasil”, en *La Huelga en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México, D.F., México.

Libertad y Desarrollo (2008): *Los beneficios de mantener el reemplazo en la huelga*, disponible en http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/Revista%20182%20Enero%202008.pdf Fecha última consulta: 12 de julio de 2011

Martin Aguado, Ángel (1993): “Derecho de Huelga: por una regulación garantista y avanzada”, en *Cuadernos de relaciones laborales n°2 Economía industrial y economía del trabajo*, Editorial Complutense, Madrid, pp. 199-218. Disponible en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/rla/11318635/articulos/CRLA9393120199A.PDF> Fecha última consulta: 31 de Octubre de 2011

Piñera, José (1990): *La revolución laboral en Chile*, disponible en http://www.josepinera.com/jp/revolucion_laboral.pdf Fecha última consulta: 12 de julio de 2011

Quintanilla Navarro, Raquel (2008): “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una ley orgánica” en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales n°73*, Editorial Alfredo Montoya Melgar, Madrid, pp. 337-367. Disponible en: http://www.mtin.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/default.htm Fecha última visita: 31 de Octubre de 2011

Riesco Salas, Walter (1997): “Modificaciones al Código del Trabajo en lo relativo a la Negociación Colectiva”, en *La Negociación Colectiva en Chile y sus perspectivas ante las reformas laborales y los desafíos de la nueva economía*, Editorial Gestión, Santiago, pp. 567-590

Rojas Miño, Irene (2003): “El Derecho de Huelga y la improcedencia del reemplazo de los trabajadores huelguistas”, en *Revista Laboral chilena*, N°113, pp. 69-76

Rojas Miño, Irene (2007): “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral”, en *Revista Ius et praxis*, N° 2, pp. 195-221

Sierra Herrero, Alfredo (2010): “Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 17, N°1, pp. 101-113

Ugarte Cataldo, José Luis (2008): “La huelga como derecho fundamental”, en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Nicolás Espejo Yaksic (ed), Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

Valdés Rodríguez, Alfredo (1997): “La Negociación Colectiva a partir del Plan Laboral”, en *La Negociación Colectiva en Chile y sus perspectivas ante las reformas laborales y los desafíos de la nueva economía*, Editorial Gestión, Santiago, pp. 271-299