

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

Análisis crítico de la noción de última oferta en la negociación colectiva

Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho

Memorista: Felipe Figueroa Ramírez

Profesor Guía: Dr. Eduardo Caamaño Rojo

Valparaíso, Chile

2012

ÍNDICE

INTRODUCCION	Página
CAPÍTULO PRIMERO	
VISION GENERAL SOBRE LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA REGLADA	1
1.- LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	1
2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ÚLTIMA OFERTA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	2
2.1.- La última oferta del empleador en el Código del Trabajo de 1931.....	2
2.2.- La última oferta del empleador en leyes especiales.....	3
2.2.1.- Decreto con Fuerza de ley 313, de 1956, sobre sindicación y negociación colectiva de trabajadores del cobre.....	3
2.2.2.- Ley 16.625 sobre sindicación campesina.....	5
2.3.- La última oferta del empleador en el plan laboral: Decreto Ley 2758, sobre negociación colectiva.....	5
2.4.- La última oferta del empleador en el Código del Trabajo de 1987...	6
2.5.- La última oferta del empleador tras la modificación de la ley 19.069...	6
2.6.- La última oferta del empleador tras la modificación de la ley 19.759.....	7
3.- REQUISITOS DE LA ÚLTIMA OFERTA U OFERTA VIGENTE DEL EMPLEADOR.....	7
4.- CARACTERÍSTICAS DE LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR.....	8
4.1.- Debe emanar del empleador.....	8
4.2.- Debe tener la forma de un proyecto de contrato colectivo.....	9
4.3.- Debe ser seria.....	11
4.4.- Se trata de una institución excesivamente rígida.....	11
5.- LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR A LA LUZ DE LOS DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.....	12
5.1.- Década de 1990.....	12
5.1.1.- Dictamen N° 6050/263 de 1996.....	12

5.1.2.- Dictamen N° 2723/109 de 1996.....	13
5.1.3.- Dictamen N° 5413/287 de 1997.....	14
5.1.4.- Dictamen N° 25/02 de 1997.....	14
5.2.- Década del 2000.....	15
5.2.1.- Dictamen N° 3593/267 del 2000.....	15
5.2.2.- Dictamen N° 5018/219 de 2003.....	15
5.2.3.- Dictamen N° 868/48 de 2004.....	16
5.2.4.- Dictamen N° 2205/039 de 2008.....	16
5.3.- Algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia administrativa analizada.....	17

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ÚLTIMA OFERTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE HUELGA.....	19
1.- VOTACIÓN DE LA HUELGA.....	19
1.1. Ejercicio de la Huelga.....	22
2.- EL REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES INVOLUCRADOS EN LA HUELGA.....	24
2.1.- Bono de reemplazo.....	28
2.2.- Jurisprudencia Judicial acerca del reemplazo de trabajadores.....	30
3.- TERMINACIÓN DE LA HUELGA.....	36
3.1.- Terminación por voluntad colectiva.....	36
3.2.- Terminación por voluntad individual.....	36
4.- SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: CASO URUGUAYO.....	38
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	43

INTRODUCCIÓN

La oferta en general, que deriva del latín *offerre*, podemos definirla a grandes rasgos como una propuesta que se realiza con la promesa de dar o ejecutar algo. En doctrina, se define como “una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otras, en la que se formula el proyecto de contenido de un contrato”¹. Otros señalan que el término oferta tiene dos acepciones claramente distintas: “la promesa que se hace de dar a uno o hacer por él una cosa, esto es, policitación, y la proposición hecha con el fin de contratar, esto es, una acción de manifestar a otro un negocio jurídico para inducirlo a que lo acepte”².

La última oferta del empleador, el objeto de estudio de la presente memoria, es a grandes rasgos un instrumento relevante en medio del proceso de negociación colectiva, especialmente en lo relativo al ejercicio del derecho de huelga, que conjuntamente con la negociación colectiva, son manifestaciones de la libertad sindical.

Creemos que la institución de la última oferta es clave para el desarrollo y término de las negociaciones colectivas, sobre todo cuando éstas caen en un punto muerto. El problema sin embargo es la razón de ser de esta institución. Para ello debemos remontarnos a la década de los ochenta del siglo pasado y comprender la visión de libre mercado impuesta por los denominados “Chicago boys”. Esta visión de corte neo-liberal exige que el libre mercado sea el factor predominante, y todo lo que suponga una restricción a tal principio debe ser limitado al máximo.

Uno de los aspectos que fueron restringidos fue precisamente el ámbito laboral, en especial el relacionado con el derecho colectivo del trabajo. La huelga fue considerada como un obstáculo para el crecimiento económico de la empresa, y por ende fue limitada y considerada simplemente como un mero trámite dentro de la negociación colectiva reglada.

Ahora bien, una clara demostración de lo antes dicho es, precisamente, el establecimiento de la última oferta del empleador con todas esas presunciones o mecanismos que desequilibran la balanza a favor de éste. Es claro que lo que trató de hacer el denominado Plan Laboral fue tratar de que el derecho a huelga fuera lo menos ejercido posible, y una de las herramientas utilizadas para ello fue precisamente la última oferta del empleador, por su excesivo reglamentarismo, más propio del procedimiento civil que referente al ejercicio de un derecho fundamental.

Es por ello que creemos que es necesario abordar este tema puesto que dentro del proceso de negociación colectiva reglada su alcance es muy significativo, ya que las reglas

¹ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000), p. 28.

² *Ibid.*

establecidas por el legislador lo vuelven un elemento fundamental, que incluso puede llegar a inclinar la balanza a favor del empleador, el cual puede señalar en su última oferta condiciones más desfavorables que las establecidas en un instrumento colectivo anterior, teniendo en consideración que de acuerdo a las propias reglas establecidas en el Código del Trabajo, existen presunciones que claramente imponen la última oferta del empleador por sobre el acuerdo logrado por los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, y por otra parte, la última oferta da pie para llevar a cabo un derecho muy discutido que posee el empleador en este ámbito: el derecho de reemplazar a los trabajadores involucrados en la huelga, lo que claramente es una vulneración del derecho de libertad sindical al afectar en contenido esencial del derecho a huelga.

El presente trabajo se divide en dos capítulos. El primero se avoca a la última oferta en sí misma considerada. Se aborda la evolución histórica de esta institución, para luego adentrarnos a los requisitos y características de la misma, finalizando con un examen de los dictámenes de la Dirección del Trabajo relativos a la última oferta del empleador.

El segundo capítulo se refiere a la aplicación de la institución en comento, específicamente en la huelga. Nos referimos a la etapa de la votación y ejercicio de la misma, para luego señalar uno de los efectos más discutibles que el legislador hace derivar de la última oferta, cual es el denominado reemplazo de trabajadores huelguistas, facultad que vulnera claramente el derecho de huelga y la libertad sindical. Se analizan algunas sentencias de tribunales de justicia relativas a tal facultad, establecida en el artículo 381 del Código del Trabajo, para finalmente referirnos a un caso especial en el derecho comparado, cual es el del derecho laboral uruguayo, a-regulado y atípico.

CAPÍTULO PRIMERO

VISIÓN GENERAL SOBRE LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA REGLADA

1.- LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Comenzaremos nuestro estudio con la definición de la última oferta del empleador. El artículo 370 inciso final del Código del Trabajo (CT) señala que “para los efectos de este Libro, se entiende por última oferta u oferta vigente del empleador, la última que conste por escrito de haber sido recibida por la comisión negociadora y cuya copia se encuentre en poder de la Inspección del Trabajo respectiva”.

La última oferta se encuentra inserta en el proceso de negociación colectiva reglada. Este tipo de negociación se caracteriza “por tener un procedimiento normado en el Código del Trabajo y es a través de ella que se persigue establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones. En dicho tipo de negociación los trabajadores gozan de fuero, tienen derecho a declarar la huelga legal y, el instrumento suscrito toma el nombre de contrato colectivo, el cual debe tener un plazo no inferior a dos años ni superior a cuatro. Las partes de esta negociación pueden ser: una empresa, uno o más sindicatos de una empresa, trabajadores adherentes al proyecto, y grupos de trabajadores que se reúnen para el sólo efecto de negociar con la empresa”¹.

El hecho que se trate de la última oferta, no significa que necesariamente exista una serie de propuestas por parte del empleador. Sencillamente si estamos en presencia de los requisitos señalados por el inciso antes citado, será o no la última oferta del empleador. Además, debemos remitirnos a lo señalado en el artículo 329 del CT, que dispone que la respuesta del empleador debe otorgarse en la forma de un proyecto de contrato colectivo que debe contener todas las cláusulas de su proposición, cuyas menciones se ubican en el artículo 325 del mismo código.

Debemos señalar además, que a nivel doctrinal no existe una definición de esta institución jurídica. Revisando tanto los manuales clásicos como los más modernos, advertimos que ninguno se avoca a examinar esta institución, sino que más bien desarrollan las instituciones de la negociación colectiva, y la huelga. En ciertos casos, ésta última es tratada como un mero instrumento, y en otros es vista como un derecho².

¹ GONZÁLEZ CABRERA, Fabiola, *Aplicabilidad del principio de buena fe en la negociación colectiva*, Memoria, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 44.

² Vid., GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2ª edición, 2011, pp. 214-215. Específicamente se refiere a que la huelga dentro del contexto del Plan Laboral “se limitaba a ser un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como

Si bien es cierto que la última oferta del empleador es un mero instrumento para resolver los conflictos que surgen dentro de la negociación colectiva reglada, no es menos cierto que es una institución de relevancia en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el cual se caracteriza por su rigidez.

Intentando una definición propia, diremos que la última oferta del empleador es aquella que contiene una propuesta seria y definitiva por parte del empleador, que constituye la respuesta de éste a la propuesta de contrato colectivo formulada por los trabajadores organizados, en la misma forma que ésta, siendo recibida por la comisión negociadora con copia de la misma en poder de la Inspección del trabajo respectiva.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ÚLTIMA OFERTA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Antes de adentrarnos en el estudio pormenorizado de la última oferta del empleador, creemos necesario señalar cuáles fueron los orígenes de esta institución, para poder entender el por qué fue instaurada dentro del proceso de negociación colectiva reglada por nuestro legislador.

2.1.- La última oferta del empleador en el Código del Trabajo de 1931

Este texto legal³, que refundió 14 leyes laborales que van desde el año 1917 (ley sobre sillas) hasta 1931 (ley sobre cierre de boticas) contemplaba desde el artículo 17 al 24 la regulación del contrato colectivo de trabajo mediante la negociación colectiva directa, aunque se trataba más bien de “un mecanismo de suscripción de contratos colectivos por los sindicatos, mecanismo que se aplicaba a todos los miembros del sindicato. En la práctica, esta modalidad de negociación colectiva se utilizó en forma excepcional (principalmente, porque no contemplaba el resguardo del fuero) por los trabajadores durante el proceso negociador”⁴, fuero que sí existía en el procedimiento normal, que arrancaba al momento de ser presentado por los trabajadores el pliego de peticiones al empleador, salvo que existiese causa legítima, reconocida por el Juez del Trabajo respectivo, para suspender o despedir a un trabajador.

Durante la vigencia de este código, existió una normativa de carácter general sobre “Conflictos Colectivos”, la que permitió, “con un procedimiento defectuoso, la negociación

equipo, realizan para la productividad de la empresa”. Incluso, José Piñera señala que el comunismo se fortaleció dentro de los sindicatos por medio de la huelga, utilizada como un eficaz instrumento de lucha.

Vid. PIÑERA, José, *La revolución laboral en Chile*, disponible en http://www.josepinera.com/jp/revolucion_laboral.pdf, p. 43 y siguientes.

³ Texto conforme a la edición oficial, disponible en <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023207.pdf>, visitado por última vez el día 24 de abril de 2012.

⁴ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales, un derecho vivo*, Editorial Universitaria (Santiago, 2003), p. 582.

colectiva por empresa, rigiendo principalmente en el área de la mediana y gran industria y dando lugar a la firma anual de instrumentos colectivos denominados ‘actas de avenimiento’. Por este modo se lograron, sin embargo (...) avances apreciables lo que permitió que muchos trabajadores mejorasen sus niveles de vida, defendiendo sus remuneraciones frente al alza constante del costo de la vida y creando sistemas de ayuda social y mecanismos de indemnización por años de servicio”⁵.

Entre los artículos 540 al 546, párrafo V, Título II, el CT de 1931 se refiere a la intervención de los sindicatos en los “conflictos de trabajo”, señalando las formalidades para que un sindicato pueda declarar la huelga. Si no se cumplen, aquélla es declarada nula absolutamente⁶. Si se declaraba la huelga legal, se suspendía el contrato individual de trabajo, quedando los trabajadores protegidos por el fuero antes mencionado.

Al apreciar lo contemplado en el artículo 540, no existe lo que actualmente se denomina “última oferta”. La votación únicamente se trata acerca de si los trabajadores acuerdan o no la huelga por mayoría absoluta, una vez que ha fracasado la propuesta de la junta de conciliación conjuntamente con la propuesta de arbitraje, en las cuales tampoco cabe discusión, solamente se votan, aprobándose o no. Por ende no se regula por el legislador una figura análoga a la institución en estudio, a pesar que en los hechos probablemente existía una suerte de “última oferta”.

2.2.- La última oferta del empleador en leyes especiales

2.2.1.- Decreto con Fuerza de ley 313, de 1956, sobre sindicación y negociación colectiva de trabajadores del cobre

Como lo señala el profesor THAYER ARTEAGA, “fue el Estatuto de los Trabajadores del Cobre (D.F.L. 313, de 1956) el que introdujo en la legislación laboral chilena la opción entre la huelga y la mejor oferta del empleador. Anteriormente las huelgas se votaban como simple rechazo de un acuerdo o un arbitraje, pero en caso de no reunirse el quórum para ella o de ser rechazada, ninguna norma aseguraba a los trabajadores la mantención de la última oferta”⁷.

⁵ *Ibíd.*, p. 576.

⁶ El artículo 540 CT de 1931 establecía que “Fracasadas todas las gestiones de arreglo, el Sindicato podrá declarar la huelga siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1º Vencimiento del plazo para la denuncia del contrato colectivo, si lo hay;

2º Que en votación secreta, en la que participen las dos terceras partes de los miembros del Sindicato, a lo menos, se hubiere acordado la huelga por la mayoría absoluta de los votantes; y

3º Comprobación de haberse llenado las solemnidades y circunstancias exigidas por este párrafo, por medio de un delegado o representante que la respectiva Junta Permanente de Conciliación designará con dos días de anticipación, a lo menos, a la votación.

La omisión de cualquiera de estas formalidades acarreará la nulidad absoluta del pronunciamiento”.

⁷ THAYER ARTEAGA, William, *Sindicatos y negociación colectiva: análisis de la nueva legislación, Ley N° 19069*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 168.

Este Estatuto se caracterizó por la minuciosidad con la cual se trató el tema de la negociación colectiva “llegando a establecer un sistema de negociación paralelo al que señalaba el Código de 1931”⁸. Es precisamente este D.F.L. el origen de la última oferta del empleador en la negociación colectiva, aunque debemos resaltar que en un principio sólo operaba en el reducido ámbito que le dio sustento. El profesor THAYER señala al respecto que “el D.L. 2.758 recogió esta experiencia introducida por acuerdo de las partes en el estatuto aludido y la generalizó”⁹.

En este estatuto el conflicto surgía cuando fracasaban las negociaciones directas. Tales negociaciones¹⁰ se iniciaban con la presentación de un pliego por parte de los trabajadores, el que contenía todas las condiciones y aspiraciones económicas que pretendían obtener. Una vez presentado, el empleador debía contestarlo dentro de un plazo de 10 días, el cual incluye las objeciones que la empresa puede señalar. Existía un plazo en el cual se materializaban las negociaciones directas entre las partes, al final de las cuales, si no se llegaba a un acuerdo, procedía la actuación de la Junta de Conciliación de la Gran Minería del Cobre, la cual cumplía una función análoga a las juntas contempladas en el Código del Trabajo de 1931¹¹.

Esta Junta podía lograr el acuerdo entre las partes, en cuyo caso se creaba un nuevo convenio o contrato colectivo. En caso contrario, debía proponer el arbitraje. Si éste era rechazado, comenzaba el procedimiento para votar la huelga, no sin antes la junta emitir un informe, el que debía contener, dentro de todos los puntos, la última fórmula de solución propuesta por la junta.

Sin embargo, creemos que esta propuesta no es propiamente “la última oferta del empleador”¹² por cuanto emana de la junta y no del empleador, además que ésta está revestida de ciertas formalidades, mientras que la fórmula de solución simplemente debía estar contenida en el mencionado informe, como lo señala el artículo 24 del D.F.L. 313.

Por su parte, el inciso primero del artículo 28 del D.F.L. 313 señalaba que una vez terminado el procedimiento de conciliación, sin arribar a un acuerdo, las partes debían aceptar o rechazar por escrito la última fórmula de solución propuesta por los mediadores o por la junta, o bien “la última proposición de arreglo formulada por la empresa, si fuere superior a aquella”¹³. Consideramos que esta propuesta constituye la última oferta del

⁸ RISSO STEGMANN, Ítalo, *La última oferta del empleador en la negociación colectiva en Chile*, Memoria, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1991, pp. 96-97.

⁹ THAYER ARTEAGA, ob. cit., p. 168.

¹⁰ Vid., RISSO STEGMANN, ob. cit., p. 97 y siguientes.

¹¹ Todo lo cual estaba contenido en los artículos 510 y siguientes del Código de 1931. Es interesante señalar que bajo el imperio de esta ley la conciliación era obligatoria, tal como lo dispone el propio artículo 510. Mientras que el arbitraje era voluntario, según se desprende del artículo 530 del mismo cuerpo legal.

¹² En este sentido, RISSO STEGMANN, ob. cit., p. 100.

¹³ RISSO STEGMANN, ob. cit., pp. 100-101.

empleador en el Estatuto de los Trabajadores del Cobre, que sin embargo se supedita a si es más favorable que la propuesta de la junta, a efectos de su aceptación.

2.2.2.- Ley 16.625 sobre sindicación campesina

Sólo cabe señalar que esta ley se inspira en los mismos términos que el D.F.L. 313 de 1956, ya que contempla también un procedimiento tendiente a resolver los conflictos colectivos. “En caso que fracasara la negociación colectiva directa podía presentarse un pliego de peticiones por predio, aprobado en una asamblea por la mayoría absoluta de los trabajadores del mismo”¹⁴. Dentro de tal procedimiento existía la figura denominada “mejor proposición de arreglo”, que podría ser equivalente a la última oferta del empleador.

2.3.- La última oferta del empleador en el Plan Laboral: Decreto Ley 2758, sobre negociación colectiva

Podemos conceptualizar el Plan Laboral como “el programa de reformas principalmente legislativas y de política laboral, que ponen término a las disposiciones de emergencia de carácter laboral que limitaban diversas acciones en la vida laboral como por ejemplo: en materias de negociación colectiva”¹⁵.

Dentro del conjunto de Decretos Leyes que surgieron a consecuencia del Plan Laboral se encuentra el D.L. 2758 sobre negociación colectiva, cuyo objetivo principal fue modificar una percepción de conflicto a una de negociación. Por ejemplo, se eliminaron las juntas de conciliación, los pliegos de peticiones, etc.

Es precisamente en este D.L. en donde se consagra legislativamente la última oferta del empleador, específicamente en el artículo 50 inciso final¹⁶. Es un importante hito pues, como veremos a continuación, el concepto de la última oferta se mantiene prácticamente incólume a lo largo de las diversas leyes que han sucedido al Decreto Ley 2758.

Curiosamente, al estudiar la evolución de la institución en comento, podemos señalar que ella significó en sus inicios una gran protección para los trabajadores involucrados en una negociación colectiva, puesto que al menos establece un piso básico si es que la huelga fracasa. Recordemos que el Código de 1931 establecía una votación para aprobar o rechazar la huelga, y si fracasaba la votación los trabajadores perdían los beneficios del contrato anterior y además perdían la opción de recurrir a la huelga, por lo que se encontraban en una posición muy delicada. Sin embargo, sostenemos por otra parte que la

¹⁴ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ob. cit., p. 583.

¹⁵ RISSO STEGMANN, ob. cit., p. 112.

¹⁶ “Para los efectos de esta ley se entiende por última oferta u oferta vigente del empleador, la última que conste por escrito de haber sido recibida por la Comisión Negociadora y cuya copia se encuentre en poder de la Inspección del Trabajo respectiva”. Como se puede apreciar, se trata prácticamente de la misma definición actual. Por consiguiente, podemos señalar que se trata de un resabio más del Plan Laboral, pasados más de 30 años desde su génesis.

última oferta del empleador se ha quedado estancada en el tiempo, e incluso se ha tornado en una herramienta eficaz para la protección de los intereses del empleador, como lo veremos en el desarrollo de este trabajo.

2.4.- La última oferta del empleador en el Código del Trabajo de 1987

En este cuerpo legal existe una extensa regulación del proceso de negociación colectiva, dentro del cual se encuentra inserta la última oferta. Se establece la conciliación, el arbitraje, y se regula la huelga.

La última oferta del empleador va adquiriendo los requisitos y características actuales que la identifican, como la de emanar del empleador, constar por escrito, tener la forma de un contrato colectivo, etc. Se mantiene la definición legal proveniente del D.L. 2758, además se establece un procedimiento de presentación de la última oferta, la votación de la misma y los efectos que produce. Además se fijan plazos y quórum de aprobación.

2.5.- La última oferta del empleador tras la modificación de la Ley 19.069

La Ley 19.069 establece una importante modificación a una facultad del empleador que está sujeta a la formulación de la última oferta, y que será objeto de crítica en el desarrollo de nuestro trabajo: la posibilidad de contratar personal de reemplazo de los trabajadores involucrados en la huelga.

“La normativa que contemplaba el Código de 1987 suponía el derecho del empleador de contratar reemplazantes sin ninguna condición ni exigencia. Seguía en esto los criterios de la llamada ‘huelga dura’, aplicada en el sistema norteamericano y rechazada en el sistema francés. La reforma de 1991 implicó una transacción, larga y difícilmente discutida, que se concretó en el extenso y fundamental art. 157”¹⁷.

Tal disposición dispone en líneas generales la posibilidad de contratar a los trabajadores que estime necesarios para reemplazar a los involucrados en la huelga, siempre que la última oferta contemple a lo menos idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del IPC, y una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses.

Dependiendo de la oferta del empleador, podrá contratar personal de reemplazo desde el primer día o bien desde el decimoquinto día de haberse hecho efectiva la huelga. También se regula la situación del reintegro individual de los trabajadores. No entraremos en detalle en esta disposición por ser prácticamente idéntica a la actual, y que será objeto de nuestro estudio más adelante.

¹⁷ THAYER ARTEAGA, ob. cit., p. 179.

2.6.- La última oferta del empleador tras la modificación de la ley 19.759

A través de esta ley, así como en la Ley N° 19.069, no se produce ninguna modificación respecto de la última oferta del empleador, por lo que el concepto, requisitos y características siguen siendo las mismas que provienen del lejano D.L. 2758, heredero del Plan Laboral.

Sin embargo debemos señalar un importante cambio relativo al reemplazo de los trabajadores huelguistas: en primer lugar, se establece la “prohibición” de contratar personal de reemplazo, a menos que la última oferta cumpla con ciertos requisitos; en segundo lugar, dentro de tales requisitos se incluye el denominado bono de reemplazo, ascendente a 4 unidades de fomento (UF) por cada trabajador contratado como reemplazante, el que se pagará por partes iguales a los huelguistas dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que la huelga haya finalizado, como lo dispone el artículo 381 CT.

Este bono de reemplazo fue pensado para hacer más onerosa para el empleador ejercer su facultad, y su incumplimiento mantiene la prohibición de reemplazo por todo el período de duración de la huelga. Sin embargo sostenemos que en la práctica se ha transformado en un simple cálculo de costo versus beneficio, lo cual sobre todo en las grandes empresas no conlleva mayores repercusiones económicas.

3.- REQUISITOS DE LA ÚLTIMA OFERTA U OFERTA VIGENTE DEL EMPLEADOR

Creemos necesario indicar cuáles son los requisitos de la última oferta para poder entender un poco más acerca de esta institución jurídica:

- a) Debe constar por escrito (artículos 370 inciso final, 372, 329, 325, 330 CT).
- b) Debe encontrarse en manos de la comisión negociadora
- c) Copia de ella debe encontrarse en poder de la Inspección del Trabajo respectiva
- d) Debe contener todos los requisitos del artículo 329¹⁸ del Código del Trabajo, es decir, debe tener la forma de un proyecto de contrato colectivo, lo cual nos redirige a lo dispuesto en el artículo 325 del mismo cuerpo legal¹⁹.

¹⁸ El artículo 329 señala que “El empleador deberá dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición. En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del artículo 315, cuando dichos antecedentes no se hubieren entregado anteriormente.

Ahora bien, esta figura adquiere toda su importancia cuando las partes no llegan a un acuerdo dentro de la negociación colectiva, y pasan a la segunda “fase”, cual es el ejercicio del derecho a huelga. Es importante pues es un requisito fundamental para tal ejercicio, por cuanto los trabajadores deben votar la huelga o bien la última oferta del empleador, en los tiempos previstos por el legislador, de tal modo que si se incumplen darán lugar a la aceptación tácita de la propuesta del empleador. También da lugar a la aceptación tácita el hecho de no iniciarse la huelga dentro de un plazo definido, y por si fuera poco, si cumple con los requisitos legales dará lugar al denominado reemplazo de los trabajadores en huelga, lo cual es un atentado en contra de este derecho. Lo anterior se encuentra prescrito en el artículo 381 del Código. También procede respecto del reintegro de los trabajadores.

4.- CARACTERÍSTICAS DE LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR

En cuanto a las características de la última oferta del empleador, podemos destacar las siguientes:

4.1.- Debe emanar del empleador

Esta característica, que podría resultar de sumo obvia, es sin embargo menester explicarla, pues como sabemos, existen en el Código del Trabajo ciertos artículos que se refieren precisamente al empleador. El artículo 3 inciso 1, letra a) define al empleador como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. La jurisprudencia judicial agrega otras entidades: “...basta que tenga una individualidad legal determinada, concepto también amplio que admite manifestaciones diversas: asociaciones, comunidades, sociedades de hecho, corporaciones, etc.”²⁰.

Además, el artículo 4 del mismo cuerpo legal consagra una presunción de derecho referida a la representación del empleador en las relaciones de trabajo, que señala que “para los

El empleador dará respuesta al proyecto de contrato colectivo dentro de los quince días siguientes a su presentación. Las partes, de común acuerdo, podrán prorrogar este plazo por el término que estimen necesario”.

¹⁹ El artículo 325 prescribe que “El proyecto de contrato colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- 1.- las partes a quienes haya de involucrar la negociación, acompañándose una nómina de los socios del sindicato o de los miembros del grupo comprendidos en la negociación. En el caso previsto en el artículo 323, deberá acompañarse además la nómina y rúbrica de los trabajadores adherentes a la presentación;
- 2.- las cláusulas que se proponen;
- 3.- el plazo de vigencia del contrato, y
- 4.- la individualización de los integrantes de la comisión negociadora.

El proyecto llevará, además, la firma o impresión digital de todos los trabajadores involucrados en la negociación cuando se trate de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar. En todo caso, deberá también ser firmado por los miembros de la comisión negociadora”.

²⁰ S.C.A. de Santiago, de 1 de agosto de 1989; Revista fallos del mes, N° 397, agosto de 1991, pp. 802, citado por ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de derecho del trabajo, Derecho Individual*, Editorial Lexis Nexis, (Santiago, 2004), p. 52.

efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”. Por tanto, perfectamente alguna de estas personas puede, en el ejercicio de sus funciones, emitir una respuesta al proyecto de contrato colectivo que finalmente sea considerada como la última oferta del empleador, y obligue a éste con sus trabajadores, no siendo necesario un poder especial.

En cuanto a los apoderados designados por el empleador para que lo representen en la comisión negociadora, éstos deben ser miembros de la empresa, por lo que pueden coincidir o no con los mencionados en el artículo 4 antes citado. Por tanto, no podemos sostener que de su parte podría emanar una propuesta que derive en una última oferta del empleador, ya que tales representantes, a pesar de quedar eventualmente insertos en la disposición mencionada, tienen una función determinada dentro del proceso de negociación colectiva, que se enmarca en esta comisión negociadora²¹. Y es más, la ley señala que es un derecho del empleador, por lo que puede o no ejercerlo. En cuanto a los asesores, mencionados en el artículo 327 del CT, sostenemos que cumplen una función secundaria orientada al apoyo de las negociaciones de las partes, por lo que tampoco de ellos podría emanar una última oferta.

4.2.- Debe tener la forma de un proyecto de contrato colectivo

Esta característica emana del enunciado del artículo 329 del Código del Trabajo, que a su vez nos reenvía a lo dispuesto en el artículo 325 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, debe contener todos los requisitos de tales propuestas, además de contener las observaciones que le merezca el proyecto presentado por los trabajadores, si proceden, además de pronunciarse sobre todas las proposiciones de los mismos, e incluyendo los antecedentes que sean necesarios, mencionados en el artículo 329²². Esto lo sostenemos relacionando armónicamente las normas antes mencionadas, con la del artículo 370 inciso final, que define la última oferta del empleador.

Por su parte, estimamos que la respuesta del empleador y la última oferta no son dos instituciones absolutamente distintas, sino que en ciertas ocasiones esa respuesta puede constituir una última oferta, y en otras ocasiones no. Es esta perspectiva la que refuerza nuestra postura acerca que la última oferta debe tener la forma de un proyecto de contrato colectivo, ya que la respuesta del empleador a la propuesta de los trabajadores es un trámite esencial dentro del proceso de negociación colectiva. Es decir, siempre deberá existir una

²¹ En sentido contrario, RISSO STEGMANN, ob. cit., pp. 17-18.

²² En este sentido, GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del trabajo*, ob. cit., p. 386, citando a los dictámenes N° 6050 de 5/11/1996, N° 3507 de 5/06/1995 y N° 3688 de 12/9/2007 de la Dirección del Trabajo.

respuesta a la propuesta de los trabajadores. Además es conveniente para el empleador, por cuanto una oferta completa tendrá más posibilidades de aceptación por parte de los trabajadores que una que se limite a señalar ciertos puntos sin tocar el fondo del asunto.

Ahora bien, cuando existen varias respuestas por parte del empleador a las propuestas presentadas que van surgiendo durante las negociaciones, algunos sostienen que la última oferta y la respuesta del empleador serían dos instituciones totalmente distintas²³. En efecto, “dentro del contexto de la Ley N° 19.069, la última oferta del empleador y la respuesta al proyecto son dos trámites distintos dentro de un proceso de negociación colectiva. La última oferta es propia de un trámite no esencial, que por regla general incluye nuevos ofrecimientos o mejora aquellas ofertas contenidas en la respuesta al proyecto y que, necesariamente, tienen que ver con condiciones de trabajo y de remuneraciones”²⁴. Si bien no podemos desconocer esta afirmación, que es reflejo de lo que se da en la práctica, creemos que del examen del artículo 329 inciso primero parte final podemos deducir que en los casos de existir varias “ofertas”, lo que corresponde es que el empleador no deberá incluir en su última oferta u oferta vigente los antecedentes mínimos contenidos en el artículo 315 CT por haberse entregado tales documentos con anterioridad. Pero ello no obsta a que aquélla deba tener la forma de un proyecto de contrato colectivo. No debemos confundir el hecho que se trata de dos instituciones jurídicas distintas con lo afirmado anteriormente.

Recordemos que la relevancia de la institución que nos ocupa “surge” en aquellos casos en que las partes no llegan a un acuerdo definitivo en la negociación colectiva reglada, y toma especial relevancia para efectos de la votación y operatividad de la huelga en nuestro país. También sostenemos que la última oferta del empleador no significa que existan varias ofertas del mismo, es decir, varios actos encaminados a llegar a un acuerdo definitivo, sino que simplemente es la respuesta vigente del empleador para los efectos del libro IV del Código del Trabajo, la que puede ser una o varias propuestas emanadas en el proceso de negociación colectiva. Se le denomina “última oferta u oferta vigente” del empleador²⁵. Sin embargo, el legislador en el artículo 372 inciso 4, para efectos de la notificación de la última oferta, señala que no es necesario el envío de una copia a la Inspección respectiva si la última oferta coincide con la respuesta dada al proyecto de contrato colectivo.

Analizando armónicamente la norma del artículo citado con el 329 y 330 CT, podemos señalar que en este caso el legislador aclara una posible problemática en cuanto al envío o no de la copia respectiva, ya que si coincide con la respuesta dada al proyecto de contrato colectivo, la Inspección del trabajo ya poseerá una copia, por lo dispuesto en el 330 antes citado, lo que viene a reafirmar nuestra postura. Ahora bien, no podemos desconocer el

²³ En este sentido, NADAL SERRI, Daniel, *Última oferta del empleador*, en Manual de Consultas Laborales y Previsionales, año 1993, N° 100, pp. 119-122.

²⁴ *Ibid.*, p. 120.

²⁵ En tal sentido, RISSO STEGMANN, ob. cit., p. 20.

hecho que probablemente existan varias conversaciones entre las partes negociadoras, directa o indirectamente, puesto que ellas quedarán definitivamente obligadas mediante la suscripción del contrato colectivo, por tanto, en la práctica existirán varias ofertas o propuestas del empleador que ingresarán a la negociación colectiva con el objeto de llegar a un acuerdo definitivo.

En relación a esta característica, sostenemos también que la última oferta debe ser determinada, por cuanto debe contener todos los requisitos exigidos por la ley para que produzca sus efectos.

Por último, lo anteriormente señalado nos indica que la última oferta debe constar por escrito, no sólo por la propia definición legal antes señalada (artículo 370 inciso final), sino también por los artículos 329 y 325 del Código del Trabajo, antes citados.

4.3.- Debe ser seria

Como manifestación de la voluntad del empleador, la última oferta debe ser seria. La doctrina señala que “la voluntad es seria cuando se emite por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico”²⁶, es decir, debe tener el empleador la intención y el ánimo de producir efectos jurídicos. Por tanto, el empleador al responder a la propuesta de contrato colectivo debe tener tanto la intención de producir efectos jurídicos, como también la capacidad de poder cumplir con lo que está ofreciendo a los trabajadores, de lo contrario, tal propuesta sería irrisoria.

4.4.- Se trata de una institución excesivamente rígida

La rigidez viene dada por el excesivo formalismo instaurado por el legislador para esta figura, formalismo que es propio de todo el ámbito de la negociación colectiva, en especial en lo relativo a la huelga. Si no se cumplen todos y cada uno de los requisitos, la última oferta no es válida, y por ende no sirve para el fin para el que fue creada: llevar a las partes a un acuerdo que se materializará en la celebración del respectivo contrato colectivo, lo que en sí mismo ya es una rigidez, como toda la negociación colectiva. En efecto, “con ocasión de la reforma laboral del año 2001 se hicieron muy pocas reformas, todas ellas no sustanciales al CdT en materia de negociación colectiva y de huelga, por lo que la doctrina iuslaboralista nacional está de acuerdo al sostener que en dos de los pilares básicos de la libertad sindical –la negociación colectiva y la huelga- Chile mantiene aún prácticamente incólume la visión restrictiva del ejercicio de estos derechos heredada del Plan Laboral”²⁷.

²⁶ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de derecho civil, partes preliminar y general*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 194.

²⁷ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación colectiva y libertad sindical, un enfoque crítico*, Editorial Legal Publishing (Santiago, 2008), p. 22. La rigidez de la negociación colectiva se manifiesta en ciertos preceptos del Código del Trabajo, como por ejemplo los artículos 304, 305, 306 y 308.

La rigidez de la última oferta se manifiesta además en cuanto opera sólo en la negociación colectiva reglada, específicamente para que proceda el ejercicio legal de la huelga.

5.- LA ÚLTIMA OFERTA DEL EMPLEADOR A LA LUZ DE LOS DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

La Dirección del Trabajo en estos últimos años ha tenido una gran importancia en materia laboral al ir interpretando las normas que en caso de conflicto se han presentado como oscuras. La denominada jurisprudencia administrativa es muy relevante, pues va sentando las bases de cómo debe entenderse tal o cual norma en un caso concreto. Pues bien, en materia de negociación colectiva, y específicamente en lo que a nosotros atañe, también se ha pronunciado, estableciendo ciertos criterios que permiten ir delimitando la última oferta del empleador.

5.1.- Década de 1990

5.1.1.- Dictamen N° 6050/263 de 1996

En este dictamen la Dirección del Trabajo señaló que la última oferta del empleador, en su forma, deberá ceñirse a lo preceptuado para la elaboración de la respuesta que el empleador debe dar al proyecto de contrato colectivo, por lo que se excluye la posibilidad de una oferta sujeta a modalidad. Sostiene que el artículo 372 no señala ni la forma ni los términos que deben observarse en la redacción de la última oferta, por lo cual es necesario remitirse a lo preceptuado en el artículo 329 inciso 1°, que dispone que “el empleador deberá dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición. En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque”.

Continúa señalando que “de la norma legal citada se colige que esencialmente la respuesta del empleador deberá constar por escrito y tener la forma de un proyecto de contrato colectivo, no siendo posible emitir respuestas u ofertas bajo ninguna modalidad, pues el carácter público de la norma restringe la libertad de la autonomía de la voluntad al cumplimiento estricto de sólo aquellos requisitos, a riesgo, ciertamente, que de variar la forma, como sería el caso de una oferta sujeta a condición, se vulneraría el orden público laboral propuesto por la norma”²⁸.

²⁸ Dictamen N° 6050/263 de 1996.

5.1.2.- Dictamen N° 2723/109 de 1996

En este dictamen la Dirección resolvió acerca de dos situaciones planteadas en la presentación respectiva: en primer lugar acerca de la posibilidad de contratar personal de reemplazo de inmediato en el evento de retirar el empleador su última oferta, y en segundo lugar, si es válida la cláusula de una última oferta en la que se establezca que si ésta no es aceptada y se hace efectiva la huelga, se entenderá automáticamente retirada dicha oferta. En cuanto al primer planteamiento, la Dirección toma como referencia los incisos 1º, 3º y 4º del Art. 381 CT, de los que se desprende que la procedencia de contratar personal de reemplazo solo puede operar cuando exista última oferta, ya sea desde el primer día de haberse hecho efectiva la huelga, atendidos los requisitos mínimos exigidos, es decir, que contenga estipulaciones idénticas a los contratos vigentes, debidamente reajustadas, o bien, desde el décimo quinto día de haberse materializado la huelga, en caso de contar con tales requisitos²⁹. Por su parte, el inciso 8º del mismo artículo (actualmente el inciso 9º) dispone que una vez que el empleador haga uso de los derechos que en tal artículo se expresan, en este caso, contratar personal de reemplazo, no podrá retirar la última oferta³⁰. Por tanto, se concluye que es menester la existencia de una última oferta vigente.

Ahora, respecto del segundo planteamiento, de acuerdo a los artículos 378 inciso 3º y 370 CT, el retiro de la última oferta por parte del empleador debe llevarse a cabo con las mismas formalidades bajo las cuales se formuló dicha oferta, por lo que la existencia de una cláusula semejante no está conforme a derecho. El efecto automático del retiro se contempla únicamente respecto del denominado “nuevo ofrecimiento del empleador” el que puede ser presentado una vez hecha efectiva la huelga, pero no antes³¹.

²⁹ En efecto, la Dirección del Trabajo (DT), respecto de la existencia de la última oferta en la negociación colectiva para reemplazar a los huelguistas, señala que “refuerza la conclusión anterior la circunstancia de considerar que la legislación sobre negociación colectiva se basa en un principio de equidad en virtud del cual si el empleador desea contratar personal de reemplazo durante la huelga, deba a lo menos ofrecer a sus trabajadores para que puedan optar por reintegrarse las mismas condiciones contractuales vigentes más la reajustabilidad que la ley señala, derecho que no le asistiría si no ha ofrecido ni siquiera tales condiciones, en favor de sus trabajadores paralizados produciendo mientras tanto la huelga sus efectos propios cuales son la suspensión de la prestación de servicios, y consiguientemente, de las actividades involucradas”.

³⁰ Señala la DT que “de este modo, de la norma en comento, el único sentido o alcance que es posible desprender, es el impedimento que establece para el empleador de no poder retirar su última oferta habiendo contratado personal de reemplazo, a fin de posibilitar que los trabajadores en huelga puedan optar por reintegrarse a sus labores justamente bajo tales condiciones, lo que no podrían hacer si ellas han sido retiradas, privilegiándose a los reemplazantes”.

³¹ Sostiene la DT que “del análisis conjunto de las disposiciones legales citadas se desprende que el retiro de la última oferta del empleador deberá hacerse con las mismas formalidades bajo las cuales se formuló dicha oferta, esto es, que conste por escrito de haber sido recibida por la comisión negociadora y con copia a la Inspección del Trabajo respectiva.

De este modo, en nuestra legislación, el retiro de la última oferta del empleador es un acto solemne, toda vez que debe cumplir con formalidades tales como hacerse por escrito, con constancia de haber sido recibida por la comisión negociadora y haberse enviado copia a la Inspección del Trabajo”. Dictamen N° 2723/109 de 1996.

5.1.3.- Dictamen N° 5413/287 de 1997

En tal dictamen se aclara la expresión “idénticas estipulaciones” contenida en el artículo 381 CT para efectos de contratar trabajadores de reemplazo. El problema se suscita puesto que en el contrato colectivo de trabajo se establece un incremento de un 2% respecto del reajuste de los sueldos y beneficios, que correspondían a un 100% del porcentaje de variación que experimentara el IPC en un determinado período de tiempo. Este incremento sin embargo no se contempló en la última oferta, surgiendo la duda de si se estaba o no cumpliendo con lo dispuesto en el artículo antes mencionado.

Pues bien, la Dirección estableció que tal cláusula de incremento era una de reajustabilidad, y no podía alcanzar un status jurídico de cláusula de beneficios, por lo que el empleador no se encontraba obligado a incluirla dentro de su última oferta. Como señala la Dirección, “Idénticas estipulaciones, en el contexto interpretativo expuesto, significa, por tanto, que las estipulaciones de la última oferta deben ser en substancia y accidentes las mismas que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente; debiendo entenderse excluidas por el ministerio de la ley sólo las relativas a reajustabilidad de remuneraciones, ya que la letra b) del artículo 381 expresamente señala como requisito mínimo que la última oferta deberá sólo contener la reajustabilidad que allí se indica para los efectos de su plena solicitud laboral; y las de bonos llamados ‘por término de negociación’, ya que se acuerdan por única vez”³².

5.1.4.- Dictamen N° 25/02 de 1997

En este dictamen se señala que la obligación que tiene el empleador de informar a todos los trabajadores interesados su última oferta, contenida en el artículo 372 inciso 3° CT, se mantiene a pesar que tal oferta sea idéntica a la respuesta dada al proyecto de contrato colectivo. Si bien es cierto que no es necesario el envío de un ejemplar a la Inspección del Trabajo en estos casos, la obligación de informar se materializa en la entrega de un ejemplar a cada trabajador o exhibir su proposición en lugares visibles de la empresa³³.

³² Dictamen N° 5413/287 de 1997.

³³ En efecto, la DT señala que “el inciso 4° de la disposición legal en comento al establecer que ‘no será necesario enviar un ejemplar de la última oferta del empleador a la Inspección del Trabajo, si fuere coincidente con la respuesta dada al proyecto de contrato colectivo’ regula indirectamente la situación por la que se consulta, toda vez que, producida la circunstancia a que alude, libera al empleador solamente de la obligación de remitir copia de la última oferta a la Inspección del Trabajo respectiva, de lo que se sigue, a contrario sensu, que mantiene la obligación de éste de informar a todos los trabajadores interesados cuál es su última oferta, debiendo para este efecto entregar un ejemplar a cada dependiente o exhibir dicha proposición en lugares visibles de la empresa”. Dictamen N° 25/02 de 1997.

5.2.- Década del 2000

5.2.1.- Dictamen N° 3593/267 del 2000

La Dirección estableció en este dictamen que está facultada para permitir en casos calificados que los trabajadores ejerzan su derecho de votar la última oferta del empleador o la declaración de huelga en más de un día, puesto que, si bien es cierto que la norma pertinente contenida en el artículo 370 inciso 1º, letra b) CT habla del “día de la votación”, y según las normas sobre interpretación de las leyes hay que estar al sentido natural y obvio de las palabras, no es menos cierto que a la luz de las disposiciones sobre negociación colectiva el legislador ha querido que los derechos establecidos se ejerzan de una manera efectiva y en cada una de las instancias fijadas para tal objeto³⁴, pues de lo contrario este propósito “se vería desvirtuado, si se estimara que los trabajadores deben votar la última oferta del empleador o la huelga en un día en que se encuentran imposibilitados de hacerlo por razones ajenas a su voluntad, puesto que en dicho evento estarían siendo limitados en el ejercicio de su derecho”.

Por lo anterior, la Dirección del Trabajo permite que se vote en más de un día, pero dejando claramente establecido que se considerara como día de la votación el último de aquellos en que se vote, el cual será el día único de escrutinio de los votos emitidos. Para fundamentar su postura, tal organismo aplica analógicamente lo dispuesto en el artículo 246 que se refiere a las elecciones de directorio o votaciones de censura, las que deben realizarse en un solo acto, a menos que no sea posible proceder de esa forma por las características de la empresa, lo cual quedará al criterio de la propia Dirección³⁵. Así, se aplica el adagio de “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

5.2.2.- Dictamen N° 5018/219 de 2003

Este dictamen se sitúa en el caso que una de las partes de la negociación colectiva, en la especie, la comisión negociadora laboral, se niegue a recibir la última oferta del empleador, entorpeciendo el proceso de negociación colectiva. Se parte de la base de los artículos 324

³⁴ En efecto, la DT sostiene que “sin perjuicio de lo anterior, del contexto de las normas sobre negociación colectiva es posible concluir que el legislador ha querido que este proceso se desarrolle en un marco de acción regulado, pero también ha considerado el hecho de que las partes puedan ejercer efectivamente los derechos que les son propios y la circunstancia de que éstas utilicen todas y cada una de las instancias que conforman dicho procedimiento, propósito que se vería desvirtuado, si se estimara que los trabajadores deben votar la última oferta del empleador o la huelga en un día en que se encuentran imposibilitados de hacerlo por razones ajenas a su voluntad, puesto que en dicho evento estarían siendo limitados en el ejercicio de su derecho”. Dictamen N° 3593/267 del 2000.

³⁵ Se sostiene que “ahora bien, si aplicamos la regla de interpretación esbozada (...) al caso que nos ocupa, es preciso convenir que, si para los efectos de elegir directiva sindical y censurar a los dirigentes sindicales la ley le ha entregado explícitamente la facultad a la Dirección del Trabajo para establecer, en situaciones especiales, las reglas por las cuales estas votaciones deben regirse, no existe inconveniente jurídico para que, dentro del mismo ámbito, este mismo Servicio establezca, en casos calificados, los procedimientos por los cuales se debe regir la votación de última oferta del empleador o la declaración de la huelga”. Dictamen N° 3593/267 del 2000.

inciso 2º y 330 inciso 2º CT, concluyéndose por la Dirección que la respectiva Inspección del Trabajo, a requerimiento del empleador, podrá notificar a la comisión negociadora laboral la última oferta para el ejercicio de los derechos establecidos a favor del empleador, principalmente el relativo al reemplazo de los trabajadores en huelga. Se toma como referencia también las normas de prácticas desleales, en especial el artículo 388 letra a) del mismo cuerpo legal, que se refiere a las acciones realizadas con mala fe por parte de los trabajadores.

5.2.3.- Dictamen N° 868/48 de 2004

En este dictamen se establece que es necesario el ofrecimiento del bono a que alude el artículo 381 en su inciso 1º, letra c) para poder hacer uso del derecho a contratar personal de reemplazo y para el reintegro individual de los trabajadores. Este requisito se aplica tanto para la última oferta que contiene los elementos señalados en el artículo 381 inciso primero, como para aquella que no cumple con ellos. Recordemos que si cumple los requisitos aludidos, el empleador podrá contratar personal de reemplazo al primer día de haberse hecho efectiva la huelga, mientras que si no los cumple, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva aquélla.

5.2.4.- Dictamen N° 2205/039 de 2008

Acá se resuelve una problemática relacionada con los requisitos del reemplazo de los trabajadores en huelga, en especial lo señalado en el artículo 381 letra a) CT, que dispone en su parte pertinente que “estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos:

a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento”.

El problema surge a causa de estar incluidos en el grupo de trabajadores que negocian colectivamente trabajadores que por diversas circunstancias no gozan de los beneficios contenidos en el instrumento colectivo vigente al momento de la presentación del proyecto de contrato colectivo, por lo que surge la interrogante de si a estos trabajadores se les ha de aplicar beneficios distintos a los señalados en el instrumento colectivo vigente en la última oferta para efectos de su reemplazo.

La Dirección del Trabajo sostiene que el legislador no distingue entre uno y otro caso: si existe instrumento colectivo vigente, la última oferta deberá contener idénticas estipulaciones a aquél, debidamente reajustadas. Si no existe instrumento colectivo, la

oferta se materializará ofreciendo el empleador al menos una reajustabilidad mínima anual, según la variación del IPC para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses, tal como lo señala el artículo 381 inciso 6 CT. Por tanto, al existir un instrumento colectivo vigente, la última oferta, para efectos de poder llevar a cabo el reemplazo de los trabajadores en huelga, debe contener las mismas estipulaciones del instrumento colectivo vigente sin hacer distinción entre unos y otros trabajadores, puesto que esta norma es de excepción, y en tal carácter debe interpretarse de manera restrictiva³⁶. Por último, la norma del artículo 303 del código señala que el objeto perseguido por la negociación colectiva es establecer precisamente condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para todos los involucrados en el mismo.

5.3.- Algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia administrativa analizada

Como se puede apreciar de los dictámenes analizados, la Dirección del Trabajo se limita a interpretar las normas lo más armónicamente posible con el sentido protector que las normas laborales debieran tener para con el trabajador, pero finalmente no ofrece una nueva solución a los conflictos ocasionados durante el transcurso de la negociación colectiva. Es más, las consultas provienen precisamente del empleador, y en la mayoría de los casos para hacer efectivo el ejercicio del reemplazo de trabajadores en huelga. Acá por tanto podemos apreciar que la última oferta se utiliza frecuentemente con este fin, que afecta el libre ejercicio del derecho a huelga, más allá de llegar a un acuerdo con los trabajadores. Recordemos que basta que la última oferta contenga las mismas estipulaciones que el instrumento colectivo vigente, o en ausencia de éste, las estipulaciones mínimas legales. En los otros casos, se refiere a ciertas formalidades para que la última oferta cumpla con sus efectos jurídicos, como por ejemplo, que conste por escrito. Por tanto, sostenemos que la Dirección del Trabajo no aporta una nueva visión, sino que se limita a explicar los pasos a seguir para que la última oferta cumpla con sus efectos.

³⁶ La Dirección sostiene en el dictamen N° 2205/039 de 2008 que “en ese sentido, junto con la literalidad de la norma aquí citada, no cabe olvidar el axioma interpretativo válido en nuestro sistema legal y ya utilizado por este Servicio en otras materias, en el sentido de que cuando ‘el legislador no ha distinguido no cabe al interprete distinguir’.

De este modo, cuando la ley establece, como es el caso del artículo 381 del Código del Trabajo ya citado, una determinada consecuencia jurídica como es poder hacer uso de la figura del reemplazo y el reintegro individual de trabajadores durante la huelga y la condiciona a un supuesto específico de hecho descrito expresamente por la norma legal, como es entregar una última oferta en las condiciones ya señaladas en el cuerpo del presente ordinario, no cabe al intérprete administrativo crear condiciones o supuestos de hecho no previstos por el propio legislador, como sería permitir hacer distinciones, teniendo en consideración que en el grupo de trabajadores involucrados en el respectivo proceso algunos de ellos, por diversas circunstancias, no gocen de ninguno de los beneficios o prestaciones contenidas en dicho contrato”.

Agrega que “por último, es del caso reiterar que el precepto analizado es una norma de excepción y en tal carácter debe interpretarse de manera restrictiva. En este aspecto, debe tenerse en consideración la disposición contenida en el número 26 del artículo 19 de la Constitución Política, que garantiza que ‘los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”’.

Creemos que la última oferta ha adquirido una importancia relevante en el proceso de negociación colectiva por los efectos que la legislación laboral le ha entregado, transformándose en una poderosa herramienta en manos del empleador, que tiene como finalidad principal el llegar a un acuerdo con los trabajadores organizados en sindicatos o en grupos de trabajadores, pero también como lo hemos señalado, tiene una finalidad secundaria o solapada que consiste en minar el ejercicio de la huelga en nuestro país, debilitando a la parte trabajadora en el resguardo de sus derechos. Más adelante veremos el punto de vista judicial, que gira prácticamente sobre el mismo punto.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ÚLTIMA OFERTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE HUELGA

1.- VOTACIÓN DE LA HUELGA

La institución de la última oferta respecto de la huelga tiene un alcance muy significativo como se verá. La huelga es definida por GAMONAL como “todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción”³⁷. La Comisión de Expertos de la OIT por su parte ha señalado que “en general cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por más breve que sea ésta”³⁸. En nuestro derecho, la huelga está absolutamente reglamentada a punto tal de terminar siendo casi impracticable en los hechos. Esto es característico de los sistemas legales que establecen un modelo contractualista de huelga, “esto es, (los) que fijan una única y determinada finalidad para la huelga: la negociación o renegociación de un convenio colectivo”³⁹, de modo que cualquier otro objetivo que persiga la huelga, ésta debe ser declarada ilegal. Pues bien, dentro de este objetivo, de esta instrumentalización del derecho de huelga, se encuentra inserta la última oferta.

Una vez que las partes en el proceso de negociación colectiva reglada no arriban a un acuerdo, los trabajadores tienen la posibilidad de ejercer su derecho a huelga, no sin antes llevar a cabo una votación, que es convocada por la comisión negociadora a lo menos con cinco días de anticipación, en la cual se vota la aprobación de la huelga o de la última oferta del empleador. En tal votación sólo podrán participar aquellos trabajadores comprendidos en la presentación del proyecto de contrato colectivo. Según el artículo 370 inciso cuarto, los trabajadores deben efectuarla en la oportunidad que establece la ley, es decir, dentro de los cinco últimos días de vigencia del respectivo contrato colectivo o fallo arbitral anterior, o dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco o sesenta días, dependiendo del régimen al que se somete la negociación colectiva. Si no lo hacen se entiende que aceptan la última oferta del empleador, a menos que la no realización obedezca a causas ajenas a ellos, pues en este caso se otorga un plazo de cinco días para efectuarla.

Acá podemos apreciar la primera oportunidad en que entra en juego supletoriamente la última oferta, por cuanto el legislador entiende que los trabajadores aceptan esta propuesta, siendo ésta una presunción de derecho. Sólo si estamos frente a hechos ajenos a la voluntad de los trabajadores que impidieron la votación en la época predeterminada, podrán

³⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, ob. cit., p. 370.

³⁸ Libertad Sindical y Negociación Colectiva, informe III, Comisión de Expertos OIT, citado por VARAS CASTILLO, Mario, *Principios de la OIT referidos al derecho de huelga*, en Revista laboral chilena, Febrero-Marzo 2001, p. 45.

³⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, UGARTE CATALDO, José Luis, ob. cit., p. 84.

efectuarla dentro de un plazo posterior. Creemos que no es el mejor efecto el establecido por la ley, ya que la última oferta es una institución de relevancia, por lo cual debe ser aceptada expresamente por los trabajadores, pues ella finalmente los afectará directamente en su relación contractual.

En la mencionada votación la huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación. Como señala GAMONAL “por otro lado el quórum exigido para aprobar la huelga podría entorpecer en ciertos casos su realización. A este respecto, el CLS (Comité de Libertad Sindical de la OIT) ha señalado que la mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan a un gran número de afiliados. Esta disposición puede entrañar, pues, un riesgo de limitación importante al derecho de huelga”⁴⁰.

La comisión de expertos de la OIT sostiene por su parte que “la legislación de muchos países subordina el ejercicio del derecho a huelga a la aprobación previa de esa acción por un cierto porcentaje de trabajadores. Esta exigencia no plantea, en principio, ningún problema con respecto al Convenio (Nº 87), pero las modalidades de escrutinio, el quórum y la mayoría exigida no deberían ser tales que el ejercicio de huelga resultase, en la práctica, muy difícil e incluso imposible”⁴¹. Además, ha señalado que “la exigencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas”⁴².

Acá podemos observar otra aplicación de la última oferta, puesto que si no se logra este quórum, según lo señala el artículo 373 del Código del Trabajo, los trabajadores aceptan esta última oferta. La Comisión de Expertos de la OIT ha objetado esta discutible decisión legislativa, sosteniendo que “la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores no puede ser deducida, tal como lo establece el artículo 373, de la falta de quórum en la votación para declarar la huelga. En efecto, desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación”⁴³.

Antes de entrar en el análisis de la aplicación de la última oferta creemos necesario señalar que la libertad sindical, principio-derecho que se ve afectado con estas normas, es un “principio fundamental del derecho del trabajo que no sólo permite constituir sindicatos, sino también facilitar y fomentar la actividad sindical comprensiva de todos aquellos

⁴⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., pp. 391-392.

⁴¹ Libertad Sindical y Negociación Colectiva, citado por VARAS CASTILLO, Mario, ob. cit., p. 50.

⁴² La Libertad Sindical, citado por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *La huelga en Chile: perspectivas y problemas*, en Revista Laboral Chilena, Febrero-Marzo 2011.

⁴³ CAAMAÑO ROJO, UGARTE CATALDO, *Negociación colectiva y libertad sindical, un enfoque crítico*, ob. cit., p. 87.

comportamientos tendientes a hacer efectiva la representación sindical”⁴⁴. También es entendida como “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafilarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga”⁴⁵.

Ahora bien, una vez delimitado el concepto de este derecho, en primer lugar creemos que el quórum sí puede ser en algunos casos atentatorio contra la libertad sindical, puesto que la mayoría absoluta muchas veces es muy difícil de alcanzar, ya que los trabajadores en pocas ocasiones actuarán como un solo cuerpo, es más común la existencia de varios intereses, tanto individuales como colectivos, por la existencia conjunta de sindicatos y de grupos de trabajadores, los cuales negocian separadamente, debilitando el movimiento sindical, lo que ocurre sobre todo en grandes empresas.

Por otra parte, creemos que la solución del legislador en orden a establecer que el rechazo o más bien, la falta del quórum necesario para la aprobación de la huelga signifique la consecuente aprobación de la última oferta es peligrosa, por cuanto el empleador puede limitarse a ofrecer condiciones que si bien cumplen con el mínimo exigido por la ley, y con las formalidades correspondientes, no son lo suficientemente completas para satisfacer las legítimas aspiraciones de los trabajadores involucrados en la negociación. Basta con hacer tal propuesta y luego calcular si los trabajadores están en condición de alcanzar este quórum de aprobación, pudiendo influenciar de cierta manera a los distintos grupos negociadores para que finalmente no se logre tal objetivo.

Además, como fue señalado, la Comisión de Expertos sostiene la necesidad de una declaración expresa de voluntad por parte de los trabajadores en orden a aceptar el contenido de la última oferta, contrariamente a lo establecido por el legislador, que establece esta suerte de presunción de derecho, por cuanto al no alcanzar el quórum de aprobación se entenderá que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador, lo que nos parece absolutamente criticable, ya que en teoría al existir igualdad entre las partes involucradas, cada una de ellas planteará lo que estime conveniente a sus intereses y finalmente arribarán a un acuerdo en el que todos ganan y pierden algo. Sin embargo, en este caso y de acuerdo a una simple lectura del artículo 373 inciso primero, pareciera ser que el legislador toma un concepto de oferta que emana del derecho común, en el que sólo cabe la aceptación del destinatario de tal oferta, en este caso, los trabajadores involucrados en la negociación, dejando de lado los principios en que se funda el Derecho del Trabajo, el que va más allá de una simple relación contractual entre dos partes, por los intereses tanto individuales como colectivo-sociales involucrados. Por ello, la única diferencia en el caso

⁴⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Trabajo y derecho*, Editorial Legal Publishing (Santiago, 2010), p. 101.

⁴⁵ CAAMAÑO ROJO, UGARTE CATALDO, ob. cit., pp. 14-15.

de la huelga sería que los trabajadores tienen la “opción” de aprobarla. Si no lo logran por falta de quórum, la última oferta pasa a ser una propuesta y la aceptación en este caso es tácita, pues se entiende que al no alcanzar el quórum, los trabajadores se conforman con aquella propuesta. Como lo hemos señalado, se establece una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. Si se da el supuesto legal, se entiende aprobada la última oferta del empleador.

1.1. Ejercicio de la Huelga

Por su parte, el artículo 374 del mismo cuerpo legal gira sobre la misma idea, por cuanto prescribe que si la huelga no se hace efectiva dentro de los plazos señalados en el inciso primero de este artículo, se entenderá que “los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de ella y, en consecuencia, que aceptan la última oferta del empleador”.

Creemos que éste es otro mecanismo atentatorio contra la libertad sindical, pues menoscaba aún más el ejercicio de los derechos laborales, ya que si la huelga fue acordada con todos los requisitos legales, no vemos razón para que el legislador imponga una nueva traba para su ejercicio estableciendo esta presunción, que consiste en que más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación continúen trabajando en ella. Más bien, la ley debió prescribir que una vez que se ha acordado la huelga, ésta no puede desistirse a menos de proceder los involucrados a una nueva votación con las mismas características y quórum que la votación de aprobación, como lo establece para otras circunstancias en el artículo 378 del Código del Trabajo. Así se destierra de la práctica el hecho de que el empleador pueda ofrecer “incentivos” a grupos de trabajadores para que continúen trabajando y de esta manera echar abajo el acuerdo democrático alcanzado por todos los involucrados, lo que podría dar lugar a una práctica desleal.

Por ello creemos que en este aspecto y en otros que veremos el Plan Laboral sigue vigente, considerando a la huelga desde un punto de vista negativo, ya que estamos al frente de una presunción de derecho que no tiene justificación legal. “Además, estamos en presencia de una regulación que no tiene paralelo en el derecho laboral comparado, por lo que simplemente es imposible hacer un ejercicio comparativo y sólo se explica por la desesperación del legislador del plan laboral por cerrar el conflicto colectivo a favor de la empresa”⁴⁶.

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷, en el artículo 8 N° 1 dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”, lo que daría pie para que el legislador pudiera restringir el derecho de huelga de una manera

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 88.

⁴⁷ Texto disponible en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>, visitada el día 12 de junio de 2012.

que prácticamente impida su ejercicio, es también cierto que el propio artículo 8 en su numeral tercero dispone que “Nada de lo dispuesto en este Artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”, es decir, que sean parte del Convenio N° 87 de la OIT, y del cual Chile es precisamente parte. La huelga, si bien no está explícitamente establecida, se entiende derivar del derecho de Sindicación consagrado en el convenio⁴⁸, por lo que el legislador no puede restringir este derecho de manera que haga ilusorio su ejercicio, puesto que ambos tratados internacionales adquieren rango constitucional por aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

En este ámbito pudo haberse establecido el mismo mecanismo que para la oportunidad de la votación: que si no se efectúa por causas ajenas a los trabajadores, se otorgue un plazo legal para hacerlo. Es cierto que puede prorrogarse el plazo hasta por 10 días, pero el problema es que procede por acuerdo entre las partes. Es algo que deberá negociarse, y si los actores se encuentran en posiciones irreconciliables, la ley define que prevalecerá la última oferta, equilibrando la balanza una vez más en favor del empleador.

Una pregunta que nos hacemos es ¿qué sucede si los trabajadores no respetan los límites legales para hacer efectiva la huelga (inicio de la jornada del tercer día de acordada la huelga) y la ejercen antes de este plazo? La norma nada dice, y la Dirección del Trabajo tampoco se refiere al tema, por lo que sostenemos que al existir un vacío legal, se debería interpretar la norma a favor de los trabajadores, lo que deriva de los principios informadores del Derecho del Trabajo y de una visión armónica de toda la normativa relacionada con la huelga, puesto que a pesar de las críticas efectuadas al constituyente y al legislador por el punto de vista que tienen de esta institución, es un derecho fundamental que poseen todos y cada uno de los trabajadores, exceptuándose aquellos que ejercen profesiones que involucran a la sociedad en su conjunto, como la defensa nacional y los servicios básicos, los cuales tienen otros medios de solución de conflictos, y que deriva además del derecho de la Libertad Sindical.

Tampoco consideramos que el empleador pueda establecer sanciones a cada trabajador individualmente considerado por no desempeñar sus labores, puesto que como hemos señalado, la huelga ya fue acordada de manera democrática, por lo que existe un antecedente fehaciente, lo que demuestra que no pueden imponerse sanciones a los trabajadores involucrados en la negociación y que ejercen la huelga antes del inicio de la jornada del tercer día de aprobarse aquélla.

Creemos que en este ámbito debe predominar la buena fe entre las partes involucradas, ya que si bien puede sostenerse que los trabajadores deben ejercer sus derechos dentro de los

⁴⁸ Vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, ob. cit., p. 372.

límites de tal principio, como por ejemplo, que la huelga no sea una medida intempestiva ni que ocasione perjuicios desproporcionados al empleador, también es cierto que existe una votación que aprobó la huelga y por ende, que anteriormente existió todo un proceso de negociación entre los trabajadores involucrados y la parte empleadora, por lo que ésta ya se encuentra en sobre aviso de que eventualmente puede producirse la huelga, por lo que debe tomar todas las medidas necesarias para disminuir los indeseables efectos que pueda tener en sus intereses.

Sin embargo debemos reconocer que los trabajadores, dentro del mismo ámbito de la buena fe, deberían ejecutar la huelga al menos en la jornada laboral siguiente a la de su acuerdo. Solo desde este punto de vista podemos entender este requisito impuesto por el legislador al establecer que la huelga una vez acordada debe ejercerse al inicio de la jornada laboral del tercer día contado desde el acuerdo. Pero aún en este supuesto, discrepamos respecto al efecto que produce el no inicio de la huelga en esa oportunidad, puesto que inclina una vez más la balanza a favor del empleador. Creemos que la sanción adecuada hubiese sido suspender el derecho a ejercer la huelga hasta cumplir con los plazos establecidos, en el caso en comento, o bien, si transcurrió tal plazo sin ejercerse la huelga, establecer un plazo fatal para su ejecución, que podría haber sido el de la prórroga establecida en el artículo 374 inciso primero del Código del Trabajo, pero no establecer de inmediato la terminación de la huelga.

En los artículos mencionados (370 inciso cuarto, 373 y 374) se establece una salida, podríamos decir que es un “premio de consuelo” para los trabajadores que no han llevado a cabo la votación en la oportunidad establecida, que no han logrado el quórum necesario para acordar la huelga o bien, que aprobada ésta, más de la mitad de los involucrados continúen laborando en la empresa: pueden optar por mantener el contrato colectivo vigente, durante 18 meses, sin las cláusulas de reajustabilidad. Si no ejercen este “derecho”, se impone la última oferta del empleador, la que claramente puede ser más desventajosa para los trabajadores. Ahora bien, ¿qué sucede si no existe instrumento colectivo vigente? Creemos que deberán las partes atenerse a la respuesta del proyecto de contrato colectivo presentado por el empleador, el cual puede ser coincidente con su última oferta, si es que no existió más de una respuesta. Recordemos que tal respuesta debe tener la forma de contrato colectivo, por lo que debe poseer todos los requisitos de éste.

2.- EL REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES INVOLUCRADOS EN LA HUELGA

Uno de los efectos de la huelga, y en el que la última oferta del empleador adquiere una gran importancia es la contratación de reemplazantes o esquirolas, que se establece en el artículo 381 del Código del Trabajo. Éste en un comienzo prohíbe el reemplazo, pero luego lo permite si se cumplen ciertos requisitos, los cuales deben reflejarse en la última oferta. Es por ello que esta institución cobra especial relevancia, pues es una importante

herramienta que el legislador entrega al empleador para que la huelga no le afecte demasiado en sus intereses pecuniarios.

Para que proceda es necesario que el empleador ofrezca en su última oferta, en la forma prevenida por el artículo 372 inciso tercero, idénticas estipulaciones a las contenidas en el contrato, convenio o fallo vigente reajustadas según la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de su vigencia, debe establecer además una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato excluidos los 12 últimos meses y, además, ofrecer un bono de reemplazo a la comisión negociadora equivalente a 4 UF por cada trabajador contratado como reemplazante. Si lo hace de esta manera, el empleador podrá contratar trabajadores de reemplazo a partir del primer día de haberse hecho efectiva la huelga. De lo contrario, sólo podrá hacerlo a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono de reemplazo. Por ende, el bono de reemplazo es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la contratación de reemplazantes. Si no existe instrumento colectivo vigente, el empleador debe ofrecer al menos una reajustabilidad mínima anual, según la variación del IPC para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

Así también se regula la situación del reintegro de los trabajadores involucrados en la huelga, los cuales podrán optar *individualmente* reincorporarse a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga. Hacemos énfasis en el aspecto individual, puesto que en el Código del Trabajo la titularidad del derecho de huelga es de carácter individual, que cada trabajador puede o no ejercer, dentro eso sí, de un marco colectivo, como es el sindicato o el grupo de trabajadores. Es decir, el sindicato organiza la realización y ejercicio de la huelga, y el trabajador por su parte opta por adherirse o no, y a dejar de ejercer su derecho cuando lo estime conveniente. Esta visión explicaría las normas analizadas anteriormente, como las del ejercicio de la huelga por más del 50% de los trabajadores, o la del artículo 381 en comento, en sus incisos correspondientes.

El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de expertos de la OIT coinciden en que esta posibilidad de reemplazar a los huelguistas es un grave atentado en contra de los principios de libertad sindical consagrados en los instrumentos de la OIT, particularmente el Convenio N° 87.

En efecto, la Comisión de Expertos ha sostenido que “se plantea un problema particular cuando la legislación o la práctica permiten que las empresas contraten a otros trabajadores para sustituir a sus propios empleados mientras hacen una huelga legal. Este problema es particularmente grave si, en virtud de disposiciones legislativas o de la jurisprudencia, los huelguistas no tienen garantizada, de derecho, su reincorporación a su empleo una vez finalizado el conflicto. La Comisión considera que este tipo de disposiciones o de prácticas

menoscaban gravemente el derecho de huelga y repercuten en el libre ejercicio de los derechos sindicales”⁴⁹.

Por su parte, el Comité “sólo considera admisible la contratación de personal de reemplazo en caso de huelga en un servicio esencial en que ésta se encuentre prohibida, o bien, en situación de crisis nacional aguda. Fuera de estos casos, tal práctica resulta objetable”⁵⁰.

Concordamos con el criterio de estas instituciones internacionales. Creemos que el establecimiento de este “derecho”, que algunos fundamentan en la existencia del derecho de propiedad, es un atentado en contra del ejercicio del derecho de huelga, pues éste es, en último término, un medio de presión que tienen los trabajadores agrupados para equiparar en cierta manera las fuerzas en el proceso de negociación, una vez que éste ha llegado a un punto muerto.

Como señala GAMONAL “la huelga es un elemento esencial de la libertad sindical en cuanto instrumento vital para la defensa de los trabajadores. Por medio de la huelga y, en la gran mayoría de los casos, por la mera posibilidad de recurrir a la misma sin llegar a decretarla efectivamente, los trabajadores logran contrapesar el poder del empleador en las relaciones laborales. La posibilidad de contratación de reemplazantes cumple un efecto disuasivo, psicológico negativo, en los trabajadores y desarticula este medio de presión”⁵¹. Y así, a pesar de que el artículo 382 en su primera parte establece que mientras los trabajadores se mantengan insertos en la negociación colectiva el empleador no puede ofrecer el reintegro a cada trabajador en particular, el solo hecho de poder contratar a otros trabajadores significa una incertidumbre para el huelguista, en orden a que por uno u otro motivo pueda, en el peor de los casos, ser despedido una vez finalizada la negociación.

Relacionado con el conflicto que se daría entre ambos derechos fundamentales, el de huelga y el de propiedad, se sostiene que “la delimitación del derecho es la acción inicial que debe acometer el intérprete a la hora de esclarecer un conflicto de relevancia constitucional”⁵².

“Se trata, pues, de establecer cuáles son las manifestaciones del derecho que quedan protegidas por el manto constitucional y cuáles no; la delimitación permitirá configurar qué es derecho fundamental y qué no. Permitirá, también, dirimir si una determinada conducta de un privado entra o no en colisión con un derecho fundamental al ‘...excluir de la esfera de protección del derecho fundamental determinadas conductas o supuestos que no forman parte del mismo”⁵³.

⁴⁹ VARAS CASTILLO, ob. cit., p. 51.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ GAMONAL CONTRERAS, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., pp. 396-397.

⁵² MELIS VALENCIA, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Editorial Legal Publishing, (Santiago, 2010), p. 95.

⁵³ *Ibíd.*

Por tanto puede existir un conflicto entre dos normas de rango constitucional que colisionan una con otra, pero también puede suceder que tal colisión sea aparente y en realidad se trate de un acto o hecho que no está incluido en el respectivo derecho fundamental. Para salvar esto es necesario limitarlo, es decir, restringir el ámbito de su aplicación. Incluso es posible que exista un conflicto entre una norma fundamental constitucional y otra infraconstitucional, en el cual primará claramente la primera.

Como señalamos, para algunos esta facultad del empleador estaría amparada por el derecho de propiedad, y por ende la derogación de aquélla sería inconstitucional. El profesor GAMONAL contrariamente sostiene que “no obstante la gran importancia del derecho de propiedad, éste no es un derecho absoluto y debe aplicarse en forma armónica con las demás garantías constitucionales, incluida la libertad sindical. En derecho comparado no conocemos hipótesis alguna que postule como inconstitucional la prohibición de contratar reemplazantes en la huelga, por una eventual vulneración del derecho de propiedad”⁵⁴.

En efecto, “la imposición de límites a un derecho fundamental ha de suponer la intromisión en el ámbito previamente delimitado del mismo, afectando o restringiendo el ámbito de protección máxima del derecho fundamental que gozaba de una protección provisional (prima facie) (...). Ahora bien, si la imposición de límites a un derecho fundamental resulta admisible en función de la unidad interpretativa del texto constitucional, resulta entonces que la limitación ha de tener como justificación fundante la protección de otro derecho de relevancia constitucional. Si este no es el caso, no estaríamos en presencia de un conflicto iusfundamental sino de derechos de origen diverso: uno, constitucional y el otro, infraconstitucional, primando naturalmente el primero en virtud del principio de jerarquía normativa o supremacía de la Constitución. Luego, se sigue que toda limitación debe ser justificada constitucionalmente”⁵⁵, lo cual en el caso no se aprecia claramente, por lo que el legislador estaría impedido de limitar arbitrariamente el derecho de huelga por medio de la última oferta, es decir, mediante una norma de rango legal, para dar protección al derecho de propiedad del empleador.

Incluso para algunos autores esta facultad entregada al empleador sería abiertamente inconstitucional, por cuanto hace realmente impracticable el derecho de huelga. En este sentido, “lo realmente criticable de esta norma que establece el reemplazo, piedra angular del Plan Laboral de la dictadura, más que su excepcionalidad en el derecho comparado, es su notoria inconstitucionalidad, toda vez que afecta el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho de huelga, reconocido implícitamente en el texto constitucional a través de la libertad sindical y la autonomía colectiva (artículo 19 N° 16 y 19 CPR) y reconocido en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y vigentes en Chile (...). De este modo, el artículo 381 del CdT adolece de un claro vicio de

⁵⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, ob. cit., p. 397.

⁵⁵ MELIS VALENCIA, Christian, ob. cit., p. 99.

inconstitucionalidad, atendido lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución que prohíbe al legislador afectar la esencia de los derechos de naturaleza constitucional”⁵⁶.

Es más, la jurisprudencia ha sostenido que “la libertad sindical es un derecho fundamental reconocido internacionalmente, que incluye los derechos de huelga y a la negociación colectiva. El reemplazo de trabajadores en huelga, socava de manera significativa la capacidad de negociación que tienen los trabajadores, produciendo un desequilibrio de poder a favor del empleador, debilitando al movimiento sindical, porque la empresa sigue produciendo y la huelga le deje de afectar”⁵⁷.

2.1.- Bono de reemplazo

En cuanto al bono de reemplazo, equivalente a 4 UF por cada trabajador contratado como reemplazante, la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 261/20 de 2002 sostiene que tal bono es una remuneración, tomando en consideración los artículos 41 y 381 inciso primero CT. Específicamente señala la Dirección que “es un estipendio en dinero que perciben los trabajadores involucrados en un proceso de negociación colectiva en el evento que el empleador (...) contrate personal de reemplazo de los trabajadores que han hecho uso de la instancia de huelga en el proceso de negociación colectiva”⁵⁸. Señala además que tal bono tiene como causa el vínculo jurídico laboral existente entre el empleador y cada uno de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva.

Se extrae que se trata de una remuneración al no estar contemplado el bono de reemplazo en el artículo 41 inciso segundo del Código del Trabajo, el cual señala todos los beneficios pecuniarios que no constituyen remuneración. Por tanto, al tener esta naturaleza jurídica, es imponible.

Continúa la Dirección señalando que “el bono de reemplazo en ningún caso puede ser calificado como un beneficio de carácter indemnizatorio, no imponible, por cuanto de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico laboral, el pago de indemnizaciones están vinculadas al término de la relación laboral, salvo que la ley expresamente establezca el pago de una indemnización estando vigente el contrato de trabajo, como sucede en el caso de la indemnización por supresión parcial de horas para los docentes que laboran en establecimientos del sector municipal, a que se refiere el artículo 77 de la ley N° 19.070”⁵⁹.

Finalmente se establece que el pago del bono se debe hacer directamente a los trabajadores y no a la organización sindical que los representa en el ejercicio de su derecho a negociar colectivamente.

⁵⁶ CAAMAÑO ROJO, UGARTE CATALDO, ob. cit., p. 94.

⁵⁷ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 20- 2007, citado por CAAMAÑO ROJO, UGARTE CATALDO, ob. cit., p. 94-95.

⁵⁸ Dirección del Trabajo, dictamen N° 261/20, 2002.

⁵⁹ *Ibíd.*

Ahora bien, en el dictamen N° 1197/061 la Dirección sostiene que si la última oferta no reúne los requisitos para proceder al bono de reemplazo, el empleador está impedido de efectuar tal reemplazo, y por ende, no nace a su respecto la obligación de pagar el bono. En este caso, si el empleador infringe lo dispuesto en el artículo 381 corresponde aplicar la sanción genérica establecida en el artículo 506 del Código del Trabajo, atendido a que el legislador no ha establecido una sanción especial para tal transgresión.

Un aspecto interesante es lo que señala la historia fidedigna de la ley relativa a esta materia, en especial la sesión 8°, en la cual el honorable señor Parra expresa lo siguiente: “Si bien el bono cede, a la larga, en beneficio del trabajador es una sanción por haber incurrido al reemplazo y no una compensación para el trabajador”⁶⁰. Por lo tanto, el pago del bono es una sanción al empleador que efectivamente reemplaza a los trabajadores huelguistas, independiente de su ofrecimiento en la última oferta, pero una sanción que no constituye indemnización, sino remuneración.

En este aspecto sostenemos que este bono de reemplazo es un simple paliativo para los trabajadores huelguistas, por una parte, y un encarecimiento pecuniario para el empleador que decide llevar a cabo el reemplazo, pero que no soluciona el problema de fondo, cual es que por medio de esta facultad finalmente se produce el debilitamiento de la postura de los trabajadores, y especialmente se debilita el ejercicio del derecho de huelga.

Creemos que el reemplazo de trabajadores huelguistas debe ser erradicado de nuestro ordenamiento por afectar profundamente a la huelga, y es más, haciéndola en la práctica inviable, lo que constituye una clara vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

El bono constituye un mero encarecimiento para el empleador por cuanto éste sencillamente debe realizar un cálculo matemático en orden a determinar cuánto será el costo el contratar cierta cantidad de reemplazantes. Recordemos que la norma habla de la procedencia del bono de reemplazo en relación a la cantidad de trabajadores contratados como reemplazantes, y no respecto a los trabajadores que han sido reemplazados. Pensemos en una situación en que un empleador tiene a doscientos trabajadores que están en huelga, pero sacando cálculos matemáticos y de producción se da cuenta que con cien trabajadores podría cumplir con sus obligaciones a corto y mediano plazo, por lo que las 4 UF se calculan respecto de estos cien reemplazantes, afectando claramente a los huelguistas, los que no recibirán ese monto cada uno, sino solamente 2 UF. De esa manera se afectan una vez más los derechos de los trabajadores, inclinando el legislador la balanza a favor del empleador.

Todo lo anterior tiene un fundamento legal, y éste es precisamente nuestro objeto de estudio: la última oferta del empleador. Es ésta la herramienta que el legislador otorgó al

⁶⁰ *El reemplazo de trabajadores en huelga*, en Revista Laboral Chilena, Junio 2002, p. 110.

empleador para hacer más llevadero este “calvario” de tener que soportar la huelga de sus “empleados”. Y la manera más eficaz para debilitar la postura de los trabajadores es precisamente reemplazándolos, lo que significa una minimización de los perjuicios pecuniarios para la empresa. La idea detrás de todo esto es finalmente que la huelga dure lo menos posible.

Incluso, el artículo 381 inciso séptimo establece, para efectos del reemplazo, la posibilidad de la formulación de más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos señalados y que contemple el bono de reemplazo. ¿Qué quiere decir el legislador con esto? ¿Cuál es el alcance? Suponemos que en estos casos el empleador primeramente formuló una última oferta que no cumplía con los requisitos mínimos para poder reemplazar a los huelguistas, y posteriormente emite otra oferta que sí los cumple. Creemos que se trata de un mecanismo para disminuir los plazos establecidos en la propia norma para poder contratar personal de reemplazo, puesto que en la primera hipótesis el empleador debiese esperar al menos quince días de haberse hecho efectiva la huelga para ejercer su derecho. Pero con la formulación de múltiples ofertas, el empleador podrá contratar reemplazantes desde el momento en que formule la oferta adecuada. Esto lo sostenemos por cuanto la norma habla que el empleador podrá contratar reemplazantes desde el primer día, por lo que es una facultad entregada a su arbitrio.

2.2.- Jurisprudencia Judicial acerca del reemplazo de trabajadores

Creemos necesario abordar este punto por cuanto nos permite ver las tendencias de los tribunales de justicia al resolver casos relacionados con el reemplazo de los trabajadores huelguistas.

En un primer momento, la jurisprudencia estaba conteste en que el reemplazo de los huelguistas está prohibido inicialmente en nuestro país, a menos que se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 381 del CT. Para estos efectos, se entendía que la prohibición comprendía tanto el reemplazo externo, es decir, el contratar personas ajenas a la empresa, como el interno, es decir, con trabajadores que no están sindicalizados. La Corte Suprema por tanto interpretaba la huelga como un derecho, y prohibía en todo caso el reemplazo interno de huelguistas.

En este punto se seguía a la jurisprudencia administrativa. En efecto, la Dirección del Trabajo 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 prácticas–, sea a ‘personas ajenas a la empresa’. A este respecto, afirma que ‘el legislador 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 dependientes. 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”⁶¹.

Así las cosas, tenemos el caso de la sentencia Rol N° 5673-2006 de la Corte Suprema, en el cual se suscita un conflicto por el reemplazo de los huelguistas por trabajadores pertenecientes a la empresa, la cual señala que no infringe la norma puesto que entiende que reemplazar equivale a contratar, y si utiliza trabajadores de su propia empresa, no existiría un contrato. Es decir, el personal dependiente no sindicalizado no puede considerarse como reemplazante de los trabajadores sindicalizados.

Sin embargo, la Corte Suprema estimó en el considerando sexto “que, por consiguiente, la interpretación de la disposición contenida en el artículo 381 del Código del ramo, no puede orientarse hacia una huelga inoperante en la práctica, pues los trabajadores que la acordaron han debido cumplir con todos los requisitos pertinentes. Por lo demás, se yergue como expresión rectora en dicha norma la voz reemplazo, palabra que, en su sentido natural y obvio, significa sustituir una cosa o persona por otra, poner en lugar de una cosa o persona, otra que haga sus veces y, ciertamente, ha sido lo que ocurrió en la situación que se plantea en estos autos, ya que el empleador asignó a otros de sus trabajadores a cumplir con las funciones que desarrollaban los dependientes que optaron por la huelga, es decir, produjo una sustitución”.

Agrega en su considerando séptimo que “al tener lugar la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, desde que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor grado, contraría el derecho a la asociación, garantizado constitucionalmente, en la medida en que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato, se ve disminuido ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical”⁶².

Finalmente, en el considerando noveno señala que “además, si bien la huelga constituye un desenlace no deseado para una negociación colectiva, ningún sentido tiene ese derecho reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga, lo que resulta

⁶¹ SIERRA HERRERO, Alfredo, *Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga*, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 17, N° 1, 2010, pp. 103-104, tomando como referencia los dictámenes de la Dirección del Trabajo N° 1303-64 de 2004 y N° 1197-61 de 2002. Texto disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000100004&script=sci_arttext, visitada el día 14 de junio de 2012.

⁶² Sentencia Corte Suprema, Rol N° 5673-2006.

inadmisible dentro del contexto de la reglamentación de dicha situación, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código del Trabajo, en el caso de producirse la huelga en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar personal de emergencia, cuyo no ha sido el caso”⁶³.

En otra sentencia se afirma 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 trabajadores⁶⁴.

En la misma línea, se sostiene 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, precaviendo 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”⁶⁵.

Sin embargo, desde el 2008, tal como señala GAMONAL, “la Corte Suprema cambia de tesis y aumenta exponencialmente la posibilidad de reemplazo interpretando que el artículo 381 hace referencia sólo al personal ajeno a la empresa”⁶⁶.

Podemos ver tal giro interpretativo en la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 345-2008. El considerando quinto sostiene que “actualmente, la huelga está regulada en el Título VI del Libro IV del Código del Trabajo y constitucionalmente reconocida, aunque de manera indirecta, en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, donde se señala el principio fundamental, cual es, que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales. De tales normas es dable desprender que el legislador intenta regularla jurídicamente como instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo y que corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”⁶⁷. Acá podemos observar que se restringe el derecho de huelga, supeditándolo a otros derechos fundamentales más “importantes”.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Vid.*, sentencia Corte Suprema, Rol N° 4505-2005.

⁶⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, sentencia de 19 octubre de 2009, RIT 20-2009.

⁶⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *ob. cit.*, p. 405.

⁶⁷ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 345-2008.

Pero no se queda allí, pues sostiene en el considerando sexto, en su parte pertinente que “en efecto, la propia normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva a que se hace alusión en el motivo anterior, en la medida en que, además de tratarse de un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, siempre está presente en su reglamentación la idea de buscar una alternativa que importe el acuerdo entre trabajadores y empleadores”⁶⁸. Es interesante anotar que por lo visto para el sentenciador la huelga es una situación “indeseable”, como un “mal menor” que se debe soportar a “regañadientes”.

Finalmente, en el considerando séptimo en su parte pertinente señala que “por consiguiente, como lo ha resuelto este Tribunal en casos similares, es en esta orientación en la que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide -salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula- es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa, lo que no se da en la especie”⁶⁹, señalando en conclusión que no se ha configurado la infracción al artículo 381 del CT, lo que acarrearía una práctica desleal.

Como señala GAMONAL, refiriéndose a la argumentación de esta sentencia, “llama la atención que la tesis mayoritaria estime que la ‘huelga en sí’ compromete el desarrollo de nuestro país. Esta afirmación no se condice con la experiencia histórica del mundo desarrollado. En efecto, la posibilidad de recurrir a la huelga empodera a los trabajadores, nivelándolos con el empleador y permitiendo la negociación colectiva y, a través de la misma, la distribución equitativa de los frutos del crecimiento económico. O sea, la huelga como contrapoder de los trabajadores consolida el desarrollo económico y permite la existencia de una sociedad más justa para todos”⁷⁰.

El mismo autor se refiere al voto de minoría en la sentencia de Corte Suprema rol N° 6478-2009, el que enfatiza en primer lugar, que el tenor de la norma del artículo 381 es “reemplazar y no contratar. Al respecto, hace presente (el tribunal) que en incisos posteriores la norma habla de ‘contratar’ dado que será la situación más común de reemplazo, pero no la única”⁷¹.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *ob. cit.*, pp. 406-407.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 409. Un criterio contrario es el que encontramos en la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3656-2010, que señala en su parte pertinente que “al respecto y siguiendo la jurisprudencia emanada de numerosas sentencias de la Excma. Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones del país sobre la materia, el artículo 381 del Código del Trabajo establece como regla general la imposibilidad de reemplazar a trabajadores que se encuentren en huelga y la excepción está constituida por la situación que se produce en el evento que el empleador de cumplimiento a las exigencias contenidas en esa norma, en cuyo caso podrá

Por otra parte, este voto minoritario “se basa en la efectividad del derecho de asociación y, obviamente, de la libertad sindical (un especial tipo de asociación). Resulta difícil que un sindicato cumpla sus fines si no tiene fuerza y la fuerza está dada por la posibilidad de recurrir a la huelga. Sin duda, las huelgas ejecutadas serán las menos, pero en los casos en que es necesario llegar (a) este tipo de medidas, la huelga debe ser efectiva sino, por el contrario, pierde todo poder disuasorio”⁷².

Finalmente, respecto de la sentencia rol N° 434-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago, especialmente del voto disidente, GAMONAL señala que “se recurre al fundamento dogmático (...) en el sentido de que la huelga y la libertad sindical, en cuanto principios constitucionales amparados en el artículo 10 N°s. 16 y 19 sobre negociación colectiva y autonomía sindical, y en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución y en los tratados internacionales que indica (artículo 8.1 letra d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convenio N° 87 de la OIT), llevan necesariamente a la conclusión de que las restricciones legales al derecho de huelga deben interpretarse restrictivamente”⁷³. Pero el punto más esclarecedor es que “desde la óptica legal (artículo 5° inciso primero del CT) el empleador cuando ejerce sus facultades debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los cuales obviamente se encuentra la libertad sindical. En este caso, si un empleador cumple todos los requisitos del reemplazo del artículo 381, igualmente debe respetar los derechos constitucionales de los trabajadores, como el derecho de huelga. Por ello resulta inadmisibles extraer de las normas limitativas de la huelga un principio interpretativo restrictivo de la regla general”⁷⁴.

Debemos señalar que estamos a favor de esta postura, por cuanto la voz “reemplazo” admite tanto la contratación de nuevo personal como la sustitución de un trabajador huelguista por otro perteneciente a la empresa. De otra manera el derecho de huelga se ve profundamente afectado. Pensemos en la sustitución interna. Si no se considera como reemplazo la sustitución de un trabajador por otro, la huelga se debilita por dos razones: la primera es que la huelga no tendrá efecto alguno sobre la productividad de la empresa, por lo que la huelga en sí no significará mayor problema para el empleador, y la segunda, que consideramos más grave, es que el empleador no tendrá que cumplir con los requisitos del artículo 381 para sustituir internamente a los huelguistas, en especial con el pago del bono de reemplazo, que fue específicamente creado para que el ejercicio de esta facultad por

realizar dicho reemplazo. En el desarrollo de las situaciones de excepción -en que está permitido el "reemplazo"-, la ley se refiere a la contratación de trabajadores para los efectos de realizar el reemplazo de los huelguistas, siendo diferente la significación de las expresiones "reemplazar" y "contratar" pues ésta es indicativa de celebración de una convención. Debe entenderse, entonces, que la ley impide -salvo en condiciones excepcionales- la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga, es decir, debe tratarse de personal ajeno a la empresa, cuyo no es el caso. Por lo tanto, haber sustituido a los huelguistas por trabajadores dependientes de la misma empresa, no constituye la figura del artículo 381 del código del ramo”.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*, p. 411.

⁷⁴ *Ibíd.*

parte del empleador fuera más onerosa⁷⁵. La consideramos más grave que la razón anterior puesto que el artículo 381 al menos establece requisitos para poder aplicar el reemplazo. Aunque cuando se cumple con ellos, de todas maneras se produce el efecto de debilitar el movimiento sindical, como ya lo hemos señalado en otras partes de este trabajo.

En esta situación sostenemos además que se debe aplicar la regla “in dubio pro operario”, propia del principio protector. Esta regla “es el criterio según el cual, en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador”⁷⁶.

Cuando se ejecuta una huelga, lo que permite una salida equilibrada al conflicto es justamente que la huelga en ejercicio sea eficaz. Si no es así, el empleador no tiene nada que perder y por tanto será siempre intransigente con los trabajadores y sus sindicatos.

Incluso, podríamos señalar que la sustitución interna, al vulnerar el derecho de huelga configuraría una vulneración a su vez del denominado “trabajo decente”. En un primer momento se le define como “aquel trabajo productivo que es justamente remunerado y que se ejerce en condiciones de libertad, equidad, seguridad, y respeto a la dignidad humana”⁷⁷. A ello se agrega que “el trabajo decente es el punto de convergencia de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que son: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social”⁷⁸. Una segunda noción de trabajo decente lo define “como un empleo de calidad que respete los derechos de los trabajadores y a cuyo respecto se desarrollen formas de protección social”⁷⁹.

“Por otra parte, la concepción de un trabajo decente implica también el respeto de todos los derechos relacionados con el trabajo, como los establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Entre ellos, cabe destacar el derecho a la libertad sindical como componente del ‘trabajo decente’, considerándolo como condición y carácter esencial de éste. Se destaca así ‘el cometido

⁷⁵ En sentido contrario, vid. SIERRA HERRERO, ob. cit., p. 111, el que señala que “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 posibles. 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 lesionarlo”. Este autor, a diferencia de lo expuesto en este trabajo, sostiene que la doctrina correcta es precisamente el entender que la sustitución interna no es reemplazo, por lo que no se configura lo dispuesto en el artículo 381 del CT.

⁷⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, tercera edición, Editorial Depalma, (Buenos Aires, Argentina, 1998), pp. 84-85.

⁷⁷ HENRÍQUEZ, Helia, RIQUELME, Verónica, *Lejos del trabajo decente: el empleo desprotegido en Chile*, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo (Santiago, Noviembre de 2006), p. 32, disponible en <http://agora.ucv.cl>.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 33.

⁷⁹ *Ibíd.*

crucial de la libertad sindical y de la negociación colectiva' para alcanzar el objetivo de un 'trabajo decente'⁸⁰.

3.- TERMINACIÓN DE LA HUELGA

La huelga puede terminar por voluntad colectiva o individual.

3.1.- Terminación por voluntad colectiva

Respecto de la voluntad colectiva, puede terminar mediante una votación especialmente convocada al efecto, regulada en el artículo 378 del Código del Trabajo o por la utilización del contrato colectivo forzoso, regulado en el artículo 369, incisos segundo y siguientes, al cual ya nos hemos referido con anterioridad.

El artículo 378 CT señala que los trabajadores que hayan suscrito el proyecto de contrato colectivo, hayan éstos ejecutado o no la huelga, se pronuncien acerca de si someten el asunto a mediación o arbitraje, si aceptan un nuevo ofrecimiento, o a falta de éste, si aceptan la última oferta, por medio de una votación convocada al efecto por la comisión negociadora.

El nuevo ofrecimiento debe formularse por escrito y darse a conocer a los trabajadores antes de la votación. Si es rechazado, no tiene valor alguno, a diferencia de la última oferta, que en la misma situación se mantiene vigente. Es la gran diferencia entre ambas instituciones.

Para tales efectos, se entiende la última oferta subsistente mientras el empleador no la retire con las mismas formalidades establecidas en el inciso final del artículo 370.

Es necesario recalcar esto por cuanto nuestro sistema procedimental opera en base a una oferta vigente, por lo que si el empleador retira su oferta necesariamente debe quedar otra oferta en pie, puesto que los mecanismos de reintegro, que veremos a continuación, serían inaplicables por cuanto los trabajadores se reintegran, a lo menos, en las mismas condiciones de la última oferta del empleador.

Si se acepta este nuevo ofrecimiento, o en su defecto, la última oferta del empleador, estaremos ante un nuevo contrato colectivo.

3.2.- Terminación por voluntad individual

Respecto de la terminación de la huelga por voluntad individual, ésta procede mediante el reintegro individual de los trabajadores a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga, ya sea respecto de una oferta que cumpla con los requisitos y presentada en la oportunidad correspondiente, o bien de una oferta presentada

⁸⁰ *Ibíd.*

extemporáneamente. Si la última oferta no cumple con los requisitos ni es presentada en la oportunidad que corresponda, pero ofreciendo sin embargo el empleador el bono de reemplazo, podrán reintegrarse los trabajadores a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga. Esta última constituye por tanto la regla general.

El reintegro por tanto consiste en que cada trabajador individualmente considerado renuncia a su derecho de huelga y acepta la última oferta del empleador.

Otra aplicación interesante de la última oferta está contenida en el inciso segundo del artículo 383, por cuanto si más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación se reintegra, la huelga llega a su término al final del mismo día en que tal situación se produzca. En tal caso, los trabajadores restantes tienen un plazo de dos días para reintegrarse en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador.

Es interesante este planteamiento, por cuanto el derecho de huelga es de carácter individual según nuestra legislación, aunque deba ser ejercido colectivamente, pero en estos casos sencillamente la huelga, tomada como un procedimiento a nuestro entender, finaliza para todos, sin considerar la voluntad de aquellos que se mantienen firmes en sus convicciones y ejerciendo su derecho de huelga. Incluso el legislador los insta a reintegrarse dentro de un determinado plazo, por lo que aquellos trabajadores no tienen otra opción que someterse y aceptar la última oferta, que puede contener condiciones menos favorables para sus intereses.

Como señala el profesor GAMONAL, “en esta situación, por el detallado reglamentarismo de nuestra legislación, nos encontramos ante un vacío legal ya que el artículo 381 inc. octavo dispone que si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores (...) lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador. Pero ¿qué ocurre si posteriormente a estos reintegros parciales se llega a un acuerdo colectivo con los huelguistas? ¿Para aquellos trabajadores que se reintegraron rigen las condiciones de la última oferta del empleador o las del nuevo contrato colectivo? Pareciera que las de la última oferta del empleador, lo cual no deja de presentar diversas dificultades. Desde ya, cabe precisar que les serán aplicables sólo las cláusulas normativas de la última oferta del empleador y no las obligacionales. Por otra parte, puede que el contrato colectivo alcanzado con los huelguistas contemple diversos beneficios que no serían aplicables a estos trabajadores, salvo por aplicación del efecto extensivo del art. 346 del CT. Opinamos, en el caso en análisis, que el nuevo contrato colectivo debiera regir también para los trabajadores que se reintegraron”⁸¹.

Ahora bien, si no existe instrumento colectivo vigente, la oferta se entiende materializada si el empleador al menos ofreciere una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce

⁸¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 415.

meses, norma aplicable también en el caso del reemplazo de trabajadores huelguistas. GAMONAL, refiriéndose a esta situación en relación con el reemplazo señala que “este último precepto (artículo 381 inciso sexto) pareciera altamente inconveniente ya que el empleador podría ofrecer prácticamente un contrato en blanco, con bajos beneficios remuneracionales y con el reajuste exigido por la ley, permitiéndole contratar esquirols desde el primer día de huelga. Además, ¿debe en este caso ofrecer el bono de reemplazo? El legislador, probablemente por olvido no lo contempló expresamente en este inciso, pero una interpretación armónica y en favor de la libertad sindical exige que se ofrezca dicho bono”⁸², lo cual es aplicable al reintegro de los trabajadores.

4.- SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: CASO URUGUAYO

En Uruguay el derecho colectivo del trabajo⁸³ se caracteriza por ser tradicionalmente abstencionista y a-regulado. Jorge ROSEMBAUM ha señalado que “el modelo uruguayo se desarrolló históricamente en base a la acción autónoma de las organizaciones sindicales y de los empleadores y una impronta tipificante ha sido la ausencia de reglamentación jurídico formal de las relaciones colectivas de trabajo en su ordenamiento positivo”⁸⁴.

Por su parte, para ERMIDA “como consecuencia de esto, surge la segunda característica del Derecho laboral uruguayo: esa legislación asistemática, incompleta y fragmentaria, aunque protectora, deja un amplio margen a la creación doctrinal y jurisprudencial. Al ser poco lo que está expresa y detalladamente previsto en la ley, es mucho lo que tienen que resolver los jueces, son muchas las lagunas a llenar por los tribunales, y es importante, también, el papel que puede desarrollar la doctrina para darle ‘materia prima’ y ‘know how’ a esos jueces”⁸⁵.

El caso de la huelga no difiere de lo anterior. No existe un concepto de huelga, y existen muy pocas normas, tanto constitucionales como infraconstitucionales, que se refieren a ella. Por ello, la posición ampliamente dominante es aquella que sostiene que los sindicatos tienen libertad para determinar los intereses que se buscan con las medidas de conflicto.

En cuanto a los requisitos y procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, entre ellas la chilena, en Uruguay “el ordenamiento solamente exige el preaviso al MTSS (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social) de las medidas de huelga y lock-out con plazo de 7 días, extremo que en la práctica se suele no cumplir, pero que por regla no tiene consecuencia negativa alguna para los adherentes a la huelga, ya que la

⁸² *Ibid.*, p. 403.

⁸³ Vid., CASTELLO, Alejandro, *El derecho a huelga (principales características del modelo uruguayo uno de los más liberales que existen en Derecho comparado)*, en *Revista Laboral Chilena*, Noviembre 2011, pp. 56-69.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar, *La nueva legislación laboral uruguaya*, 2006, p. 2, disponible en <http://www.upf.edu/iuslabor/042006/LatinoamericaOscarErmida.pdf>, visitada el día 17 de junio de 2012.

jurisprudencia mayoritaria ha entendido que se trata de una norma legal que no tiene prevista ninguna sanción”⁸⁶.

Por tanto, podemos concluir que en la legislación uruguaya no existe una figura como la última oferta del empleador, fruto de la falta de regulación legal del proceso de negociación colectiva, y especialmente en el ejercicio del derecho de huelga. Así, en Uruguay rige “un enfoque extenso, abierto y tolerante sobre la mayor parte de los aspectos que refieren al derecho de huelga: formas y modalidades (atípicas); objeto y fines; requisitos y procedimientos de adopción; límites; efectos, etc., lo que ha traído por consecuencia que los sindicatos puedan ejercer la autotutela de manera intensa e irrestricta en protección de sus derechos e intereses, con la sola limitación de que las medidas sean pacíficas y no constituyan un abuso de derecho”⁸⁷.

El problema sin embargo que se ha visto, y que con la dictación en Uruguay de la ley 17.940 se intenta remediar, es la falta de normas que protejan el ejercicio de la actividad sindical. Se señala que el antecedente y fundamento de la ley 17.940 es “la necesidad de promoción y protección de la actividad sindical, que tenía además muy sólidos y firmes antecedentes doctrinales en el Uruguay, e inclusive internacionalmente, porque el Comité de libertad sindical de la OIT había observado reiteradamente al Uruguay porque no regía en el país un mecanismo eficaz de protección contra los despidos antisindicales y otros actos antisindicales. Del mismo modo, la misión de la OIT que visitara el país en 1986 y que publicara su informe el año siguiente, incluía la referida carencia entre los dos o tres defectos que detectaba en el sistema uruguayo de Derecho colectivo del trabajo”⁸⁸.

Debemos señalar que nuestra legislación se encuentra muy lejos de poder alcanzar este estado. Creemos que sería necesario reformar completamente el Libro IV, puesto que reformas parciales sólo serían algunos paliativos que no solucionarían el problema de fondo. Lo más sano sería que las partes pudieran negociar libremente, con los resguardos antes mencionados, presentes en Uruguay: que sea pacífico y que no constituyan abuso de derecho. La mayor dificultad en nuestro país es la existencia de estas normas, de este procedimiento rígido que es la negociación colectiva, y el cambio en primer lugar debe ser de mentalidad, tanto de nuestros legisladores como de nuestra sociedad.

Lo que sí podemos rescatar de nuestra legislación es la existencia de un buen proceso laboral, lo cual es una carencia en el derecho uruguayo. Sostiene ERMIDA que “nos da la impresión de que hay un cambio en curso que se está produciendo, un cambio tendiente a reequilibrar las relaciones laborales y que los dos elementos centrales de ese cambio en

⁸⁶ CASTELLO, Alejandro, ob. cit., p. 62.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 66.

⁸⁸ ERMIDA, Oscar, ob. cit., p. 6.

curso son la reinstalación de los consejos de salarios, que ya han funcionado y la nueva ley de protección de la actividad sindical, cuya eficacia está en manos de los jueces”⁸⁹.

Señala además que “pero también nos parece que ese cambio en curso solo se consolidará y se profundizará –permitiendo, por consiguiente, que se hable con propiedad de una nueva legislación laboral uruguaya -, en la medida en que no se aborden y solucionen eficazmente los problemas del Derecho procesal del trabajo y del Derecho individual del trabajo. En la medida en que se aborden esos puntos y se corrijan esos defectos, entonces sí se podrá hablar de una nueva legislación laboral uruguaya. Lo que se hizo en materia de relaciones colectivas está bien pero no alcanza, porque no sirve de mucho tener un buen motor fuera de borda si por el otro extremo del barco hay varios agujeros por donde nos entra agua permanente”⁹⁰.

Es por tanto necesario un profundo cambio en nuestra legislación, tomando como ejemplos a seguir derechos como el uruguayo. Aunque también debemos señalar que haría falta un cambio de mentalidad en nuestros legisladores como en la sociedad, sobre todo en los sectores que dirigen la economía del país. Como señala PLÁ RODRÍGUEZ, refiriéndose a la huelga, “hay que partir de la base de que todo medio de lucha por su propia naturaleza tiende a perjudicar a la otra parte. Si no, no sirve como medio de lucha”⁹¹.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 8.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 9.

⁹¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *ob. cit.*, p. 401.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido apreciar que la última oferta del empleador surgió como una herramienta de protección para los trabajadores, específicamente de los trabajadores de la gran minería, por cuanto éstos quedarían amparados al menos con lo propuesto en tal instrumento. Sin embargo, si bien reconocemos el avance que significó en su época, al extenderse su aplicación a todos los trabajadores sin considerarse su ocupación, con el paso de los años se ha ido convirtiendo en una herramienta puesta al servicio de los intereses del empleador. Ciertamente la última oferta en sí misma no es más que eso, una oferta relativa a remuneraciones y condiciones de trabajo, sin embargo, los efectos que el legislador le ha otorgado son cuestionables.

Pruebas de ello son la aplicación de lo dispuesto en los artículos 373 y 374 del Código del Trabajo, que implican la aceptación tácita de la última oferta por parte de los trabajadores, en circunstancias en que hubiese sido más apropiado que aquéllos sometieran a votación la última oferta punto por punto, en el evento de haber fracasado la opción de la huelga, o bien de no haberse ejercido la misma dentro de los plazos legales. Pero incluso así, se está vulnerando lo acordado por los trabajadores. Aunque estemos en el evento de rechazarse la huelga, no por eso los involucrados estarán siempre de acuerdo con la última oferta. El problema es que en nuestra legislación ellos tienen sólo dos opciones, la huelga o la última oferta, vistos a nuestro entender como los dos extremos antagónicos posibles, visión heredada del Plan Laboral.

Sin embargo, lo más criticable es el denominado reemplazo de los trabajadores huelguistas, otro de los efectos asignados por el legislador a la última oferta. El reemplazo de los huelguistas configura un atentado a la libertad sindical, por cuanto debilita claramente el movimiento sindical, y sobre todo el ejercicio de la huelga, puesto que ésta pasa a tener un mínimo costo para el empleador. Prueba de su aplicación es la excesiva cantidad de dictámenes de la Dirección del Trabajo los cuales surgen a causa de las consultas realizadas por las empresas, en orden a las posibilidades que tienen para reemplazar a los huelguistas, y cuáles son los requisitos para ello. Por eso, la mayoría de ellos versan respecto del sentido y alcance del artículo 381 CT, el que se refiere precisamente a este criticado efecto.

También observamos la discusión en tribunales acerca de si la sustitución interna de los huelguistas configuraba o no un reemplazo, para efectos del artículo 381 CT. Sostenemos que sí se trata de un reemplazo, de lo contrario se atentaría aún más con el ejercicio del derecho de huelga, convirtiéndolo en la práctica en una simple declaración de derechos, sin costo para el empleador, ya que al interpretar restrictivamente el artículo 381 CT precisamente su efecto es la no aplicación de tal norma, por lo que el empleador no deberá

cumplir con una última oferta que contenga ciertos requisitos, y, por supuesto, no pagará el bono contemplado por cada trabajador contratado como reemplazante.

En cuanto al bono de reemplazo, éste fue pensado en sus orígenes como un mecanismo para desincentivar la contratación de nuevos trabajadores, por cuanto antes de la reforma de la ley 19.759 no existía esta obligación de pagar 4 U.F. por cada trabajador contratado como reemplazante. Sin embargo, en la práctica para el empleador actualmente significa simplemente un cálculo de costo versus beneficio, por lo que no presenta mayores dificultades para llevar a cabo la contratación de reemplazantes.

Además, si la última oferta cumple con los requisitos establecidos, se habilita a los trabajadores a reintegrarse individualmente, lo que significa la terminación de la huelga, que denominamos por voluntad individual.

Por tanto, concluimos que la última oferta del empleador ha pasado a ser un resabio del Plan Laboral, por su anacronismo y por sus efectos, que claramente van en contra de la libertad sindical, y del derecho de huelga. Podríamos decir que se quedó estancada en el tiempo, y a pesar de algunas modificaciones que ha sufrido, sigue en esencia siendo el mismo instrumento establecido en el D.L. 2758, que derivaba de leyes más antiguas, como tuvimos ocasión de apreciar. Realmente lo que ha variado son los efectos que tiene tal oferta, ya mencionados. Incluso, llegamos a la conclusión que el referido reemplazo de huelguistas es una norma inconstitucional, sin importar si se cumplen o no los requisitos del artículo 381 del CT,

La última oferta del empleador está en perfecta consonancia con el rígido esquema de la negociación colectiva, por lo que creemos que una reforma en este sentido debe ser total. O al menos en los puntos más importantes, para un día poder alcanzar los niveles de libertad en la negociación colectiva, tal como acontece en Uruguay. Tal vez no es necesaria su eliminación total, pero sí es importante modificar los efectos que desequilibran desmesuradamente la balanza a favor del empleador; que venga a ser más bien un instrumento que acerque a las partes a un acuerdo beneficioso para todos. Si bien es cierto que esto dependerá de cada empleador en particular, el legislador podría establecer ciertos parámetros que aseguren lo anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, Tratado de derecho civil, partes preliminar y general, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, UGARTE CATALDO, José Luis, Negociación colectiva y libertad sindical, un enfoque crítico, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2008.
- CASTELLO, Alejandro, El derecho a huelga (Principales características del modelo uruguayo, uno de los más liberales que existen en Derecho Comparado), Revista Laboral Chilena, Noviembre 2011, páginas 56-69.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, La nueva legislación laboral uruguaya, 2006, disponible en <http://www.upf.edu/iuslabor/042006/LatinoamericaOscarErmida.pdf>.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Derecho colectivo del Trabajo, Editorial Legal Publishing, 2ª edición, Santiago, Chile, 2011.
- Trabajo y Derecho, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.
- La huelga en Chile: perspectivas y problemas, Revista Laboral Chilena, Febrero-Marzo 2011, páginas 59-67.
- GONZÁLEZ CABRERA, Fabiola, Aplicabilidad del principio de buena fe en la negociación colectiva, Memoria, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2005.
- HENRÍQUEZ, Helia, RIQUELME, Verónica, Lejos del trabajo decente: el empleo desprotegido en Chile, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo (Santiago, Noviembre de 2006), disponible en <http://agora.ucv.cl>.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2000.
- MELIS VALENCIA, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.
- NADAL SERRI, Daniel, Última oferta del empleador, en Manual de Consultas Laborales y Previsionales, año 1993, N° 100.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del derecho del trabajo, tercera edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- PIÑERA, José, La revolución laboral en Chile, disponible en http://www.josepinera.com/jp/revolucion_laboral.pdf.

-RISSO STEGMANN, Ítalo, La última oferta del empleador en la negociación colectiva en Chile, Memoria, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1991.

-VARAS CASTILLO, Mario, Principios de la OIT referidos al derecho de huelga, Revista Laboral Chilena, Febrero-Marzo 2001, páginas 44-52.

-THAYER ARTEAGA, William, Sindicatos y negociación colectiva: análisis de la nueva legislación, Ley N° 19069, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993.

-WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2003.

Otros artículos:

-El reemplazo de trabajadores en huelga, en Revista Laboral Chilena, Junio 2002.