



asuntos
públicos

.cl



Centro de estudios del desarrollo

f /asuntospublicos

@ced_cl

Novedades

22/11/2016

Política

Las Adecuaciones Necesarias por parte del empleador en la huelga ¿Reemplazo encubierto?

11/11/2016

Política

El sujeto del derecho a la Educación Superior

04/11/2016

Política Sectorial

SALUD MENTAL EN CHILE "¿CÓMO VAMOS?"

A casi 20 años de la implementación del programa de salud mental en Chile

28/10/2016

Política

Perplejidades de un teórico de la política

21/10/2016

Economía

CASEN: algunas verdades y orientaciones

14/10/2016

Política

Consideraciones sobre la confianza política II

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe 1268

Política

22/11/2016

Las Adecuaciones Necesarias por parte del empleador en la huelga ¿Reemplazo encubierto?

Ricardo Buendía¹

Introducción

En el marco de uno de los pilares reformistas del segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se planteó como uno de los principales objetivos el terminar con la posibilidad que tiene actualmente el empleador de reemplazar a los trabajadores huelguistas de manera temporal, es decir, mientras dure la medida de fuerza ejercida por el sindicato, y siempre y cuando se cumplan los supuestos del actual artículo 381 del Código del Trabajo.

Digamos que esta posibilidad de sustitución ha sido atenuada de manera significativa, respecto de su versión original, luego de las sucesivas transformaciones en la normativa laboral que se produjeron en democracia. Actualmente, la regla general es la prohibición de reemplazar trabajadores que han optado por ejercer la huelga, siendo sólo admisible (como opción general) aquella contenida en el artículo 381 del Código del Trabajo.

En efecto, esta posibilidad que tiene el empleador de contratar trabajadores de reemplazo temporalmente, hoy en día solo opera cuando se dan todos y cada uno de los supuestos del artículo referido en el párrafo anterior, de manera que el empleador deberá, al menos, en su última oferta contemplar: idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, una reajustabilidad anual según el índice de precios al consumidor, un bono de reemplazo equivalente a cuatro unidades de fomento².

¹ Abogado. Universidad de Chile

² 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:

- 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;
- 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 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.

En caso de que el empleador no cumpliera con todo lo anterior, podrá reemplazar trabajadores solo desde el decimoquinto día, pudiendo asimismo los trabajadores reintegrarse voluntariamente a sus labores a partir del mismo plazo.

Como vemos, la reforma laboral, al menos en este ámbito y como el mismo proyecto señalaba, busca modernizar el sistema de relaciones laborales chileno a través de la prohibición de reemplazar trabajadores huelguistas, anulando el referido artículo 381. Este solo efecto prohibitivo significa un cambio drástico en la forma en que las partes van a negociar colectivamente en el futuro, y eventualmente afrontar una huelga, existiendo fuertísimos incentivos para lograr un acuerdo en un proceso de negociación.

Con todo, y en el contexto de esta nueva normativa que ha de regir las relaciones laborales en el futuro, creemos que la intención preventiva de esta, en el sentido de evitar el conflicto, representa también un incentivo para que, en caso de existir una negociación hostil entre partes, redunde en la negativa de ambas a negociar, y bajo la imposibilidad del empleador de reemplazar huelguistas, se podría exacerbar la tensión negocial. Este fenómeno será especialmente dramático en empresas de tamaño pequeño o mediano y con trabajadores altamente calificados, es decir, de difícil reemplazo.

También creemos que esta reforma tendrá su mayor impacto, en términos numéricos, en empresas grandes, especialmente en el retail, y con una tasa elevada de sindicalización.

La idea de prohibir el reemplazo de huelguistas surge de la interpretación de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, puesto que es un deber del Estado proteger la libertad sindical (sea de los trabajadores como del o los empleadores) no tan solo en su forma negativa, o de no interferencia, sino también de forma positiva, es decir, buscar que la huelga tenga un efecto real de paralizar las faenas, al menos en la parte que les corresponde a los trabajadores huelguistas.

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 hiciera 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

En definitiva, el proyecto de reforma laboral, en general, así como en el punto sobre prohibición de reemplazo de huelguistas, intenta modificar el actual equilibrio de fuerzas, generado por una asimetría de poder de negociación. Ello, como ya hemos anticipado, es relativo en consideración a diversos factores tales como; el grado de calificación de los trabajadores, los efectos que pueden tener los servicios mínimos en el giro de la empresa, así como el tamaño de la empresa en relación con su naturaleza jurídica (empresa de servicios transitorios, contratista o empresa principal, por ejemplo).

Pese a ello, creemos que esta libertad positiva no debe ser protegida en el sentido de potenciar la existencia de huelgas o propiciar el aumento de estas, sino que precisamente lo inverso. Es decir, una invitación a que las partes, con las armas con las que cuentan según sea el contexto, puedan medir anticipadamente los daños económicos que se pueden inferir la una respecto de la otra, y frente a esta amenaza de daño realicen sus mejores esfuerzos para arribar a un acuerdo justo y socialmente eficiente.

La reforma al reemplazo de huelguistas

Luego de una extensísima discusión parlamentaria sobre la nueva redacción del Código del Trabajo en lo que concierne al reemplazo de huelguistas, el legislador arribó a la siguiente redacción, que se resume, fundamental y no exclusivamente, en dos artículos:

“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 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”³.

Como complemento de lo anterior, el artículo 403 letra d) del Código, incluye dentro del catálogo de prácticas desleales del empleador, el hecho de reemplazar trabajadores en huelga:

“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.

³ CAMARA DE DIPUTADOS, oficio 12.762, disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248

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 reemplazo⁴.

Las Adecuaciones Necesarias del empleador ¿Reemplazo encubierto?

Ya hemos visto que los nuevos artículos vienen en prohibir expresamente el reemplazo de trabajadores huelguistas, esto no es especialmente novedoso porque, según vimos, el propio artículo 381 del Código Laboral, luego de sendas reformas, ya lo hacía, a ello podemos sumar recientes consideraciones de los tribunales superiores de justicia en ese sentido⁵.

Ahora bien, huelga aclarar que cuando hablamos de reemplazo de trabajadores, en la nueva normativa, hacemos referencia al reemplazo interno y externo de trabajadores, es decir, a la posibilidad que tiene el empleador, durante la huelga, de movilizar el personal interno para cubrir los puestos de trabajo de los trabajadores movilizados (reemplazo con personal interno); o mediante la contratación de personal externo para cubrir los puestos de trabajo de los empleados movilizados (reemplazo con personal externo).

Es importante esta aclaración porque, hasta ahora, se discutió largamente sobre la interpretación del vigente artículo 381 del Código del Trabajo (que será reemplazado por la dualidad de artículos citados en el futuro), en el sentido que: o lo prohibido era el reemplazo de trabajadores con personal externo cuando no se cumplían los supuestos ahí descritos, o derechamente el artículo prohíbe tanto el reemplazo externo como interno cuando no se cumplen los requisitos señalados. Y en definitiva, el reemplazo de trabajadores con personal externo, cuando se cumplen todos los requisitos, era el caso mayormente aceptado.

Habiendo hecho esta breve aclaración, nos detendremos en la posibilidad que tiene el empleador para efectuar adecuaciones necesarias, de acuerdo al supuesto descrito en el nuevo artículo 403 del Código del Trabajo.

Como ya vimos, en la redacción del artículo referido se plantea la posibilidad de que el empleador pueda modificar los turnos u horarios de trabajo y efectuar adecuaciones necesarias para garantizar el derecho de los trabajadores que decidieron no plegarse a la huelga. Esta posibilidad es importante tenerla en cuenta, puesto que su inadecuada aplicación importaría su consideración como práctica ilícita del empleador.

¿Qué es entonces una adecuación necesaria?

De la discusión parlamentaria podemos extraer algunos de los argumentos que permiten entender el nacimiento del concepto.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Roles 5673-2006 , 1909-2004, 6274-2006, 1909-2004 , 4.505-2005 y 6478-2009

“(…) 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”⁶.

Hay dos intervenciones que otorgan elementos respecto de cuál es la forma en que han de interpretarse estas normas en relación con los derechos fundamentales de libre asociación y propiedad del empleo. Así:

“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”⁷.

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”⁸.

De esta forma, creemos que existe una remisión muy importante a la tarea interpretativa del juez, en relación a que se verá en la obligación de distinguir entre la existencia de un supuesto de práctica desleal o la correcta aplicación por parte del empleador de la posibilidad de efectuar adecuaciones necesarias, cuestión que, adelantamos, no será fácil pese a los intentos aclaratorios ya expuestos.

En el fondo, y más allá de la consideración sobre si en el resto del mundo existe o no la figura del reemplazo de huelguistas, cuestión que se responde afirmativamente examinando legislaciones como la alemana, italiana, estadounidense o japonesa, debemos preguntarnos sobre cuál es la correcta ponderación de los derechos de al menos cuatro grupos.

Así, por una parte los trabajadores huelguistas encuentran su protección en los convenios 87 y 98 de la OIT, en relación con la aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad, y los mismos artículos 19 N° 19 y 19 N° 16 de la Constitución Política de la República.

A su turno, los no huelguistas encuentran protección en normas de similar nivel, además de la nueva redacción del Código del Trabajo (artículo 403) que, según vimos, es explícita a la hora de efectuar dicho reconocimiento.

⁶ 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

⁷ Ibídem. Intervención del Senador Carlos Montes

⁸ Ibídem. Intervención Senador Pedro Araya.

Por otra parte, están los derechos del empleador, quien puede invocar las normas sobre derecho a la propiedad y al desarrollo de cualquier actividad económica lícita, según lo estipulado en los artículos 19 N° 21 y 19 N° 24, ello en concordancia con la potestad de dirección y mando que la doctrina y el Código Laboral le reconocen.

Finalmente, la población afectada por la medida de presión huelguística (y en algunos casos el lockout o cierre empresarial) podría, teóricamente, invocar normas de protección constitucional, o normas de derecho común frente a, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato producto de la paralización de un servicio o, en casos donde la industria paralizada se considera como un servicio público o tiene un carácter clave en la provisión de servicios.

Conclusión

Como ya adelantamos, de acuerdo a esta nueva normativa, la resolución de esta conjugación de intereses, en un contexto de disputa con efectos sociales, será calificada en última instancia por el juez aplicando técnicas de interpretación según sea el caso.

Lo anterior encuentra delimitación y precisión en el análisis de las propias normas reformadas. En efecto, creemos que, a través de estas modificaciones laborales se puntualiza y especifica los supuestos donde operarían debidamente las adecuaciones necesarias del empleador. A lo anterior debemos añadir la propia historia de la ley donde, según vimos, se busca otorgar sustento normativo de nivel constitucional y sistemático a esta facultad del patrón. Adicionalmente a ello tenemos que sumar el trabajo de la jurisprudencia, la cual, al pronunciarse sobre el reemplazo de huelguistas en la nomenclatura del artículo 381 anterior (aún vigente), entrega diversos argumentos para considerar cuando los derechos de los trabajadores huelguistas han sido resguardados de manera efectiva, es decir, que la actividad huelguística produzca efectos reales, o sea, se afecten los derechos del dueño de la empresa por medio de medidas de presión laboral.

La prohibición absoluta del reemplazo de trabajadores en huelga, si bien aparece como una forma de apoyar las legítimas demandas sindicales, no necesariamente representa un equilibrio de fuerzas al interior de una empresa, puesto que la ley no puede, ni podrá, ser capaz de concebir todos los escenarios donde las partes negocian. Y en consecuencia, será la tarea interpretativa, tanto de la jurisprudencia administrativa y, en última instancia, la judicial, la llamada a ponderar los derechos de los actores mencionados, sentando un precedente sobre el particular.

La inserción del concepto de adecuaciones necesarias por parte del empleador en el contexto de la huelga es una herramienta para que el juez, mediante una interpretación sistemática y finalista de las normas en el conocimiento de un caso específico, especialmente mediante la interpretación de los artículos 345 y 403 del nuevo Código del Trabajo, pueda efectuar una adecuada ponderación de derechos. Aplicando los principios de proporcionalidad y última ratio, presentes en las distintas áreas del derecho.

Adicionalmente, existe un enorme desafío para aclarar cuál será el peso que tendrán los derechos del empleador y del público afectado con la paralización, en relación con los derechos de los huelguistas y los de los no huelguistas, los cuales, en la nueva regulación, cuentan con una reglamentación más precisa.

Esta conjugación de normas deben ser estudiadas y abordadas en concordancia con principios compartidos, para que sean claros, coherentes y sistemáticos con el funcionamiento del sistema jurídico en general, incluido los futuros fallos sobre recursos de unificación en materia laboral que puedan presentarse sobre este tópico en general.

Todas estas precisiones sobre la normativa reformada deben redundar, necesariamente, en el establecimiento de un sistema racional de solución de conflictos, de manera que la reforma sirva para aminorar la existencia de conflictos colectivos, propiciando el arribo de acuerdos previos a la huelga, especialmente en la etapa de negociación colectiva. La correcta resolución de estos asuntos tendrá un importante efecto en lo sucesivo, y creemos que además modelarán el sistema de relaciones laborales a futuro, he ahí la mayor importancia de tomarse esta reforma en serio.