

EL FORTALECIMIENTO A LA LIBERTAD SINDICAL: UN TEMA JURÍDICO Y DE FUENTES.

(UNA BREVE MIRADA A LA SITUACIÓN EN FRANCIA)

THE STRENGTHENING TO THE UNION FREEDOM: A JURIDICAL TOPIC AND SOURCES.

(A BRIEF LOOK TO THE SITUATION IN FRANCE)

HUGO FÁBREGA VEGA *

RESUMEN: El proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo particularmente en materia de negociación colectiva, no considera asuntos formales necesarios para disipar la discusión actual. El artículo da una cuenta sintética y descriptiva de las promesas que constan en el preámbulo de la discusión, la reacción de los especialistas en la materia y de puntos que a criterio del autor son necesarias advertir teniendo como modelo el sistema francés de negociaciones colectivas vigente, verdadero baluarte en la extensión y eficacia de los derechos laborales a nivel mundial.

Palabras clave: modificaciones legales al Código del Trabajo, libertad sindical, negociación colectiva, sistema francés de libertad sindical.

ABSTRACT: The bill modernizing the industrial relations system by introducing amendments to the Labor Code particularly on collective bargaining, no considers necessary formal affairs to dispel the current discussion. The article gives a concise and descriptive account of the promises contained in the preamble of the discussion, the reaction of the specialists in the field and points to the author are necessary to note taking as a model the French current collective bargaining system, bulwark in the extent and effectiveness of labor rights worldwide.

Keywords: Legal changes to the Labour Code on freedom of association, collective bargaining, freedom of association in french system.

1. INTRODUCCIÓN

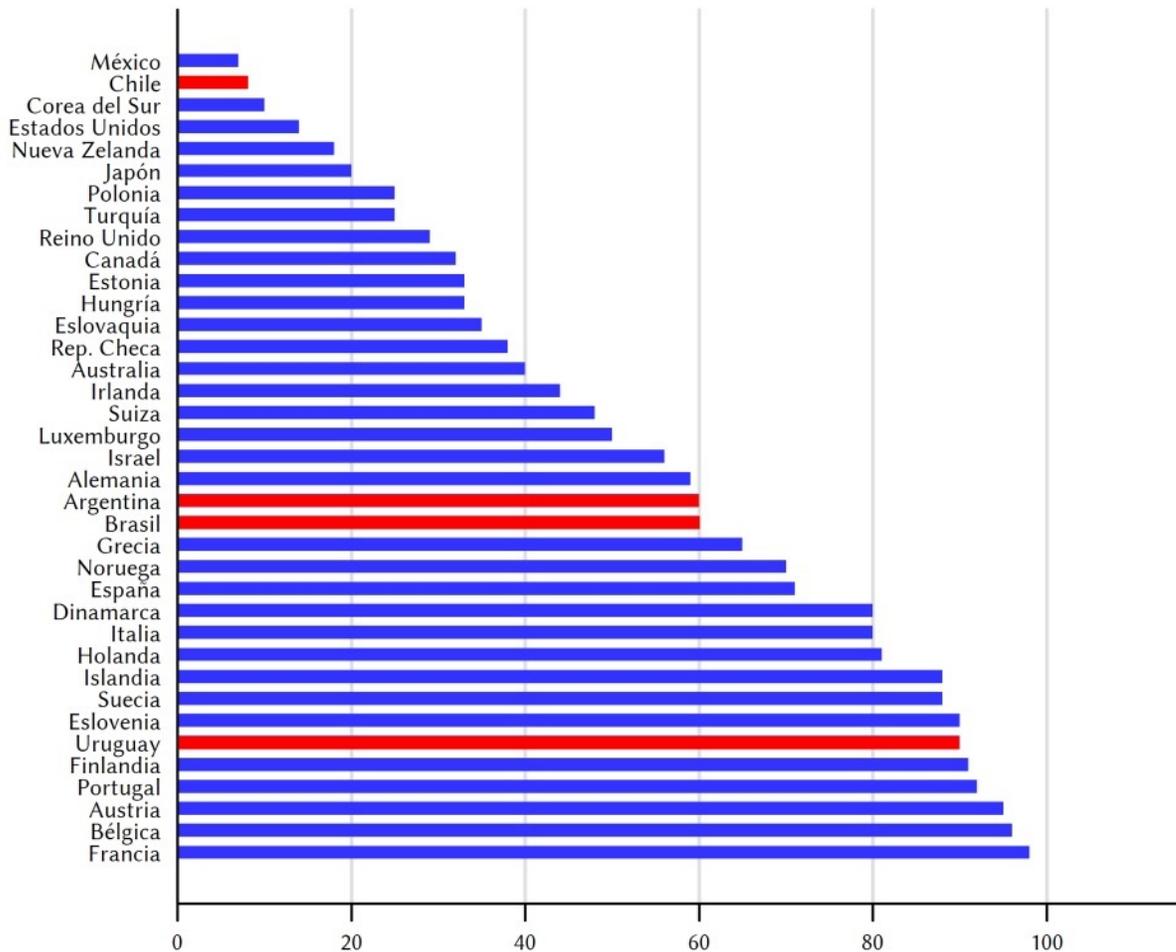
Quien desee ponderar el dinamismo propio de las relaciones laborales, no puede dejar de lado el modelo francés. Alabado por la mayoría, la misma OIT ha validado la institucionalidad de su modelo normativo en cuantiosas recomendaciones, acuerdos y ante todo, ratificaciones, bastando recordar comparativamente la relación existente con el sistema chileno en este último punto: 125 Convenios y 1 Protocolo (convenios fundamentales: 8 sobre 8, convenios de gobernanza -prioritarios-: 4 sobre 4, convenios técnicos: 113 sobre 177);

* Abogado. Miembro del Colegio de Abogados de Chile A.G. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Miembro del Centro Chileno de Estudios de Derecho del Trabajo A.G. Miembro de la Agrupación de Abogados Laboralistas de la Unión Europea e Iberoamérica. Email: hfabrega@ahmt.cl.

versus la situación chilena de 62 Convenios (convenios fundamentales: 8 sobre 8, convenios de gobernanza (prioritarios): 2 sobre 4, y convenios técnicos: 52 sobre 177)¹.

2. DESARROLLO

Un claro ejemplo de lo anterior lo extiende la eficacia de este cuadro a nivel comparativo que da cuenta del porcentaje de trabajadores que negocian colectivamente en los países OECD (más Uruguay, Argentina y Brasil) y que ubica a Francia con el índice más alto de extensión de este derecho fundamental con un porcentaje del 98%²:



El problema de simple comprensión, por ende, radica en entender la contraposición de la realidad de los sujetos imperados por la norma en ambos países y si nuestra discusión legal está a la altura de los más altos compromisos con el derecho fundamental a la libertad sindical,

¹ De los 125 Convenios OIT ratificados por Francia, 79 están en vigor, 39 han sido denunciados y 1 ha sido ratificado en los últimos 12 meses, mientras que de los 62 Convenios ratificados por Chile, 51 están en vigor, 10 han sido denunciados y 1 ha sido ratificado en los últimos 12 meses.

² Fuente: *“Sindicatos y Negociación Colectiva. Panorama Estadístico Nacional y Evidencia Comparada”*, de Gonzalo Durán Sanhueza y Marco Kremerman Strajilevich, Fundación Sol, Enero de 2015.

lo que no significa soslayar de manera primaria el intento del actual gobierno que en su programa político ha puesto en relieve una modificación programática que toca el núcleo de dicha protección.

Veamos el cómo se ha planteado la discusión del asunto como política pública en un marco de legitimidad democrática sistémica, la reacción, el apoyo de las fuentes y las conclusiones a la luz del modelo laboral francés.

El programa de gobierno de la actual Administración toma como eje 3 puntos centrales denominadas “Reformas de Fondo” (reforma educacional, reforma tributaria y nueva Constitución) actualmente en discusión parlamentaria salvo la relativa a la nueva Constitución. De maneras subsidiarias y/o complementarias a las centrales, convergen otras propuestas que contempla el programa de gobierno, siendo, entre otras fuentes de preocupación de la agenda, ubicadas en la sección “Protección y Oportunidades” aquellas relativas al orden laboral.

Recordemos que en lo tocante al plano laboral en análisis (la Negociación Colectiva y Fortalecimiento de la Actividad Sindical), se propuso que *“Para reducir la desigualdad es necesario superar las diferencias que existen en las relaciones entre trabajadores y empresarios. Para aumentar los ingresos de los trabajadores es necesario aumentar la productividad, para lo cual el presente programa considera un conjunto amplio de materias y medidas, entre las que destaca la reforma educacional y las transformaciones al sistema de capacitación y formación para el trabajo. Sin embargo, para aumentar los ingresos de los trabajadores también es necesario aumentar su poder de negociación al interior de la empresa. Debemos fortalecer los sindicatos y realizar un conjunto de modificaciones a la negociación colectiva que permita ampliar la cobertura de trabajadores que pueden ejercer este derecho. Como primer paso terminaremos a la brevedad con el uso artificioso del multirrut o razones sociales para efectos laborales, lo que se ha traducido en limitaciones al ejercicio de derechos laborales básicos de los trabajadores como los de sindicalización y de negociación colectiva. Enviaremos una indicación al actual proyecto que se encuentra en el Congreso. A pesar de tener RUTs distintos, debe considerarse como una empresa a las firmas cuando tengan un mismo controlador, se presten los mismos servicios o se hagan productos similares y se tenga una dirección laboral común. Es necesario fortalecer el sindicato como sujeto de la negociación colectiva. Vamos a impulsar una negociación colectiva con titularidad sindical. Adicionalmente, se extenderán los beneficios, de manera automática, al trabajador que se afilie al sindicato que negoció el contrato colectivo”*.

Asimismo, *“Para impulsar y fortalecer los procesos de negociación colectiva debemos antes informar a las trabajadoras y trabajadores cuáles son sus derechos y deberes. Por este motivo implementaremos acciones de formación ciudadana sobre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en el ámbito laboral, así como de los deberes, en particular el de exigir un contrato formal. Adicionalmente, para contar con una negociación colectiva más técnica e informada es necesario establecer la normativa que permita que el sindicato cuente con información oportuna sobre la situación económica de la empresa, en particular la información sobre el Estado de Resultados y Balance General, que el empleador deberá entregar de manera obligatoria. También entendemos que para fomentar la negociación colectiva debemos impulsar las organizaciones de trabajadoras y trabajadores potenciando el programa de formación sindical que existe en el Ministerio del Trabajo. Estableceremos mecanismos de promoción sindical con financiamiento público permanente y fondos concursables, que permitan a*

las organizaciones y líderes sindicales tener acceso a fondos de desarrollo y gestión sindical. Se debiera poner especial énfasis en la sindicalización femenina, los sindicalistas noveles o jóvenes, como asimismo en programas de acercamiento de sindicatos a organizaciones de la sociedad civil. El actual Código del Trabajo establece un proceso de negociación colectiva engorroso y complejo, que no favorece ni facilita el acuerdo entre las partes. Modificaremos estas normativas para introducir mejoramientos y simplificaciones al proceso de negociación colectiva reglada, otorgando capacidad y autonomía a las partes durante el proceso de negociación. El año 2000, entró en vigencia el Convenio OIT N° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicalización, ratificado por el Congreso Nacional. El país ha sido notificado en distintas oportunidades tanto por la OIT (2008 y 2012) como por Naciones Unidas (2004) en cuanto a que la norma laboral de los reemplazos durante la huelga constituyen un incumplimiento de este convenio y de la libertad sindical. Avanzaremos en el respeto a la libertad sindical conforme a las normas y convenios que Chile ha ratificado en materia laboral. Otra de las materias debatidas en el proceso de negociación colectiva tiene relación con los beneficios obtenidos en negociaciones anteriores. Avanzaremos para regular que, considerando la situación económica de la empresa, la negociación tenga como base las condiciones de la negociación colectiva anterior. No podremos potenciar las organizaciones sindicales si no somos capaces de hacerlas más atractivas. Más participación en los sindicatos debe ser sinónimo de mejores condiciones para los trabajadores y mayores niveles de productividad. Modernizaremos nuestra ley laboral para permitir la ampliación de las materias que se puedan acordar en una negociación colectiva con el empleador, cuando esto sea por acuerdo de las partes, teniendo los resguardos para asegurar la representatividad de los sindicatos”.

Respecto de la protección a la libertad sindical, la Nueva Mayoría prometió que *“Debemos fomentar y facilitar la actividad de estas organizaciones, para lo cual una de las áreas a estudiar es que los permisos sindicales deberían ser ampliados y de cargo de la empresa, en particular, los que se utilizan para labores de educación y capacitación sindical y otras actividades propias de la labor sindical. Tenemos que ser conscientes que, aunque tengamos implementadas las medidas anteriores, todavía existirá un grupo importante de trabajadores, en particular los menos calificados que laboran en empresas más precarias, que no accederán a negociaciones en igualdad de condiciones. Por ello los ingresos del trabajo, salario más políticas pro empleo deben converger a un monto que permita superar la pobreza. Impulsaremos consultas a las organizacionales nacionales de empleadores y trabajadores, junto con la creación de una instancia técnica de carácter tripartita e integrada además por especialistas, que asesore al Gobierno en el reajuste del salario mínimo. Esta comisión deberá presentar un informe público que analice el mercado del trabajo. Durante la transición, dentro de los márgenes del crecimiento previsto, el reajuste al ingreso mínimo debe alcanzar los \$250.000.- a mediados del próximo período presidencial”*³.

Con fecha 29 de Diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo, en uso de sus facultades constitucionales, envía el mensaje presidencial al Congreso Nacional para su tramitación (o iniciativa correspondiente a la Presidenta de la República de manera exclusiva y excluyente) intitulada **“PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO”**⁴.

³ Programa de Gobierno de Michelle Bachelet/Nueva Mayoría (2014-2018). Disponible en: <http://michellebachelet.cl/programa/>

⁴ Mensaje N°1055-362/, que al Congreso Nacional ingresa como **“PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO”**, bajo el Boletín N° 9.835-13.

La idea fuerza del proyecto de ley, subyace en la siguiente frase del capítulo que lo fundamenta al punto de resumirlo y también objetivarlo: *“Este proyecto constituye una oportunidad para generar una cultura de diálogo y colaboración estratégica entre los actores. Las relaciones laborales modernas se basan en el respeto mutuo, el reconocimiento de la contraparte como un interlocutor legítimo que debe ser respetado en su dignidad y derechos. El diálogo permanente, la colaboración, la buena fe, más allá de las legítimas diferencias, todo ello con miras a la búsqueda conjunta de mejores condiciones laborales y productividad, es una lógica constructiva y de mutuo beneficio, que es la que esperamos, que con este proyecto, logre permear nuestra institucionalidad, introduciendo una efectiva modernización del sistema de relaciones laborales para nuestro país”.*

Asimismo, establece como antecedentes la baja cobertura de negociación colectiva (*“...en el año 2013 alcanzó apenas el 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada”*), y las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) relativas a los Convenios N° 87 y 98 relativas a: 1) Legislación que limita el derecho a la negociación colectiva (entre otras, a los artículos 305 y 82 del Código del Trabajo, en cuanto excluyen de la negociación colectiva a los trabajadores afectos a contrato a aprendizaje o contratados para una obra o faena transitoria o de temporada, el artículo 1° del Código del Trabajo que por vía de exclusión en la aplicación de sus normas, impide el ejercicio de los derechos de negociación colectiva); 2) Legislación que limita el ejercicio de los derechos de libertad sindical en lo relativo a los sindicatos y a la negociación colectiva (artículos 314 bis, 315 y 320 del Código del Trabajo, que facultan a grupos de trabajadores para negociar colectivamente, pues ello sólo ha podido hacerse en conformidad a los convenios, en ausencia de las organizaciones sindicales; y a los artículos 334 y 334 bis, en cuanto exigen diversas formalidades y el previo acuerdo del empleador para negociar colectivamente); y 3) Legislación que limita el ejercicio del derecho de huelga (artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que disponen que la huelga debe acordarse por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación; al artículo 374 del mismo Código que dispone que si no se hace efectiva dentro de tercero día la votación de huelga, se entiende aceptada la última oferta del empleador; al artículo 379 de ese cuerpo legal, que dispone la votación de censura de la comisión negociadora de los trabajadores; al artículo 381 que contempla la posibilidad de reemplazo de trabajadores bajo ciertas condiciones que debe contener la última oferta del empleador y al artículo 384 del código que prohíbe la huelga en las actividades e instituciones que indica).

Como sea el destino de la discusión parlamentaria que actualmente no ha propuesto un modelo de promulgación a su legislador a pesar de la calidad de “urgencia” en su actual carátula, y de cuyo contenido dimensional escapa a lo que motiva esta breve reflexión, no corresponde sino a un antecedente importantísimo, quizás elocuente y principal, señalar, para efectos de apreciar correctamente la fuente material de este antecedente normativo en tramitación, que tanto el mundo de las organizaciones de trabajadores como del mundo empresarial, las críticas no han sido moderadas, precisamente; pero sin embargo comparten un hilo conductor común en su mayoría: su rechazo al proyecto.

En efecto, y augurando la desazón que provoca la actual legislación laboral vigente, en que ésta se debería reformular al punto de al parecer derogarla y reemplazarla por otra completamente distinta, algunos profesores y especialistas en Derecho del Trabajo redactaron, en conjunto con la Fundación Sol, un documento denominado “Manifiesto Laboral”⁵ durante Abril de 2013, basados, como foco primario de sus posturas que *“con el golpe militar de 1973 se adoptó en Chile una estrategia de desarrollo basada en el dogma del libre mercado, instaurando uno de los sistemas más radicales del mundo dentro de ese paradigma, consistente en el establecimiento de un Estado subsidiario, una gran desregulación normativa y la apertura externa”*, prosiguiendo con que *“La acción de la dictadura, entonces, provocó una violenta redistribución del poder entre sectores sociales, favoreciendo los grandes intereses económicos. Posteriormente, los gobiernos de la Concertación no modificaron sustantivamente esta situación, apoyando argumentos y políticas en las que primaban los equilibrios macroeconómicos más que la democracia y la calidad de vida de los trabajadores y las trabajadoras. Bajo esa óptica, los derechos laborales siguieron siendo percibidos como obstáculos y rigideces para la actividad económica y no como un elemento sustantivo que debe ser resguardado por la sociedad”*.

Esta óptica, al parecer, no bastaba con un espacio mínimo al cual corresponder, ya que uno de los profesores firmantes de dicho “Manifiesto Laboral”, al referirse sobre el actual proyecto de ley dijo que *“Pero el único problema es que el proyecto es antisindical. Escuchó bien, es pro empleador y no moderniza nada, al contrario, refuerza relaciones jerarquizadas y sin participación en el mundo del trabajo”*, concluyendo que *“Los enemigos de la libertad sindical deben estar felices y tranquilos con este proyecto. El gobierno está a punto de darle un tiro de gracia al ya débil sindicalismo chileno”*⁶, óptica poco feliz o esperanzadora (por decir lo menos) que comparte otro de los firmantes del famoso manifiesto y que ahora opina sobre la reforma *“El día de la presentación de esta agenda muchos dirigentes sindicales celebraron alborozados y exultantes. Obvio, nadie había leído ni una coma del proyecto. Eran como esos invitados a una tarde de té que, como en el mejor cuento de Allan Poe, no sabían que la inocente torta tenía su dosis de maldad”*, rematando su análisis con que *“La agenda laboral que sólo pretende abarcar a menos de la mitad de los trabajadores quedará inevitablemente atrapada por la sospecha del tutelaje empresarial y por venir, con bombos y platillos, a consolidar, ahora en democracia, el Plan laboral de esa dupla inolvidable: Pinochet/Piñera”*⁷.

Desde la vereda del sindicalismo, y en tono más moderado, la presidenta de la Central Unitaria de Trabajadores de Chile (CUT), entidad que posee el más alto número de participación voluntaria a nivel de sindicalizados, ha mantenido una opinión proclive al diálogo confiada en los méritos de la reforma, quizás no en su composición fundamental, pero, al menos en las ideas que son vinculantes con las propuestas del programa político de la actual Administración: *“Nuestra máxima es y sigue siendo que, al hablar de las relaciones laborales, nos estamos pronunciando sobre la real voluntad de superar la desigualdad y avanzar hacia un Chile con mayor equidad, toda vez que el poder sindical significa mejores condiciones para hacer efectiva la justa retribución a los trabajadores, sindicalizados o no, por su aporte físico o intelectual, al proceso productivo y de desarrollo del país”*⁸.

⁵ Disponible en www.fundacionsol.cl

⁶ GAMONAL (2015): *“La reforma laboral: el miedo a la libertad sindical”*. Disponible en www.diarioconstitucional.cl

⁷ UGARTE (2015): *“Agenda Laboral: no es lugar para la mayoría”*. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/26/agenda-laboral-no-es-lugar-para-la-mayoria/>

⁸ FIGUEROA (2015): *“¿Qué discute Chile con la Reforma Laboral?”*. Disponible en <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/19/que-discute-chile-con-la-reforma-laboral/>

Ahora bien, desde las entidades gremiales y personeros que representan a los empleadores, todos, en alguna medida, han alzado la voz criticando el proyecto: *“No me parece la forma en que se ha desarrollado la reforma. Sólo se le ha hecho caso a los sindicatos. A los empresarios se les ha recibido, pero de ahí no pasamos. A la gran mayoría de los trabajadores chilenos que no están sindicalizados, 85%, ni siquiera se les ha pedido su opinión. Esto ha sido, desde el punto de vista de los empresarios, un diálogo de sordos”*⁹; *“El proyecto de ley de Reforma Laboral responde a desafíos del siglo XX, pero no del siglo XXI”*¹⁰; *“Si con los cambios legales no aumenta el número de trabajadores sindicalizados (...) los sindicatos ya no tendrán a quien culpar”*¹¹; comentarios que también comparten, desde esta óptica, otros profesores y especialistas en Derecho del Trabajo: *“Tengo la impresión que el proyecto de ley por esta vía lo que está haciendo es propiciar que todos los trabajadores tengan como única opción el estar sindicalizados. Me parece complejo porque nuestro sistema jurídico reconoce la libertad de afiliación”*¹²; *“...la Negociación Colectiva podría “desnaturalizarse” dado la fuerte injerencia que ha pasado a ocupar la Dirección del Trabajo”*¹³; *“Entonces, la experiencia enseña que el proyecto de ley que “moderniza el sistema de relaciones laborales” introduciendo cambios a las normas de negociación colectiva es un retroceso de 85 años que pretende implantar un sistema de negociación colectiva caduca y que no produjo ni desarrolló ni riqueza en Chile y que en otras partes del mundo occidental, como ocurrirá en nuestro país, desprotege a quienes se encuentran desempleados”*¹⁴.

En síntesis, este proyecto de ley, como parte del programa de gobierno, no ha sido fiel a una de las premisas de su planteamiento: la ausencia de un diálogo ha privado al debate generando desconfianza...y con pésimos resultados dadas las contraposiciones y disonancias que se exponen por todos los actores sociales posibles.

He aquí, entonces, la primera falencia material (de dos) que considero importante detenerse, sobretudo, si compartimos el afán científico que apoye una materialidad empírica que, a decir de Dworkin, conmueva a la norma jurídica a proponer una sintonía diferenciada que determine su estricto cumplimiento por todos los sujetos imperados.

Increíblemente, como se puede apreciar, la visión pesimista del mundo científico entonces no ha sido escuchada... y al parecer olvida cuestiones que, considero a título

⁹ VILLARINO (2015): Presidente ejecutivo del Consejo Minero, en entrevista al periódico La Tercera. Disponible en: <http://diario.latercera.com/2015/04/18/01/contenido/negocios/10-187829-9-joaquin-villarino-no-creo-que-la-r-laboral-sea-una-sancion-a-la-mala-conducta.shtml>

¹⁰ HILL (2015): Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, en entrevista a la Revista Comercio. Disponible en: <https://www.cbolsa.cl/apps/Static/mailling/vf20150202.pdf>

¹¹ LAURIE, Michel. Senior Manager Servicios Laborales de PricewaterhouseCoopers (PWC), en columna *“La gran deuda de los sindicatos”*, publicada el 2 de Enero de 2015 en el periódico La Tercera.

¹² LIZAMA, Luis. Abogado laboralista de Lizama y Cía. y académico de la Universidad de Chile, en reportaje de 2 de Enero de 2015 publicada en el periódico La Tercera.

¹³ HUMERES, Héctor. Abogado laboralista de Arthur, Humeres, Mejía & Toloza, miembro de la Comisión Laboral de la Cámara de la Producción y el Gobierno y académico de la Universidad de Chile, en reportaje de 2 de Enero de 2015 publicado en el periódico El Mercurio de Santiago.

¹⁴ URIBE, Enrique. Abogado laboralista de Uribe, Hübner & Canales, Presidente del Centro Chileno de Estudios de Derecho del Trabajo A.G., en editorial *“Reforma laboral ¿modernización y equilibrio?”*, publicada en el periódico El Mercurio de Santiago el 21 de Marzo de 2015.

personal, fundamentales encarar con responsabilidad: 1) derecho fundamental a la huelga en doble aspecto: regulación del reemplazo interno y situación de descuelgue de trabajadores movilizadas, y 2) regulación conceptual de servicios mínimos (señalando el campo de acción definido antes de la Negociación Colectiva o durante aquella, o, lo que en la ley francesa se reconoce expresamente como empresas “*estratégicas*”, siguiendo el estándar que propone la misma OIT en la materia.

Los puntos antes nombrados deliberadamente han quedado en el olvido sin saber por qué, y tampoco se sabe si quienes han de interpretar la norma como punto final con carácter de cosa juzgada están de acuerdo a lo que subyace a la caracterización normativa; en efecto, la Excm. Corte Suprema ya, con la actual legislación, ha determinado la precisión de alcances en materias que incluso son materias de iniciativa legal¹⁵; luego, ¿es posible determinar con responsabilidad si los estándares jurídicos de una programática sin un real piso científico y que encarga su determinación a un intérprete que podría cambiar de parecer corresponde a una adecuada protección y fortalecimiento al derecho fundamental a la Libertad Sindical?

Parece que no. Y he aquí la segunda falencia material que me parece necesaria destacar.

Pero no hay que olvidar que el dinamismo propio de las relaciones laborales advertido ya al principio de esta reflexión, posee una impronta y salvaguarda al igual que todo derecho fundamental: una huella en su materialidad normativa que trasciende los límites geográficos y que coincide en la protección ciudadana a nivel mundial. Lo anterior es ni más ni menos que la experiencia comparada.

En este punto, solamente me referiré brevemente a una institución que, por su importancia práctica inmersa en la discusión actual, determina una obligada mirada o regreso a la comprensión de las fuentes formales como el fundamento de la obligatoriedad o pretensión normativa: el reemplazo de trabajadores en huelga en el modelo francés, haciendo especial

¹⁵ Baste examinar los criterios en Unificación de Jurisprudencia determinados por la Cuarta Sala del Excmo. Tribunal: Recurso N° 15.293-2014 con sentencia de 12 de Mayo de 2015 (que reitera criterio modificado), Recurso N° 10.444- 2014 con sentencia de 29 de enero de 2015 (con voto en contra de abogado integrante Sr. Prado) y Recurso N° 3514-2014 con sentencia de 4 de diciembre de 2014 (que rechaza recurso con votos en contra de abogados integrantes sres. Peralta y Prado), donde determinando el alcance en la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga establece en lo medular de este último fallo que: a) se tiene que la visión vertida en autos por la empresa no se conforma con los fines ni con los valores que inspiran los superiores derechos de sindicalización y de negociación colectiva; b) sin repetir lo que ya se ha predicado sobre el particular, ocurre que las prerrogativas que recogen las especies 16ª inciso antepenúltimo y 19ª de la Constitución Política de la República no son indiferentes entre sí, lo que se traduce en que, de cara al derecho a declarar la huelga -ínsito en los dos últimos párrafos de la primera de las mencionadas- sus respectivas autonomías se conjuguen en un todo, por manera que el derecho a la declaración de la huelga legal es una suerte de coronación esencial del de libertad sindical, a través del normado ejercicio del de negociación colectiva; d) todos son fines y causas a la vez. Cada uno de ellos ha de ser visto como causa final de los otros. En esa conjunción se anida lo más esencial de las potencialidades del trabajo organizado, desde la perspectiva del factor débil de la relación laboral; y e) a la luz de su fin y valor, resulta insostenible la tesis de la parte patronal, que pretende escindir el derecho de libertad sindical del de declaración de huelga y su concretización.

hincapié al modelo jurisprudencial reciente, como fundamento o manifestación palpable de la libertad sindical.

En Francia, el reemplazo se determina básicamente como un obstáculo al derecho de huelga (algo plenamente aplicable al derecho chileno). Hasta 1864 en el modelo francés la huelga estaba estrictamente prohibida y constituía un delito penalmente punible. Después de esta fecha, las sanciones penales fueron suprimidas, pero sólo después de la segunda Guerra Mundial se reconoció el derecho a la huelga la que se encuentra consagrada primariamente en el artículo 7 del preámbulo de la Constitución de 1946, que incluso se hace referencia en la Constitución de 1958 (al derecho de huelga) como un derecho constitucional. Explícito. La Corte de Casación la ha definido como “*la terminación colectiva y concertada del trabajo colaborativo*”¹⁶.

Ahora bien, en el sector privado (dado que las reglas para el sector público –a diferencia del modelo chileno- son del todo claras en toda la extensión normativa en el Código del Trabajo Francés –art. 2512-1-), la huelga debe ser conocida por el empleador al momento del cese de las labores, sin perjuicio de que la esta pueda ser activada en cualquier momento (incluso sin formalidades) donde el empleador podrá ser notificado por los empleados, sindicatos e incluso la inspección del trabajo; luego, la dimensión de este cese concertado de labores no debe ser pre-avisada, excepto en ciertos sectores en los que el principio constitucional del derecho de huelga debe conciliarse con el objetivo de salvaguardar el orden público o incluso, el objeto de la faena que está suspendiendo. Todo lo anterior está rigurosamente descrito en el Título I (ejercicio del derecho de huelga) del Libro V (Los conflictos colectivos) del Código del Trabajo francés (art. 2511-1).

Durante la huelga, en cualquier forma de su manifestación, se suspende el contrato de trabajo. El empleador no está obligado a pagar los salarios y operan los descuentos proporcionales a la inactividad; sin embargo, el trabajador todavía goza de una protección especial: él no podrá verse sometido a medidas discriminatorias, incluyendo compensaciones y beneficios mínimos¹⁷. El empleado no puede también ser castigado o despedido como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga: el despido sería nulo y llevaría a su reincorporación. Sólo la negligencia personal e individual del trabajador con la intención de perjudicar al empleador (destrucción o degradación de los bienes de la empresa, secuestro, asalto y agresión de personal directivo o gerencial, etc.) u ocupar ilegalmente (toma) las instalaciones de la empresa puede justificar el despido trabajador y, en su caso, demandar su responsabilidad civil y penal en los hechos.

¹⁶ Sentencia de Casación de 17 de Enero de 1968.

¹⁷ Por ejemplo si la eliminación de bonificaciones en función de la presencia en la faena puede ser posible (v.gr. bonos de asistencia) la participación en los beneficios estará sujeta a una reducción si todas las ausencias que no sea las personas legalmente en huelga son asimiladas a una ventaja efectiva del tiempo de trabajo con el mismo resultado.

Ahora bien, en Francia se prohíbe, so pena de sanciones penales, contratar a un empleado con contrato a plazo fijo o buscar un interino para reemplazar a los trabajadores en huelga. Sin embargo, con otros empleados (no huelguistas) la empresa puede cubrir temporalmente los puestos de trabajo de aquellos, con la condición de que estos empleados no pueden ser reemplazados en sus propias funciones o por empleados temporales contratados para este fin, medida acorde con lo dispuesto en el art. 1242-6 N°1 del Código del Trabajo francés que remite la vigencia de un contrato a plazo en casos de conflicto colectivo. También está prohibido el uso de una empresa de subcontratación o tercerización que podría utilizar trabajadores temporales para reemplazar a los trabajadores en huelga; luego, y por el contrario, parece posible utilizar subcontratación si se cumplen las condiciones de la subcontratación legal y si el proveedor de servicios utiliza su propio personal permanente.

Aparte de estas prácticas autorizadas jurisprudencialmente¹⁸, la empresa sólo puede utilizar sus propios empleados para sustituir a trabajadores en huelga. Según la jurisprudencia¹⁹, el empleador tiene la opción de utilizar trabajadores que pertenezcan a diferentes estamentos dentro de la empresa, en la medida que estos empleados tengan contratos de duración indefinida. Esta práctica (legal) se permite incluso si la empresa utiliza los empleados que trabajan en establecimientos situados en el extranjero²⁰.

Luego, y en síntesis, el empleador puede, en su caso, reemplazar con personal interno a los huelguistas; sin embargo, debe asegurarse de que no conduce a la persona interesada un cambio en su contrato de trabajo como premisa circunstancial y básica que guíe al intérprete a la correcta aplicación de la norma.

3. CONCLUSIÓN

En orden a determinar, como base conclusiva de esta reflexión, si podríamos comparar al sistema francés como modelo de prolijidad normativa (aquella que conduce entre otros factores a la paz social) conforme a las bases estructurales del proyecto de ley que actualmente se discuten en el Congreso Nacional, mi parecer es que el eje normativo actual que permite medir el alcance de la libertad sindical sí asegura el ejercicio e imposición de la libertad sindical en su base como derecho fundamental como primera reflexión ya que las mismas variantes formales que posee el código francés parte de la misma premisa que el código chileno. La diferencia radica en que la escasa regulación normativa nacional muchas veces impone la variante de la incomprensión, cuestión que necesariamente debe ser reflexiva y cuidadosamente prevista por el legislador.

¹⁸ Siempre y cuando sea proporcional a las necesidades de orden público (CE 09/12/2003 N° 262186: RJS 4.2 No. 248).

¹⁹ A juicio de la jurisprudencia, se puede, por ejemplo, solicitar voluntarios (Corte de Casación –Sala en Lo Social-01.11.2000 N° 134:2/00 RJS 203) o para otra empresa (No. 15-2-1979/317); que se llevará a cabo, ya sea en las instalaciones de la empresa en huelga mediante el envío de sus propios empleados o por la realización de la producción en sus propias instalaciones. En el primer caso, debe haber una verdadera subcontratación y no un trabajo listo prohibido por la ley; en el segundo caso, el subcontratista no puede reclutar a sí mismo personal interino para garantizar el trabajo de los huelguistas.

²⁰ En el conflicto colectivo de British Airways en 2012 (replicado a mediados de este año), la empresa reemplazó a trabajadores en huelga por los trabajadores no huelguistas de otras bases aéreas de la compañía en Europa, situación utilizada por otras aerolíneas más recientemente. El fundamento del fallo de la Corte de Casación de la época permite el reemplazo afirmando que en sí es legítimo permitir al empleador cumplir con sus compromisos contractuales con respecto a sus clientes con empleados no huelguistas.

En segundo término, no es extraño el hecho de que las normas propuestas sean objeto de crítica por parte mayoritaria del foro jurídico laboral. En esto, la disparidad de criterios bajo la cual se mide el actual proyecto siempre pasan por la medición del alcance de eficacia en el imperio de la norma jurídica, quizás motivados por el error de normativizar conductas con una baja participación activa del principal sujeto llamado a fortalecer su ejercicio en este ámbito: el sindicato. De ahí que una reflexión obligada de la eficacia de la norma medida comparativamente entre el sistema chileno y el francés sea la baja participación de nuestra realidad, versus la altísima en Francia.

Están las instituciones actualmente en planteamiento futuro. Veamos cómo se termina de escribir esta historia.

En tercer lugar, creo importante insistir que mientras no se indiquen motivos fuertes para desobedecer el mandato normativo, la norma laboral no puede caer en zonas grises donde se permita la coexistencia de instituciones legales con realidades relativas, lo anterior queda claro al medir el estándar de aplicación de una institución coexistente dentro de otra: el reemplazo de trabajadores en huelga. Mientras las partes en conflicto saben de antemano el régimen aplicable para el alcance de la huelga como derecho fundamental, igualmente los intérpretes de la norma sabrán de antemano el límite en el ejercicio de este derecho. En esto (y en el plano general del fortalecimiento a la libertad sindical), me parece que se ha desatendido a las fuentes, tanto formales como materiales en contribución al pilar que debería rodear todo intento que anime un cambio de esta envergadura: la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

BACHELET JERIA, Michelle (2015): *“Programa de Gobierno de Michelle Bachelet/Nueva Mayoría (2014-2018)”* Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/programa/>>

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL (2015): *“Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al código del trabajo”* Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10248>

DURÁN SANHUEZA, Gonzalo; KREMERMAN STRAJILEVICH, Marco (2015): *“Sindicatos y Negociación Colectiva. Panorama Estadístico Nacional y Evidencia Comparada”* Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/04/Fundaci%C3%B3n-SOL-2015-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.compressed.pdf>

EMOL (2015): *Asesor de CPC y reforma laboral: Rol de la DT podría "desnaturalizar" la negociación colectiva* Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/economia/2015/01/02/697180/asesor-de-la-cpc-y-reforma-laboral-rol-de-la-dt-podria-desnaturalizar-la-negociacion-colectiva.html>>

FIGUEROA, Bárbara (2015): *“¿Qué discute Chile con la Reforma Laboral?”* Disponible en <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/19/que-discute-chile-con-la-reforma-laboral/>>

FUNDACIÓN SOL (2015): *“Manifiesto laboral: Por un nuevo Modelo de Relaciones Laborales”* Disponible en <<http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/10/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>>

GAMONAL, Sergio (2015): *“La reforma laboral: el miedo a la libertad sindical”* Disponible en <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-reforma-laboral-el-miedo-a-la-libertad-sindical/>>

LA TERCERA (2015): *Abogado laboralista Lizama y Cía.: "Esta es una verdadera revolución en nuestro sistema de relaciones laborales"* Disponible en <<http://diario.latercera.com/2015/01/02/01/contenido/negocios/10-180833-9-abogado-laboralista-lizama-y-cia-esta-es-una-verdadera-revolucion-en-nuestro.shtml>>

LA TERCERA (2015): *Joaquín Villarino: "No creo que la R. Laboral sea una sanción a la mala conducta empresarial"* Disponible en <http://diario.latercera.com/2015/04/18/01/contenido/negocios/10-187829-9-joaquin-villarino-no-creo-que-la-r-laboral-sea-una-sancion-a-la-mala-conducta.shtml>>

LAURIE CERDA, Michel (2015). *"La gran deuda de los sindicatos"* Disponible en <<http://papeldigital.info/lt/2015/01/02/01/paginas/030.pdf>>

UGARTE, José (2015): *"Agenda Laboral: no es lugar para la mayoría"* Disponible en <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/03/26/agenda-laboral-no-es-lugar-para-la-mayoria/>>

URIBE, Enrique (2015): *Reforma laboral, ¿modernización y equilibrio? "El reemplazo es una manera de evitar que la huelga sea la expresión de fuerza por fuerza o 'quién aguanta más', a través de un proceso más tecnificado en que se negocia el aporte de productividad y una remuneración de mercado..."* Disponible en <<http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/21/30332/Reforma-laboral-modernizacion-y-equilibrio.aspx>>

HILL, Peter (2015): entrevista en *Revista Comercio* de Febrero de 2015, pp.58. Disponible en <<https://www.ccbolsa.cl/apps/Static/mailling/vf20150202.pdf>>