



DEPARTAMENTO JURÍDICO
S/K (1470) 2017
K. 6734 (1504) 2017

ORD.: 0448 , 006

MAT.: 1) Fija sentido y alcance de la expresión "reemplazo" contenida en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo.

2) Utilización de sistemas de automatización y medios tecnológicos en actividades productivas cuyos trabajadores se encuentran en huelga.

ANT.: 1) Necesidades del Servicio.

2) Oficio N° 32330, de fecha 12.07.2017, del Sr. Luis Rojas Gallardo, Prosecretario de la Cámara de Diputados.

FUENTES: Artículos 3°; 5°; 183 – P; 303; 306; 345; 403; y 407, del Código del Trabajo.

CONC.: Ords. N°s 999/27 de 02.03.2017; 5781/93 de 01.12.2016; 1303/64, de 26.04.2004; 4217/204 de 12.12.2002; y 2856/162, de 30.08.2002.

SANTIAGO,

24 FEBRE 2018

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JEFA DEPARTAMENTO DE RELACIONES LABORALES

A partir de la implementación de la Ley N° 20.940, de consultas formuladas y casos concretos, se hace necesario que esta Dirección fije el sentido y alcance del vocablo "reemplazo", utilizado en el inciso segundo del artículo 345 y en la letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo y se pronuncie si siempre se requiere la presencia o concurrencia de "trabajadores reemplazantes" como supuesto necesario del ilícito laboral.

Lo anterior, supone para esta Dirección dilucidar si resulta procedente que la empresa utilice recursos tecnológicos o mecanismos de automatización para ejecutar funciones que, dentro del proceso productivo de que se trate, correspondan a trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho a huelga conforme a las respectivas disposiciones del Libro IV del Código del Trabajo.

Al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

Tal como reiteradamente lo han destacado nuestros tribunales, la huelga constituye un derecho fundamental garantizado por el texto constitucional en el numeral 16 del artículo 19¹. A su vez, este derecho ha sido reconocido explícita e implícitamente en tratados de derechos humanos vigentes en Chile, como los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, en tanto integrante de la libertad sindical, se erige como límite de las facultades empresariales.

Asimismo, la propia jurisprudencia administrativa y judicial se ha encargado de precisar que la huelga como derecho fundamental que es, debe ser reconocida y protegida en su esencia, sin perjuicio de que su ejercicio deba ser armonizado con la protección de los demás derechos fundamentales amparados por la Constitución.

Por su parte, el desarrollo de nuevas tecnologías supone para el Derecho del Trabajo un desafío permanente, la necesidad de adaptación de las fórmulas tradicionales a partir de las cuales se estructura el trabajo y se configuran las reglas protectoras. En el pasado reciente se dio respuesta a la intensificación de los mecanismos de control sobre los trabajadores que las nuevas *tecnologías de la información* traían aparejados, y fue a través de la idea de *ciudadanía en la empresa* y la plena vigencia de los derechos fundamentales —particularmente los denominados *inespecíficos*— de los trabajadores que se hizo frente a las nuevas modalidades de control empresarial que pueden afectar particularmente el derecho a la intimidad (mecanismos audiovisuales, control informático, scanner, etc.). En la actualidad, el advenimiento vertiginoso de la *inteligencia artificial* y la *robótica*² facilita que unos pocos reemplacen a muchos en el desarrollo de la actividad productiva³, planteando con ello nuevas problemáticas con relación al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Este es el caso del derecho a huelga y su ejercicio, pues que duda cabe que las posibilidades de sustitución ya no simplemente se radican en personas sino crecientemente por medios automatizados.

Es en este contexto que se hace necesario precisar los efectos jurídicos de la actuación del empleador que, durante la huelga de sus trabajadores, utiliza herramientas de automatización para la ejecución de las funciones propias de éstos, entendiendo básicamente por tales, aquellos dispositivos o sistemas mecánicos o electrónicos aplicados a un proceso productivo sustituyendo la operación humana.

Para tal efecto, abordaremos en este pronunciamiento el alcance de las facultades empresariales con relación al uso de medios automatizados y tecnológicos y la configuración normativa del reemplazo de trabajadores como práctica desleal en la negociación colectiva. En cuanto a su desarrollo argumentativo, con el objeto de justificar los razonamientos que se esgrimen a lo largo del texto, nos ha parecido pertinente recurrir a los fallos de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema que, en su momento, admitieron el reemplazo interno como parte del supuesto normativo del antiguo artículo 381 del Código del Trabajo, en particular al pronunciado con fecha 29 de enero de 2015 (Rol N° 10.444-2014), que en nuestro concepto resulta ser el más relevante para estos fines⁴. Si bien la controversia se planteaba entre reemplazo interno y externo, esto es, entre personas, nos parece que los fundamentos (*ratio decidendi*) contenidos en la

¹ La Corte Suprema ha sostenido que se trata de un reconocimiento *implícito* que se desprende del análisis a *contrario sensu* de la norma constitucional referida (Rol N° 3.514-2014).

² Como parte de lo que se ha denominado la *cuarta revolución industrial* o *revolución 4.0*. Se trata de la “... *impresionante confluencia de avances tecnológicos que abarcan amplios campos, como la inteligencia artificial (IA), la robótica, el internet de las cosas (IoT), los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la ciencia de materiales, el almacenamiento de energía y la computación cuántica, por nombrar unos pocos.*” (KLAUS SCHWAB, *La Cuarta Revolución Industrial*, Debate, Barcelona, 2016, p. 15).

³ MERCADER UGUINA, JESÚS, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 179.

⁴ No obstante que el criterio extensivo que reconoce el reemplazo interno no comienza con esta sentencia sino poco antes, en la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014 (Rol N° 3.514-2014), es en aquella donde se verifica con mayor desarrollo la tesis que aquí importa y que tiene que ver con la configuración normativa del ilícito. Con posterioridad, la Corte mantuvo de forma invariable el criterio esbozado (Roles N°s 15.293-2014; 8.055-2015; 14.306-2016; y 28.376-2016).

referida sentencia son plenamente aplicables a la cuestión en análisis (reemplazo por personas o medios tecnológicos), dado que los supuestos son semejantes y, por lo mismo, han de tener iguales consecuencias jurídicas (*argumentum a simili*). En ambas problemáticas se trata de una cuestión relativa a la configuración normativa del ilícito; es ésta la esencia del asunto que nos ocupa.

1. Facultades de administración del empleador durante la huelga

Una consideración básica en este particular dice relación con la esfera de atribuciones que, en general, el legislador le reconoce a toda empresa y cuyo contorno lo define el artículo 3° del Código del Trabajo, al disponer que:

"... se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada."

Un elemento fundamental de la existencia de un ente empresarial corresponde a la organización de medios materiales para el logro del fin buscado por el titular de la misma, entendiéndose por tales todos aquellos bienes necesarios para el desarrollo del proceso productivo como infraestructura, maquinarias, muebles, etc.

Como se ha señalado por este Servicio, *"Los poderes del empresario reconocen su fundamento último en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad —artículos 19, N°s. 21 y 24 de la Constitución, respectivamente—, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial —ratio económica—"* (Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002).

En tal facultad de dirección y disposición que sobre la organización material se le reconoce al empleador, no sólo se incluye la decisión de utilizar o no un determinado medio material, sino además la de fijar las condiciones y las modalidades de su uso, en atención al interés empresarial correspondiente⁵. En este sentido, la decisión de utilizar dispositivos o sistemas mecánicos o electrónicos aplicados a un proceso productivo sustituyendo la operación humana y cuyos objetivos apuntan a mejorar la productividad, estandarizar la calidad de los productos, incrementar la seguridad, alivianar las labores físicas, entre otros, corresponde entenderla dentro de las facultades de administración empresariales. Decisión que normalmente está asociada con estrategias productivas estructurales y no coyunturales.

Se trata pues, de opciones y estrategias empresariales (*per se*) lícitas y con sustento constitucional y legal.

Ahora bien, del mismo modo en que se reconocen las potestades empresariales, ineludible resulta visualizar sus límites, dentro de los cuales adquiere lugar preponderante el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Al efecto, el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo dispone:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, ..."

Esta Dirección, sobre el precepto anotado, ha señalado que: *"En la referida disposición legal se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como "ciudadanía en la empresa"; reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de las normas que regulan las relaciones laborales. Este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral, hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador. (Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002). Agrega el referido pronunciamiento, "esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva."*

⁵ Ord. N° 4217/204 de 12.12.2002.

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales del trabajador limitarán el conjunto de las potestades que al empleador le reconoce el ordenamiento jurídico, a saber, la potestad de mando, la potestad disciplinaria y el poder de variación o *ius variandi*.

Es necesario precisar, en todo caso, que las facultades empresariales de administración no son eliminadas durante el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores sino delimitadas, es decir, la potestad de organización y dirección del empleador sigue cumpliendo su rol propio, sea administrando los recursos materiales y personales no involucrados en la huelga, sea representando los intereses de la empresa en la negociación en curso.

Estas facultades de que goza el empresario “... se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración —ratio jurídica— en el contrato de trabajo —dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador—, a lo que debemos agregar la ley —será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario—” (Ord. N° 2856/162, de 30.08.2002).

De esta manera, estando la huelga en desarrollo, el empleador ejerce las medidas de dirección, orientación y estructuración de la empresa, organizando el trabajo conforme lo ameriten las circunstancias y con las limitaciones connaturales a la realidad de la huelga, resultando particularmente exigible su gestión en lo que atañe a la eventualidad de los servicios mínimos y equipos de emergencia (regulados en el Capítulo VII del Libro IV, del Código del Trabajo) y a asegurar las labores de aquellos trabajadores que no participan de la respectiva negociación colectiva y, por tanto, de la huelga, pues naturalmente a su respecto rige en plenitud su derecho a seguir desarrollando sus labores como consecuencia necesaria de la *libertad de trabajo* que se le reconoce tanto en la Constitución (artículo 19 N° 16) como en la ley (artículo 2°; inciso tercero del artículo 345; y el inciso segundo de la letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo)⁶.

2. Extralimitación o abuso de las facultades de dirección: uso ilícito de sistemas automatizados durante la huelga

Distinto a lo señalado, es que la empresa use la potestad de dirección para lograr un fin diverso a aquél permitido por la ley o, dicho en otros términos, que, so pretexto de estar ejerciendo sus facultades empresariales, sobrepase la esfera de atribuciones demarcada por el ordenamiento jurídico, dentro de cuyos límites se encuentran de manera predominante los derechos fundamentales de los trabajadores.

En este sentido, es del caso advertir, en primer término, que si el uso de tecnologías respecto de la labor de trabajadores que no son parte del proceso de negociación colectiva se produce con ocasión de la huelga, supondría una mayor intensidad de su trabajo en el momento de la huelga y, con ello, podría derivarse en una afectación del derecho a huelga de los trabajadores involucrados al producirse una merma en su ejercicio.

Por otra parte, forzoso es concluir que, si bien el empleador tiene la facultad para utilizar tecnología informática y mecanismos automatizados en el proceso productivo de que se trate, le estaría vedado recurrir a tales herramientas para ejecutar, de modo inusual o no habitual, todo o parte de las tareas que le corresponden a los trabajadores en huelga, pues la medida afectaría el derecho de huelga de los trabajadores que se encuentran en proceso de negociación colectiva.

En efecto, la utilización por parte de la empresa de un sistema automatizado, sea propio o externalizado, con ocasión de la huelga y, por tanto, como respuesta a ella, y cuyo resultado sea eludir o mitigar sus naturales efectos, configuraría una conducta contraria a derecho desde que tal medida empresarial incumple las condiciones que impone la ley al regular las atribuciones funcionales del empleador durante la huelga, provocando la consiguiente afectación ilícita del referido derecho fundamental.

Merece considerar que la conducta vulneratoria podría configurarse incorporando, ante la inminencia de la huelga o durante su curso, una nueva tecnología automatizada destinada a ejecutar la función realizada normalmente por los trabajadores movilizados como también

⁶ Su vulneración se configura como una práctica desleal en la letra f) del artículo 404, del Código del Trabajo.

redoblando el rendimiento del sistema automático ya instalado en la empresa o extendiéndolo a operaciones no habituales; en cualquier caso, con el efecto de cubrir todo o parte de las funciones que se verán cesadas o disminuidas con el ejercicio de la huelga.

Es, en consecuencia, una medida que, en la práctica, se caracterizaría por la temporalidad, pues se recurriría a formas de automatización por el tiempo de la huelga, o, si se trata de un dispositivo instalado en la empresa desde antes, por su aplicación inusual o extraordinaria durante la interrupción de labores de los trabajadores partícipes de la negociación, todo lo cual configuraría un ejercicio abusivo de las potestades empresariales al subvertir el objeto de éstas y lesionar un derecho fundamental de los trabajadores.

Como es dable apreciar, la conducta en comento se apartaría con mucho de la decisión empresarial de introducir tecnología y automatización a sus procesos para satisfacer los objetivos tradicionales de estas herramientas y que, como se señaló, apuntan a mejorar la productividad, estandarizar la calidad de los productos, incrementar la seguridad, alivianar las labores físicas, entre otros, y que obedecen normalmente a decisiones estructurales y no coyunturales, como sería la huelga. En el caso que nos ocupa, el objetivo y el resultado apuntarían a la afectación de la huelga, restándole eficacia mediante la continuidad de la producción mientras la movilización de los trabajadores está en pleno desarrollo.

3. El principio de buena fe en la negociación colectiva

Ante conductas como la comentada, merece asimismo considerar que en la relación jurídico laboral rige el principio de la buena fe, el cual, por cierto, alcanza todas las etapas del proceso de negociación colectiva, lo que queda de manifiesto en el mandato contenido en el inciso primero del artículo 303, del Código del Trabajo, cuyo texto dispone:

"Las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas."

Sobre la citada norma, la doctrina de este Servicio ha sostenido que la negociación colectiva debe llevarse a cabo dentro del contexto general de la buena fe, principio que inspira todo el proceso negociador, agregando que deben sancionarse todas aquellas conductas que lo dificulten o dilaten, para luego concluir que "... el principio de buena fe ha sido concebido en su sentido objetivo, esto es, poniendo el énfasis en el comportamiento externo del sujeto, el cual deberá ponderarse a la luz del estándar que dicta la norma jurídica." (Ord. N° 5781/93 de 01.12.2016).

Una conclusión necesaria, a la luz de lo anotado, es que la medida del empleador de utilizar dispositivos de automatización con ocasión de la huelga, conllevaría, además de la infracción directa a la regulación de la huelga, una trasgresión a la buena fe que ambas partes de la negociación deben permanentemente observar, lo que reafirma la ilicitud de la conducta.

4. La vulneración del derecho de huelga es sancionable como práctica desleal

En el evento de observarse la conducta antijurídica recién comentada, provocando la afectación a la eficacia de la huelga y, por ende, la lesión a este derecho fundamental, se configuraría, en parecer de esta Dirección, una práctica desleal sancionable de acuerdo a las normas contenidas en el Título IX, del Libro IV, del Código del Trabajo ("*De las prácticas desleales y otras infracciones en la negociación colectiva y su sanción*"), que debe ser conocida y resuelta, en cada caso concreto, mediante el respectivo juicio de tutela laboral por la autoridad judicial competente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 407 del Código del Trabajo. Ello, sin perjuicio de las actuaciones que le pudieren corresponder a este Servicio en razón de lo previsto en el inciso cuarto del artículo 345 e inciso segundo del citado artículo 407.

a) Supuesto general: acciones que entorpezcan la negociación colectiva

El artículo 403 del Código del Trabajo, dispone en su inciso primero:

"Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras, se considerarán las siguientes:" (el subrayado es nuestro).

Sobre los alcances de este precepto, esta Dirección en Ord. N° 999/27 de 02.03.2017, señaló: *“De esta disposición se obtiene que la figura genérica de práctica desleal corresponde a la acción de la empresa que entorpezca la negociación colectiva y sus procedimientos, lo que implica que aquellos actos u omisiones del empleador que injustificadamente impidan, obstaculicen o perturben el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y sus procedimientos y atributos, incluso la huelga de los trabajadores, han de ser sancionados como prácticas desleales de la manera y con los efectos que contempla la ley.”*

De esta manera, resulta claro que la utilización por el empleador de formas de automatización, con ocasión y como respuesta a la huelga, configura un ejercicio abusivo de las potestades empresariales que puede encuadrarse en el supuesto general contenido en el inciso primero del artículo 403 del Código del Trabajo, en tanto, se trataría de acciones que entorpecen la negociación colectiva.

b) El reemplazo de trabajadores en huelga y su configuración normativa

No obstante lo anterior, la cuestión a dilucidar es si las referidas actuaciones ilícitas también pueden enmarcarse en el supuesto de práctica desleal contemplado en la letra d) del referido artículo 403, esto es, en la figura del *reemplazo*. Ello no es baladí, ya que, resulta evidente que su encuadre en este ilícito específico, ya no general, brinda un manto protector mayor al derecho fundamental, entre otras razones, porque activa una medida de tutela particular y exclusiva del reemplazo, y que se contiene en los incisos cuarto y quinto del artículo 345 del Código del Trabajo, consistente en la actuación administrativa o judicial correctiva (retiro de reemplazantes), la que se verifica con un sentido de oportunidad y urgencia dada la gravedad de la afectación producida; a lo que se agrega, la mayor severidad del régimen sancionatorio tratándose del reemplazo y que se regula en el artículo 406.

Y es en este punto, donde se formula el debate sobre la configuración normativa del reemplazo de trabajadores como práctica desleal en la negociación colectiva y si resulta posible entender que la acción de *reemplazar* puede verificarse indistintamente por *personas* o *máquinas* o *medios tecnológicos* o, por el contrario, solo puede hacerse mediante *personas*.

Se trata de una problemática que en el ámbito internacional lleva ya algún tiempo, que ha sido arduamente debatida y también ha transitado por la dicotomía entre personas y medios tecnológicos como supuesto configurativo del reemplazo (*esquirolaje tecnológico* o *virtual* como lo ha denominado la doctrina española), y sobre la cual, todavía no hay criterios asentados en la jurisprudencia comparada⁷.

⁷ En el caso español, luego de una inicial reticencia judicial en orden a reconocer el denominado *esquirolaje tecnológico*, el Tribunal Supremo en lo Social en sentencia de 5 de diciembre de 2012, da un giro a la doctrina señalando: *“No solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (...) para la realización de actividades que exceden los servicios mínimos decretados como esenciales, se lesiona el derecho a huelga, sino que también se lesiona este de derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga.”* (el subrayado es nuestro) (RJ 2013\1751). Por su parte, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la materia, en sentencia de 2 de febrero de 2017: *“En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden.”* (STC 17/2017). Es decir, el fallo del Tribunal Constitucional rechaza el amparo por entender que los trabajadores no huelguistas continuaron desarrollando sus labores habituales y opera sobre la base que no fue abusiva la utilización de medios tecnológicos precisamente porque éstos ya existían en la empresa y no fueron adquiridos con ocasión de la huelga, aunque no eran de uso habitual y se usó un procedimiento distinto para la transmisión, matizando con ello y apartándose de la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, pues no admite el reemplazo tecnológico como una figura autónoma sino más bien ligada al reemplazo interno.

En nuestro ordenamiento jurídico, debemos recurrir, en primer lugar, a la prescripción general de prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, contenida en el inciso segundo del artículo 345 del Código del Trabajo, que al efecto, señala:

"Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga."

Es una regla similar a la que se contenía en el antiguo artículo 381, respecto de la cual nuestro máximo tribunal señaló: *"Prohibir" es vedar o impedir el uso o ejecución de algo; es establecer un impedimento; es imposibilitar. Prohíbe el que "tranca", sella o traba; el que obstruye, evitando. La interdicción es a la acción lo que el óbice a la razón;*" (Corte Suprema, Rol N° 3.514-2.014). Luego, en la parte inicial del inciso cuarto del referido artículo 345, se indica que *"La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave ..."*, prescripción que se materializa en definitiva en el Título IX, del Libro IV, del Código del Trabajo que regula las prácticas desleales en la negociación colectiva.

Específicamente, esta configuración normativa como práctica desleal específica se verifica en la letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo, que dispone:

"d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro."

Un análisis general de la problemática planteada, nos lleva a formular una primera afirmación, que a nuestro juicio resulta ineludible: la discusión sobre si el reemplazo se efectúa por *personas o máquinas, dispositivos o medios tecnológicos, resulta ser del todo artificial e inconducente*, puesto que, por una parte, la definición de la programación o el control de aquello que tenga que hacer la máquina, dispositivo o medio tecnológico y, sobre todo, de la oportunidad en que se lleva a cabo, la asume en el ámbito de la empresa el empleador, sea directamente o a través de sus representantes —no estamos en la especie frente a una hipótesis futurista de inteligencia artificial en la que dichos mecanismos tecnológicos tomen decisiones por sí solos con relación a lo que deben o no hacer—, y por otra, lo que resulta relevante a la hora de configurar el ilícito laboral es el resultado lesivo de la acción empresarial, esto es las acciones que entorpezcan la negociación colectiva. Es decir, en uno y otro caso hay presencia de personas, la cuestión es que puede ser más o menos directa. Por tanto, se trata de un problema de medios y no de sujetos ni menos de resultados.

Recientemente, en el marco de una actuación inspectiva en un caso de huelga en una empresa de monitoreo y análisis de medios informativos, se constató, por esta Dirección, que trabajadores no huelguistas desempeñaron funciones no habituales y que correspondían a trabajadores en huelga, utilizando medios tecnológicos. Como se aprecia, la cuestión que delimitó la decisión sobre la ocurrencia del ilícito fueron las circunstancias fácticas ligadas con trabajadores que materializaron el reemplazo, por lo que, en definitiva, se trataba de un problema de reemplazo interno (personas).

Ello nos lleva a afirmar que la utilización de medios tecnológicos puede operar como una modalidad del reemplazo interno o externo; de hecho, es lo más frecuente. Y, por otra parte, la utilización de medios tecnológicos ejercida directamente por el empleador, sin la concurrencia de trabajadores, hipótesis más inusual, aunque no por ello imposible, se constituye como una forma autónoma y específica de sustitución de trabajadores en huelga.

A mayor abundamiento, si centramos el análisis en la estructura del ilícito, se observa que su configuración normativa es delimitada (*strictu sensu*), conforme lo indicado *supra*, por la letra d) del artículo 403. Y dicha norma se articula en base a la voz *"reemplazo"*, palabra que, en su sentido natural y obvio, significa *"acción y efecto de reemplazar"* (RAE), y *reemplazar*, *"sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces"* (RAE), siendo éste el verbo rector. Por su parte, en cuanto a los sujetos, éstos son el empleador (sujeto activo), en tanto, el tenor del encabezado del artículo en comento regula las *"prácticas desleales del empleador"* y el trabajador que hubiere hecho efectiva la huelga y sufre la acción del *"reemplazo"* o, en abstracto, la totalidad de los trabajadores en huelga o la organización sindical (sujeto pasivo).

Es decir, la figura se delimita en función de la acción de sustituir (reemplazar) y no en base al medio (personas o medios tecnológicos) a través del cual se materializa la conducta. Los medios corresponden a circunstancias que rodean la conducta infractora y, en este caso, la norma lo deja abierto, no lo limita a uno u otro.

En este sentido, al pronunciarse con relación al reemplazo interno y la estructura del ilícito de la época (contenido en el artículo 381), la Corte Suprema razonaba con una argumentación similar: "... *la expresión rectora en dicha norma es 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.*" (el subrayado es nuestro) (Rol N° 10.444-2014). Como se aprecia, se puso el acento en el verbo rector (reemplazar) y no en el medio empleado (trabajadores internos o externos).

Para que el reemplazo se deba efectuar necesariamente por personas ("reemplazantes") y, por tanto, que esta circunstancia (medio empleado) formara parte del supuesto normativo del ilícito, habría sido necesario que la regla se formulara del siguiente modo: "*El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga por otros trabajadores...*" o algún enunciado similar. Una fórmula como ésta no es ajena en nuestro ordenamiento. En efecto, la letra b) del artículo 183 – P, del Código del Trabajo, prohíbe la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios para reemplazar trabajadores en huelga⁸; es decir, en este caso específico, la ley contempló en la estructura normativa del ilícito la concurrencia de reemplazantes (trabajadores de servicios transitorios), a diferencia del caso que nos ocupa (letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo). Hay aquí una tajante interdicción del reemplazo por personas, que se explica, por cierto, por la naturaleza de la figura de puesta a disposición que opera precisamente a través de trabajadores. Cuando la ley lo quiso —en este caso, que el medio formara parte del supuesto normativo del reemplazo—, lo dijo; cuando no lo quiso, guardó silencio.

Complementando nuestra línea argumental, podemos afirmar que la acción de *reemplazar despliega su potencial al actuar sobre la capacidad de trabajo o actividad de los trabajadores en huelga, es decir, lo que se sustituye en definitiva es la labor o función del huelguista no su materialidad (persona)*⁹. En efecto, recurriendo a un ejemplo de automatización (*per se* inócuo) que ya podemos ver hoy en día en las grandes cadenas de supermercados cuando se implementa una caja automatizada, las funcionalidades de su operación dicen relación con la lectura de los códigos de barras y el pago de los productos, es decir, las mismas tareas principales que desarrolla un cajero *persona*. ¿Cuál sería la diferencia entre una modalidad y otra si un empleador, con ocasión de la huelga, contrata cajeros o implementa un sistema automatizado de cajas?, ninguna. En ambos casos, lo que se sustituye son las funciones o labores de los cajeros que están en huelga.

También resulta irrelevante cualquier diferenciación entre reemplazo del *puesto de trabajo*¹⁰ o de las *funciones* pues, para efectos de nuestro análisis, el primero se define normalmente en razón del segundo, es decir, el puesto de trabajo se estructura en relación a un conjunto de funciones. En efecto, probablemente ningún impacto sobre la huelga existiría si un trabajador que no está en huelga ocupa durante ella el *puesto de trabajo*, si lo entendemos solo como un espacio físico (por ejemplo, silla y escritorio) o una simple denominación (cargo), de un trabajador en

⁸ Dispone la referida disposición legal:

"..., no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, en los siguientes casos:

b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva." (el subrayado es nuestro).

⁹ En este sentido, esta Dirección ha precisado, "... cuando el legislador ha manifestado su voluntad de impedir el reemplazo de dependientes durante la huelga lo ha hecho refiriéndose al cumplimiento de la función que realiza el respectivo trabajador involucrado en el proceso." (el subrayado es nuestro) (Ord. N° 1303/64, de 26.04.2004).

¹⁰ Originalmente, el Proyecto de Ley del Ejecutivo (Mensaje N° 1055-362, de 29.12.2014), usaba en la letra g) del artículo 411, la fórmula reemplazo de "*puestos de trabajo*", lo que en definitiva fue cambiado por reemplazo de "*trabajadores*" durante su tramitación.

huelga, si no efectúa ninguna labor o función de éste. De otra forma, si entendemos *puesto de trabajo* en razón de las funciones asociadas a dicha posición, naturalmente no es condición necesaria para estar frente a un reemplazo que el no huelguista ocupe el lugar físico o cargo de un trabajador en huelga, si desde su propio escritorio u otro lugar, incluso su hogar, realiza la labor asignada a éste, no estando dentro de sus funciones habituales. Lo determinante es el aspecto funcional, no el físico o material.

De esta forma, el reemplazo de los trabajadores en huelga puede ser realizado materialmente por personas o a través de máquinas, dispositivos o medios tecnológicos, en tanto, lo que interesa a estos efectos es la sustitución de las funciones o labores del trabajador en huelga y el resultado lesivo de la actuación empresarial, siendo indiferente el medio empleado.

c) Las expresiones “trabajadores reemplazantes” y “los reemplazantes”

Ahora bien, no obstante que, a juicio de este Director, las argumentaciones precedentes son suficientes para clausurar el pretendido debate sobre medios tecnológicos *versus* personas en la configuración del reemplazo como ilícito específico, para no eludir ningún extremo de la discusión, es necesario hacerse cargo de las expresiones “trabajadores reemplazantes” o “los reemplazantes” utilizadas por el legislador en los incisos cuarto y quinto del artículo 345 del Código del Trabajo, respectivamente, pues esta fórmula podría llevar (*prima facie*) a considerar que el supuesto necesario del *ilícito* contenido en la letra d) del artículo 403 debería entenderse limitado solo a *personas*, esto es, que en el reemplazo de los trabajadores en huelga se excluye la utilización de *máquinas, dispositivos o medios tecnológicos*.

Prescriben los incisos cuarto y quinto del artículo 345, del Código del Trabajo:

“La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes.

En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492.” (el subrayado es nuestro).

En primer término, se hace necesario hacer presente que las reglas en las cuales se contienen las expresiones “los trabajadores reemplazantes” y “los reemplazantes” tienen un carácter *adjetivo o procedimental* y no de configuración del ilícito, el que es delimitado, conforme lo apuntado, por la letra d) del artículo 403. En efecto, las normas en análisis tienen por objetivo materializar la reacción administrativa o judicial correctiva ante la ocurrencia concreta de la figura base (norma sustantiva).

Como se señaló, se trata de una problemática similar a la que se dio, bajo la vigencia de la norma anterior a la Ley N° 20.940, con la redacción del artículo 381 del Código del Trabajo de aquel entonces, y que en definitiva fue resuelta por nuestro máximo tribunal. La discusión que se sostenía era si el reemplazo de trabajadores como ilícito laboral se configuraba solo en su versión de reemplazo externo o también incluía el interno, ello en razón de la redacción que se contenía en el inciso segundo de la referida norma y que aludía a la *contratación de trabajadores*, en circunstancias que el ilícito se delimitaba en el inciso primero, de una forma muy parecida a la actual (“*Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, ...*”). Es decir, al igual que hoy la discusión tenía que ver con la delimitación del supuesto normativo, y en el mismo sentido, la referencia a la contratación de trabajadores no formaba parte de aquella. En efecto, la Corte Suprema planteaba (*ratio decidendi*): “*De ese aserto sigue otra regla de exégesis, conforme a la cual las excepciones a la regla general quedan sujetas a una inteligencia restrictiva.*” Agrega luego la sentencia “*Que en el contexto referido, el artículo 381 del estatuto laboral, transcrito en el motivo octavo, contempla como regla general la prohibición de reemplazar a los trabajadores que se encuentran en huelga y la excepción está constituida por la situación que se produce en el evento*

que el empleador dé cumplimiento a las exigencias contenidas en esa disposición, en cuyo caso podrá realizar el reemplazo” (Corte Suprema, Rol N° 10.444-2014).

Por otra parte, las expresiones “los trabajadores reemplazantes” y “los reemplazantes” que nos ocupan obedecen a una fórmula tradicional que se explica por la práctica y experiencia habitual en este tipo de figuras en que personas reemplazan a personas. En este sentido, la Corte Suprema señaló también en el fallo citado: “Que no obsta a la conclusión anterior, la circunstancia que la redacción del artículo 381 en comento, contenga referencias a la contratación de trabajadores, pues, sin duda alguna, que la situación de regular ocurrencia, será esa.”.

Concluir que hay una suerte de confluencia necesaria entre las expresiones “reemplazo” y “reemplazantes”, contenidas en la letra d) del artículo 403 y en los incisos cuarto y quinto del artículo 345, respectivamente, como si la primera se configurara en base a la segunda, “constituye un error porque no se condice con la razón que la sustenta ni es concordante con su estructura normativa y semántica.”¹¹.

En segundo lugar, y para abarcar todas las aristas de la cuestión en estudio, los incisos cuarto y quinto del artículo 345 contemplan como facultad del órgano administrativo y judicial, el “*retiro inmediato*” de los reemplazantes. La fórmula en análisis, como se precisó, al formar parte de una regla adjetiva o precedimental, tiene un carácter *instrumental* en relación a la tutela del bien jurídico protegido, imponiendo a los órganos públicos una determinada actividad en pos de su consecución. De esta forma, dado que el ilícito no excluye, en modo alguno, la utilización de máquinas o medios tecnológicos para la materialización del reemplazo, consecuentemente las reglas que nos ocupan deben ser interpretadas y aplicadas, desde una perspectiva sistémica y lógica, de forma tal que no pueden sino incluir también junto al “*retiro*” de personas el “*retiro*” de medios tecnológicos, que sustituyen la labor de los trabajadores en huelga. Según la RAE, “*retiro*” es la “*acción y efecto de retirarse*” y “*retirar*” es “*apartar o separar a alguien o algo de otra persona o cosa o de un sitio*”. En consecuencia, la facultad administrativa o judicial, apunta a *detener* el ilícito que se está llevando a cabo, esto es, la sustitución de las funciones o labores de los trabajadores en huelga, sea que ésta se verifique por personas o medios tecnológicos, incluso, como hemos apuntado, en muchas ocasiones ambos se entremezclan. Entender que lo que busca la regla procedimental es solo la separación material de una persona (reemplazante) sería un error evidente. Para graficar lo anterior, podemos recurrir a un caso habitual, cuando estamos frente al denominado reemplazo interno precisamente una de las formas de su materialización puede ser, y de hecho es la más común, que el trabajador no huelguista asuma desde su propio lugar físico de trabajo las funciones de aquellos que están en huelga, mediante la derivación o asignación de tareas de éstos por sus jefaturas y, por tanto, aquí el “*retiro del reemplazante*” se verifica no con su salida material de las instalaciones de la empresa o de su lugar de trabajo específico, sino por la vía de ordenar al empleador *detener* la acción que realiza, y lo mismo ocurriría en el caso del reemplazo mediante un medio tecnológico, en cuyo caso la actuación administrativa o judicial tendría que ser ordenar al empleador *detener* su operación.

d) El reemplazo por medios tecnológicos y el contenido esencial del derecho a huelga

Como ha señalado nuestro máximo tribunal, el derecho a huelga es “*Es universalmente concebida como la vía inevitable para impulsar el entendimiento inter partes, pues presupone como elemento de su esencia, sin el cual degenera en cosa distinta, el riesgo del propietario, apremiado por la urgencia de reactivar el ente transitoriamente paralizado, contra su voluntad.*”. De esta forma, es posible afirmar que una interpretación distinta de las normas referidas vaciaría de contenido el derecho fundamental en análisis, pues “*... ningún sentido tiene el derecho a la huelga, 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, ...*” (Corte Suprema, Rol N° 10.444-2014).

¹¹ Nuevamente recurrimos a la sentencia de unificación de jurisprudencia ya citada (Corte Suprema, Rol N° 10.444-2014). Esta vez, en lo referido a la relación de la línea argumentativa que se hace en ella del fallo recurrido de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 142-2014).

En efecto, una exégesis que permitiese el reemplazo de las funciones de los trabajadores en huelga por medios tecnológicos a partir de sostener una suerte de concurrencia normativa necesaria entre las expresiones "reemplazo" y "reemplazantes", contenidas en la letra d) del artículo 403 y en los incisos cuarto y quinto del artículo 345, respectivamente, vulneraría la garantía consagrada en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución¹², pues se afectaría en su *esencia* el derecho fundamental, dejando de ser reconocible como tal; del mismo modo que, en su momento, apuntó la Corte Suprema con relación al reemplazo interno: "*De aceptarse que el precepto indagado [artículo 381] tolera el reemplazo con propios dependientes se lesiona en su esencia la suspensión colectiva de funciones en que consiste la huelga legal.*" (Rol N° 10.444-2014).

e) La vulneración de la buena fe comercial

Por último, el reproche se reafirma, como se dijo en acápite anteriores, al enfocar la conducta desde la exigencia de la buena fe comercial, pues en ese particular resulta factible encuadrarla dentro de la figura específica a que refiere el citado artículo 403, que en su letra a) prescribe lo siguiente:

"Artículo 403.- (...). Entre otras, se considerarán las siguientes:

a) La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma."

En consecuencia, sobre la base de consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud., lo siguiente:

- 1) La decisión de utilizar dispositivos o sistemas electrónicos o automatizados aplicados a un proceso productivo sustituyendo la operación humana y cuyos objetivos apuntan a mejorar la productividad, estandarizar la calidad de los productos, incrementar la seguridad, alivianar las labores físicas, entre otros, corresponde entenderla dentro de las facultades de administración empresariales. Se trata de opciones y estrategias empresariales (*per se*) lícitas, y que encuentran fundamento tanto en la Constitución como en la ley.
- 2) Con todo, la utilización por parte de la empresa de un sistema automatizado, con ocasión y como respuesta a la huelga, cuyo resultado es eludir o mitigar sus naturales efectos, determinaría un ejercicio abusivo de las potestades empresariales y una conducta contraria a derecho, desde que tal medida empresarial incumple las condiciones que impone la ley al regular las atribuciones funcionales del empleador durante la huelga, provocando la consiguiente afectación ilícita de este derecho fundamental.
- 3) El ilícito contenido en la letra d) del artículo 403, del Código del Trabajo ("*El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga...*"), se estructura en base a la voz "reemplazo", palabra que, en su sentido natural y obvio, significa "*acción y efecto de reemplazar*" (RAE), y *reemplazar*, "*sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces*" (RAE), siendo ésta la expresión rectora de la norma. De esta forma, la figura ilícita se delimita en función de la acción de sustituir (reemplazar) y no en base al medio (personas o medios tecnológicos) a través del cual se materializa la conducta. Los medios corresponden a circunstancias que rodean la conducta infractora y la norma, en este caso, lo deja abierto, no lo limita a uno u otro.

Así las cosas, el "reemplazo" de los trabajadores en huelga puede ser realizado materialmente por personas o a través de máquinas, dispositivos o medios tecnológicos, en tanto, lo que interesa a estos efectos es la sustitución de las funciones o labores del

¹² Dispone la referida disposición constitucional:

"La seguridad de 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." (el subrayado es nuestro).

trabajador en huelga y el resultado lesivo de la actuación empresarial, siendo indiferente el medio utilizado.

- 4) De conformidad a lo previsto en el inciso primero del artículo 407 del Código del Trabajo, será el respectivo tribunal, en cada caso concreto, el que deba conocer y resolver, mediante el juicio de tutela laboral, la ocurrencia de los ilícitos que pudieran configurarse. Ello, sin perjuicio de las actuaciones que le correspondan a este Servicio en razón de lo previsto en el inciso cuarto del artículo 345 e inciso segundo del citado artículo 407.

Saluda a Ud.




CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO


CMV/JFCC/LBP/CLCh/cmv

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo

