

NUEVA JUSTICIA LABORAL Y EL REEMPLAZO EN LA HUELGA

ALFREDO SIERRA HERRERO*

RESUMEN: Este trabajo analiza la jurisprudencia sobre la denominada sustitución interna de huelguistas, comparando los criterios de la Corte Suprema con aquellos utilizados por los jueces de la nueva justicia laboral chilena.

PALABRAS CLAVE: Huelga – sustitución interna de trabajadores – Código del Trabajo – justicia laboral.

NEW LABOR LEGISLATION AND REPLACEMENT DURING STRIKE

ABSTRACT: This article analyzes jurisprudence of the so called internal replacement of strikers, comparing criteria of the Supreme Court with those used by judges in the new Chilean Labor Law.

KEY WORDS: Strike – internal replacement of workers – Labor Code – Labor Law.

1) EL REEMPLAZO Y LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES

El reemplazo de huelguistas se encuentra regulado en el art. 381 del Código del Trabajo (en adelante “CdT”), a cuyo tenor se “prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga” a menos que la última oferta del empleador en el proceso de negociación colectiva, cumpla una serie de requisitos contemplados en la misma disposición. De este modo, puede afirmarse que por regla general existe imposibilidad de efectuar el esquirolaje en Chile¹, pero con miras a “evitar que se paralice la marcha de la

* Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (CHILE). Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Sim, Universidad de Santiago de Compostela (ESPAÑA). Correo electrónico: asierra@uandes.cl
Fecha de recepción: 14 de junio de 2010.
Fecha de aprobación: 21 de julio de 2010.

¹ Corte Suprema, sentencia de 11 de septiembre de 2007, Rol 5673-06. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.

empresa”², este reemplazo se permite siempre que el empleador dé cumplimiento a las exigencias legales³.

Tales exigencias deben observarse en la última oferta antes mencionada, en orden a que contemple, a lo menos: a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación de Índices 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 variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses; c) Un bono de reemplazo⁴, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda este bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que esta haya finalizado (cfr. art. 381 CdT).

En este contexto, uno de los aspectos que ha suscitado mayor discusión jurisprudencial, se refiere a si debe considerarse reemplazo de huelguistas, el que ellos sean sustituidos con otros trabajadores de la empresa (no huelguistas), reubicados en sus funciones; es decir, en caso que se recurra a la denominada “sustitución interna”⁵. El artículo 381 CdT no hace mención expresa a ella. Según puede advertirse, su inciso primero solo habla de prohibir el “reemplazo” –sin explicar los posibles alcances de este concepto–, y su segundo inciso (letra c) puede resultar más elocuente al señalar que se debe pagar un bono por cada “trabajador contratado como reemplazante”. Pareciera así que el reemplazo solo dice relación con la contratación de nuevos trabajadores, y no la utilización de trabajadores no huelguistas en otros cargos.

Ciertamente nuestra Corte Suprema (en adelante “CS”) había entendido en el último tiempo que la “sustitución interna” no debe ser considerada como “reemplazo” de trabajadores, el que solo se produciría cuando se contrata nuevo personal. Pero esta posición no está siendo considerada por algunos tribunales del trabajo de la nueva justicia laboral,

² Corte Suprema, sentencia de 2 octubre de 2007, Rol 5331-06. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.

³ CS, Rol 5673-06.

⁴ Por bono se comprende una clase de remuneración que puede estar ligada a distintas circunstancias, tales como, la productividad, la puntualidad, etc. Véase SIERRA, Alfredo (1998). “Análisis de la normativa legal vigente sobre remuneraciones”. *Informativo legal de la Cámara Chilena de la Construcción*, N° 17, pp. 1-14, p. 2.

⁵ Sobre la expresión “sustitución interna”, véase DIÉGUEZ, Gonzalo (1993). “Sustitución interna de huelguistas (Comentario a la sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 58, pp. 211-220, p. 213.

para los que tal sustitución interna sí debe ser calificada como un reemplazo de trabajadores, según se analizará en las próximas líneas.

2) DOS POSICIONES DE LA JURISPRUDENCIA

2.1.) LA SUSTITUCIÓN INTERNA IMPLICA REEMPLAZO: TENDENCIA ANTERIOR DE LA CORTE SUPREMA Y ACTUAL DE ALGUNOS JUECES DE LA NUEVA JUSTICIA LABORAL

El reemplazo de trabajadores durante la huelga es un tema al que se concede especial atención, a partir de la modificación del artículo 381 CdT, mediante la ley núm. 19.759 de 2001; y es que si bien no se produjeron alteraciones mayores de fondo, sí ellas denotan una intención manifiesta de dar a esta materia otra orientación. Esto se advierte en el nuevo encabezado de dicha disposición, que de pasar a permitir la contratación de reemplazantes cumpliendo determinadas condiciones (se decía “el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga”), ahora se inicia con la premisa de prohibir el “reemplazo de trabajadores en huelga”, a menos que se cumplan ciertos requisitos que, por lo demás, consisten en los mismos que los anteriores, con un agregado.

De esta suerte, a pesar de existir un planteamiento formal distinto, el esquema continúa siendo en esencia el mismo: es posible el reemplazo de huelguistas, respetando algunas exigencias. La única variante propiamente tal dice relación con la obligación –si la empresa reemplaza huelguistas– de pagar un “bono” por cada trabajador contratado; cuestión que no implica un obstáculo sustancial al reemplazo, sino que solo lo hace más gravoso.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal como se presumía, esta reforma legal significó un cambio en esta materia, en buena medida por la tarea de la Dirección del Trabajo tendente a verificar el cumplimiento de la nueva normativa, en particular aquella relativa al pago del bono. Aquí es donde se plantea un punto que, al menos, en la ley no aparecía tratado expresamente, y que consistía en determinar si debía considerarse como personal de reemplazo, no solo el que fuera “ajeno” a la empresa, sino también a trabajadores propios que no son parte de la suspensión de actividades.

La Dirección del Trabajo (en adelante DT) consideró que el empleador lleva a cabo un reemplazo de trabajadores en huelga, sea que recurra a “dependientes que laboran para él” –inclusive estudiantes en prácticas⁶–, sea a “personas ajenas a la empresa”⁷. A este respecto, afirma que “el legis-

⁶ DT, Dictamen Ord. N° 1303-64, 26 marzo de 2004.

⁷ DT, Dictamen Ord. N° 1197-61, 11 abril de 2002.

lador no ha formulado distingo alguno al efecto, no siendo, así, viable al intérprete distinguir”, pues la disposición en cuestión regula el “reemplazo” de las funciones de los trabajadores en huelga y no necesariamente la contratación de nuevos dependientes⁸. En tal orden, este organismo concluye que si se acude para el reemplazo a otros trabajadores de la empresa –respetando los presupuestos del art. 381 CdT– se deberán modificar los contratos individuales de trabajo de aquellos, de manera que se obliguen a cumplir las funciones particulares de huelguistas, o bien, ejercer a su respecto el *ius variandi* observándose los presupuestos prescritos para ello (cfr. art. 12 CdT)⁹.

Según se observa, la Dirección estima que la restricción sobre el reemplazo está referida a la “función” que realiza el trabajador mismo, y que es posible que una sola función pudiera ser reemplazada por más de un trabajador¹⁰. Se pretende así que el reemplazo de trabajadores en huelga, que en principio pareciera ser una cuestión de orden “subjetivo” –pues se trata de una sustitución de personas–, se torne objetivo dada la importancia que se otorga a la “función” que se ejecuta –el art. 381 CdT no hace mención de ella–, al comprender que el problema del reemplazo se centra en ese punto.

Por su parte, la CS en sus primeros pronunciamientos –después de la modificación del art. 381 CdT, efectuada por la Ley 19.759– sigue el criterio administrativo antes indicado. En este orden, se afirmaba que la huelga ejercida dentro de la normativa legal es un “derecho fundamental”, lo que se justifica con miras a “evitar malas prácticas y equiparar las condiciones de negociación entre empleadores y trabajadores¹¹. De ahí, se determina que la ley prohíbe no tan solo “la contratación de trabajadores para el reemplazo”, sino el “reemplazo mismo, cualquiera sea la forma en que se haga”¹². Siguiendo el mismo criterio, se agregaba –en otra sentencia– que la huelga acordada legalmente, no puede devenir “inoperante en la práctica”, pues los trabajadores que la votaron han debido cumplir con todos los requisitos pertinentes, y así la paralización de estos dejaría de ser una “instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador”¹³; es más, se indicaba que este derecho de los trabajadores no tendría ningún sentido, si el empleador pudiera realizar el reemplazo –mediante personal propio– y continuar con “el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos”¹⁴. Con todo, se argumentaba asimismo que la palabra clave del

⁸ DT 1197

⁹ DT 1197

¹⁰ DT, Dictamen Ord. N° 3403-059, 28 julio de 2006.

¹¹ Corte Suprema, sentencia de 14 de noviembre de 2005, Rol 4505-05. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.

¹² CS, Rol 4505-05.

¹³ CS, Rol 5673-06.

¹⁴ CS, Rol 5673-06.

art. 381 CdT, esta es, el “reemplazo”, en su sentido natural y obvio, significaría “sustituir una cosa o persona por otra, poner en lugar de una cosa o persona, otra que haga sus veces”, y, por tanto, ello se produciría también si el empleador asigna a otros de sus trabajadores las funciones que ejecutaban los huelguistas¹⁵.

Como apuntábamos, este criterio se ha retomado por los tribunales de la nueva justicia laboral, pese a que la Corte Suprema ha cambiado su posición (véase el apartado 2.2). Se sostiene así por un juez del trabajo de Iquique “que argumentar en torno a que el reemplazo se refiere solo a la contratación de trabajadores nuevos no debiera resistir ningún análisis desde cuando dicha postura llevaría a la huelga a ser inoperante en la práctica, por cuanto la patronal podría enfrentar sin problemas cualquier negociación colectiva y huelga consecuente, contratando personal con antelación al inicio conocido del proceso de negociación colectiva, previniendo la posibilidad de huelga, y/o utilizando a los trabajadores de la empresa no adheridos a la huelga, para que realicen las labores del personal paralizado, y entendemos que consagrar un derecho para que no tenga efecto alguno no responde a las leyes de la lógica”¹⁶.

En relación a la jurisprudencia antes descrita, cabe señalar que no nos parece que siga una línea correcta. Toda vez que concibe la sustitución interna como un mecanismo empresarial para desactivar la huelga. Lo que no resulta acertado, ya que tal “desactivación” no sería algo buscado directa y principalmente por el empresario, sino efecto colateral y secundario de una medida tomada por él con otro objetivo, que viene a ser el mantenimiento de la actividad en la empresa¹⁷. Es interesante apuntar que este criterio coincide con uno que la jurisprudencia constitucional norteamericana viene aplicando de manera creciente. Dicha jurisprudencia ha considerado que la distinción entre la “intención” con que se lleva a cabo una determinada medida y los “efectos colaterales” que ella pueda producir, constituye un criterio relevante para juzgar acerca de la legalidad o de la constitucionalidad de la medida. En síntesis, la Corte Suprema norteamericana ha distinguido entre medidas que tienen por objeto vulnerar un derecho protegido y medidas que limitan o restringen ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines que el ordenamiento jurídico considera lícitos. Solo aquellas del primer tipo son

¹⁵ CS, Rol 5673-06.

¹⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, sentencia de 19 octubre de 2009, RIT 20-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis. En el mismo sentido, pero sin mayor desarrollo, véase Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia de 9 octubre de 2009, RIT 21-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis. Con todo, la sentencia del tribunal de Iquique fue anulada por la Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia de 10 diciembre de 2009, Rol 90-2009, disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis, pero por motivos diferentes a los tratados en el presente artículo.

¹⁷ DIÉGUEZ (1993) 215.

siempre inconstitucionales o ilegales, mientras que las del segundo no lo son cuando se persigue con estas un bien suficientemente importante¹⁸.

Es necesario considerar también que la sustitución interna no solo es una solución pensada en interés de la empresa, sino también de los trabajadores no huelguistas. En efecto, el derecho de huelga tiene un doble contenido, uno positivo, para seguir la huelga puesta en marcha, y otro negativo, para no ser parte de ella¹⁹. Sobre este punto, cabe subrayar que la posición jurídica de los trabajadores que deciden la huelga, resulta perfectamente equivalente a la de aquellos que no optaron por ese camino²⁰. En este escenario, conviene subrayar que los trabajadores no huelguistas mantienen frente a la empresa todos los derechos reconocidos en el ordenamiento laboral. Y entre estos se encuentra el exigir una ocupación efectiva²¹; obligación, de la cual no se libera el empleador porque se haya producido una huelga²². Pero para ello será necesario muchas veces que el empleador reubique en sus funciones a los trabajadores no huelguistas, ya que de no mediar tal decisión, el proceso productivo no podría operar correctamente –dada la ausencia de los huelguistas–, y, por tanto, algunos de los primeros no podrían desarrollar el trabajo contratado.

El derecho de los no huelguistas a exigir trabajo a su empleador se suspende cuando el empleador recurre al derecho de *lock-out* o cierre patronal, cumpliendo las condiciones que para ello se requieren²³. Tal decisión empresarial no favorece sus intereses²⁴, de modo que si el empleador opta por continuar con las actividades, es justificable que busque soluciones lícitas que garanticen los derechos de aquellos, como son la prestación efectiva de servicios y el recibir una remuneración por ello. De ahí, se sostiene que la sustitución interna debe ser ciertamente percibida desde esta posición: el de dar trabajo a los no huelguistas y evitar el derecho al cierre patronal²⁵.

¹⁸ *Employment Division Department of Human Resources of Oregon vs. Smith* (494 U. S. 878, 1990); *Vacco vs. Quill* (521 U. S., 801, 1997); *Agostini vs. Felton* (521 U. S. 203, 1997).

¹⁹ SANTANA GÓMEZ, Antonio (1993). *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*. Madrid: Editorial Civitas, 387 pp., p. 89.

²⁰ TOVILLAS ZORZANO, José Julián (1993). “Sustitución de trabajadores en huelga”. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17, pp. 157-174, p. 161.

²¹ En Chile sobre la obligación, en general, del empleador de dar ocupación efectiva a sus trabajadores; Corte Suprema, sentencia de 30 noviembre de 2005, Rol 4125-04.

²² TOVILLAS (1993) 162.

²³ El art. 376 CdT dispone que el *lock-out*, sea total o parcial, solo podrá ser decretado si la huelga afectare a más del cincuenta por ciento del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento en su caso, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en el caso el porcentaje de trabajadores en huelga.

²⁴ Como apuntábamos, el efecto del *lock-out* no favorece los intereses de los no huelguistas, ya que mientras este tenga duración los contratos de trabajos se entienden suspendidos, de modo que “los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías” (art. 377 CdT).

²⁵ TOVILLAS (1993)163

Puede afirmarse, entonces, que la libertad del empresario de organizar el trabajo remanente (es decir, de aquel que no optó por la huelga) no impide –que, por lo demás, no lo hace– el derecho de huelga, sino que persigue evitar la obstrucción de la gestión de la empresa durante el conflicto²⁶; y que de no hacerlo terminará perjudicando a los trabajadores no huelguistas, y, a la larga, a los mismos que han optado por la paralización. No cabe hablar, por tanto, de vulneración o menoscabo del derecho de huelga cuando el poder de dirección de la empresa fuese capaz de reducir en lo posible –y de modos lícitos– los efectos de aquel. Y es que la protección de tal derecho se traduce en la garantía específica de su ejercicio concreto, sin que ello pueda significar la completa anulación de otros derechos que también merecen protección y tutela²⁷.

El tribunal del trabajo de Iquique sostiene asimismo que el derecho de huelga “no tendría sentido” si se permite la sustitución interna, pero según el profesor Diéguez, de esta clase de criterio se pasa de la eventual desactivación de la huelga a su “hiperactivación”, con el consiguiente riesgo de explosión y sus efectos destructores de la libertad patronal de gestión²⁸. La otra cara de la medalla, nos dice el autor, sería cuando los trabajadores acuden a los subsidios o fondos de huelga, el recurso de los cuales no tienen el *animus* malévolo de lesionar al empresario en sus legítimos derechos, sino de mitigar los perjuicios inherentes a la pérdida de la retribución durante el tiempo de la huelga, y sin que nadie piense que dichas conductas son contrarias a la buena fe debida al empresario, pues se trata de actuaciones lícitas, como tantas otras, destinadas a vencer en la prueba de resistencia que es el conflicto²⁹.

No nos parece acertado, a su vez, el razonamiento del tribunal de Iquique, relativo a que el derecho de huelga a través de la sustitución interna quedaría sin efecto debido a que el empleador antes del proceso de negociación colectiva podría contratar nuevo personal para sustituir en sus cargos a los futuros huelguistas si se produce la suspensión de actividades³⁰. Y es que no es posible deducir consecuencias generales respecto de la aplicación de una institución determinada, situándose en una hipótesis de abuso específico que podría conllevar su implementación. Retomando nuestro tema, debemos considerar que con ese criterio jurisprudencial se afectaría igualmente a las empresas que no efectuaron ninguna contratación previa a la negociación colectiva. Ahora bien, si se hubieran

²⁶ DIÉGUEZ (1993) 217.

²⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (2000): “Sustitución virtual de trabajadores en huelga (Comentario a la STS 4.ª 27 septiembre de 1999)”, *Relaciones Laborales*, Madrid: La Ley, tomo I, pp. 797-802, p. 798.

²⁸ DIÉGUEZ (2003) 217.

²⁹ DIÉGUEZ (2003) 215.

³⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, RIT 20-2009.

realizado tales contrataciones, se tendrá que analizar en cada caso si estas corresponden o no a un reemplazo encubierto de eventuales huelguistas, con todo el análisis complejo que ello puede implicar.

Por último, uno de los argumentos de la jurisprudencia judicial y administrativa para considerar también como reemplazo a aquel realizado con trabajadores de la propia empresa, decía relación con el encabezado del art. 381 CdT que hablaba de “reemplazo” a solas, y de que cuyo significado amplio podía comprenderse cualquier clase de sustitución, inclusive la denominada “interna”. A este respecto, la primera de las sentencias de la CS que hemos citado, apuntaba a que tal artículo no solo aludía a “la contratación de trabajadores para el reemplazo”³¹, sino a cualquier clase de relevo. Curiosamente, la jurisprudencia indicada obviaba la parte final del art. 381 CdT, que en su letra c) consigna el requisito último para poder recurrir al reemplazo, y a cuyo tenor el empleador debe pagar a los huelguistas “un bono (...) por cada trabajador contratado como reemplazante”. Sin duda, esta frase legal es ilustrativa en orden a que la procedencia del reemplazo resulta circunscrita en forma exclusiva a la entrada de nuevos trabajadores, y no a la reubicación de dependientes internos en las funciones de huelguistas. De otra manera, la mencionada letra c) del art. 381 CdT podría haber hablado solo de pagar el bono aludido “por cada reemplazante” que desempeñará tareas de los huelguistas, sin hacer referencia a contratación alguna.

Cabe apuntar asimismo, como la propia jurisprudencia administrativa apostillaba que una de las posibilidades de materializar la sustitución interna era por medio del *ius variandi*. Como se sabe, esta facultad empresarial –manifestación del poder de dirección empresarial– se encuentra consagrada en el art. 12 CdT, donde se establecen los lineamientos para su implementación³². Pero en tal precepto no existe limitación alguna a esta facultad empresarial por motivos de huelga, como sí sucede p. ej. con el ap. 2º art. 243 CdT –única disposición de este Código en esa dirección–, que prohíbe la utilización de dicha potestad con dirigentes sindicales, salvo en casos de fuerza mayor. No parece así acertado extender el concepto del reemplazo (cfr. art. 381 CdT) a supuestos no contemplados, como sería la utilización del *ius variandi* empresarial, para proceder a la sustitución interna, mientras dure la huelga; y, más aún, considerando que cuando el legislador lo quiere hacer, según veíamos, lo manifiesta de forma expresa.

³¹ El encabezado anterior del art. 381 CdT, hablaba de “contratar”, lo que daba la idea de recurrir a trabajadores externos, en cambio el nuevo se refiere a “reemplazo”, lo que puede suponer en principio una idea más general. En todo caso, a este punto no se refería la sentencia en cuestión.

³² El ap. 1º del art. 12 CdT dispone que “el empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador”.

2.2.) LA SUSTITUCIÓN INTERNA NO SE CONSIDERA REEMPLAZO: POSICIÓN ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA

A partir del año 2007 la jurisprudencia de la Corte Suprema cambia su criterio, en el sentido de considerar que no se incluye dentro del “reemplazo”, a que alude el art. 381 CdT, el supuesto de la sustitución interna. Se sostiene así que en materia de negociación colectiva el ordenamiento regula la huelga como una “instancia” para forzar un “acuerdo razonable” entre el empleador y los trabajadores, y que en este esquema corresponde “realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan”, toda vez que ella constituye “una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo” –que inclusive se estima “compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”–³³. Por ello se entiende que la prohibición dice relación –salvo en las condiciones excepcionales– con “la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga”³⁴. Es decir, el reemplazo debe involucrar a “personal ajeno a la empresa”, de modo que resulta factible que trabajadores no huelguistas desempeñen las funciones de quienes se encuentran en huelga legal, toda vez que no se trata de “nuevas contrataciones”³⁵. Por consiguiente el empleador puede recurrir a la facultad del *ius variandi* (art. 12 CdT) “con el fin de readecuar su personal en una situación extrema y excepcional (como lo es la huelga)” sin que ello importe un reemplazo de trabajadores³⁶.

Sobre el punto referido a las “nuevas contrataciones”, la jurisprudencia precitada se detiene en él, con miras a precisar el alcance del inciso primero del art. 381 CdT, y determina que *“si bien es cierto se inicia disponiendo la prohibición de realizar reemplazo, no lo es menos, que en el desarrollo de las situaciones excepcionales en que esa circunstancia está permitida, el legislador se refiere a la contratación de trabajadores para los efectos de realizar el reemplazo de los dependientes en huelga. Y no es lo mismo reemplazar que contratar. No lo es, por cuanto la expresión reemplazo, en su sentido natural y obvio significa sustitución, es decir, cambiar uno por otro y la voz contratación, es indicativa de celebración de una convención”*³⁷. Aun cuando nos parece acertado este razonamiento, llama la atención que para su argumentación no se haya atendido a lo dispuesto, según veía-

³³ Corte Suprema, sentencia de 14 de abril de 2008, Rol 345-2008. En el mismo sentido, CS, Rol 5331-06; CS, Rol 995-08; Corte Suprema, sentencia de 30 diciembre de 2009, Rol 7935-2009. Disponibles en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.

³⁴ CS Rol 345-2008.

³⁵ CS Rol 345-2008.

³⁶ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 29 julio de 2009, Rol 113-2009.

³⁷ CS, Rol 345-2008. En el mismo sentido, CS, Rol 5331-06; Rol 995-08; Rol 7935-2009.

mos, en la letra c) del artículo mencionado, que contempla el llamado “bono de reemplazo”, y a cuyo tenor corresponde pagarlo justamente a los huelguistas por cada trabajador “contratado como reemplazante”; y es que, como se advierte, aquí se consigna de manera expresa la idea a la que apunta la sentencia detallada, esto es, que el reemplazo al que alude la disposición en cuestión, implica necesariamente la celebración de un nuevo contrato.

A pesar que concordamos con esta doctrina jurisprudencial, a nuestro entender ella no centra su análisis en el punto clave de la cuestión, consistente en la colisión de dos bienes constitucionalmente protegidos: el derecho de huelga y el derecho a desarrollar una actividad empresarial³⁸. En efecto, dicha jurisprudencia desatiende el art. 19. núm. 21 de la Constitución que consagra *el derecho a desarrollar cualquier actividad económica*, del cual se desprende la posibilidad de constituir y desarrollar empresas, y, por ende, el “poder de dirección empresarial”³⁹.

Como se advierte, dicho poder representa la manifestación de una garantía constitucional, del mismo modo que el derecho a huelga, pero a diferencia de este último –que se encuentra reconocido indirectamente–, aquel derecho se consagra de forma directa en la Ley Suprema. En este contexto, 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 aquellas⁴⁰; más aún, considerando –según afirma Diéguez– que no se trata de un derecho que cumpla una “función social”, pues persigue servir únicamente los intereses particulares de quienes lo ejercitan⁴¹. Con todo, el razonamiento precedente no se ve alterado por el contenido del art. 5º CdT, según el cual “*el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite al respecto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada, o la honra de éstos*”. Y ello debido a que la “sustitución interna” no busca, según se apuntó, debilitar la huelga, sino mantener la continuidad de la actividad empresarial. En cambio, la garantía de la huelga sí sería afectada, p. ej. en caso que el empleador incurriera en actuaciones tendentes a impedir la materialización de aquella que ha sido votada favorablemente, o bien, que no se respeten los presupuestos legales verdaderos

³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (1993). “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* empresarial”. *La Ley*, N° 2, pp. 1016-1026, p. 1021.

³⁹ En el ámbito del Derecho español, Cavas señala que justamente una de las manifestaciones del derecho constitucional de la “libertad de empresa”, son las facultades que integran el poder de organización y dirección del empresario; CAVAS (1993) 1021.

⁴⁰ Como indicaba en su momento la sentencia del Tribunal Constitucional español de 28 septiembre 1992. Disponible en www.westlaw.es

⁴¹ DIÉGUEZ (1993) 217.

para que opere el reemplazo de huelguistas, siempre que se recurra a trabajadores ajenos a la empresa.

Conviene destacar que en esta misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia italiana, dando justamente énfasis al derecho de libre iniciativa económica, así se señala que el derecho de huelga no puede estimarse afectado por el primero, si este se ejerce “para limitar los efectos negativos de la abstención del trabajo sobre la actividad económica de la empresa, asignando a otros las tareas de los adheridos a la agitación, y sin que resulten violadas normas dispuestas para la protección de situaciones subjetivas de trabajadores”⁴².

Frente a estos criterios, Diéguez considera que se trata de una solución correcta y además de sentido común, ya que no puede concluirse que ante una huelga el empresario debe permanecer indiferente y ocioso como si aquella no existiese; sin poder reajustar la organización del trabajo en la empresa para paliar el desorden y perjuicios que de ese modo le sobrevienen⁴³. Y es que no puede concluirse que una vez declarada, la huelga debe quedar inmune frente a cualquier decisión del empresario que persiga asegurar una cierta organización del trabajo con miras a atenuar de algún modo el desorden propio de una interrupción prolongada de la actividad empresarial.

En definitiva, tal como los trabajadores tienen libertad para elegir los medios de presión que estimen más adecuados para la consecución de los objetivos propuestos, los empresarios pueden reaccionar lícitamente, en el libre ejercicio de su poder de dirección, reorganizando las distintas funciones de los trabajadores no huelguista. Ello con el objeto que la suspensión de labores produzca los menores perjuicios posibles⁴⁴. De esta forma, el derecho de huelga no puede impedir que el empresario adopte medidas activas dirigidas a contrarrestar sus efectos, sin llegar al extremo, obviamente, de vaciar su contenido mediante actuaciones prohibidas por el ordenamiento, o cualesquiera otras especificaciones dirigidas a lesionarlo⁴⁵.

⁴² Sentencia de la *Cassazione* italiana, 26 septiembre 2007 (núm. 20164). *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, núm. 1, pp. 49-53, pp. 51 y 52.

⁴³ DIÉGUEZ, Gonzalo (2009): “Esquirolaje interno y otras cuestiones. Comentario a la sentencia de *Cassazione* italiana n. 20164, de 26 septiembre 2007”. *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, N° 1, pp. 43-48, pp. 45 y 46.

⁴⁴ MARTÍN (2000) 798.

⁴⁵ MARTÍN (2000) 798.

BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (1993). “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* empresarial”. *La Ley*, N° 2, pp. 1016-1026.
- DIÉGUEZ, Gonzalo (2009): “Esquirolaje interno y otras cuestiones. Comentario a la sentencia de *Cassazione* italiana n. 20164, de 26 septiembre 2007”. *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, N° 1, pp. 43-48.
- _____ (1993). “Sustitución interna de huelguistas (Comentario a la Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 58, pp. 211-220.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (2000): “Sustitución virtual de trabajadores en huelga (Comentario a la STS 4.ª 27 septiembre de 1999)”, *Relaciones Laborales*, Madrid: La Ley, tomo I, pp. 797-802.
- SANTANA GÓMEZ, Antonio (1993). *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*. Madrid: Editorial Civitas, 387 pp.
- SIERRA, Alfredo (1998). “Análisis de la normativa legal vigente sobre remuneraciones”. *Informativo legal de la Cámara Chilena de la Construcción*, N° 17, pp. 1-14.
- TOVILLAS ZORZANO, José Julián (1993). “Sustitución de trabajadores en huelga”. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17, pp. 157-174.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema, sentencia de 11 septiembre de 2007, Rol 5673-06. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 2 octubre de 2007, Rol 5331-06. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 14 abril de 2008, Rol 345-2008. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 30 noviembre de 2005, Rol 4125-04. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 15 mayo de 2008, Rol 995-08. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 30 diciembre de 2009, Rol 7935-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte Suprema, sentencia de 14 de noviembre de 2005, Rol 4505-05. Disponible en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 29 julio de 2009, Rol 113-2009. Disponibles en jurisprudencia *on line* de LexisNexis.

- Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia de 10 diciembre de 2009, Rol 90-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Lexis-Nexis.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, sentencia de 19 octubre de 2009, RIT 20-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Lexis-Nexis.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia de 9 octubre 2009, RIT 21-2009. Disponible en jurisprudencia *on line* de Lexis-Nexis.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1303-64, 26 marzo de 2004.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1197-61, 11 abril de 2002.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 3403-059, 28 julio de 2006.
- Tribunal Constitucional español de 28 septiembre 1992. Disponible en *www.westlaw.es*
- Sentencia de la *Cassazione* italiana 26 septiembre 2007 (núm. 20164). *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, núm. 1, pp. 49-53.
- *Employment Division Department of Human Resources of Oregon vs. Smith* (494 U. S. 878, 1990).
- *Vacco vs. Quill* (521 U. S., 801, 1997); *Agostini vs. Felton* (521 U. S. 203, 1997).