



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

Sociedad Chilena de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

# XXII JORNADAS NACIONALES DE LA SOCIEDAD CHILENA DE **DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA  
REFORMA AL SISTEMA DE  
RELACIONES SINDICALES EN CHILE

ANDRÉS AYLWIN CHIORRINI

ÁLVARO DOMÍNGUEZ MONTOYA

CARMEN ELENA DOMÍNGUEZ SOTO

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE

HÉCTOR HUMERES NOGUER

MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA

LUIS LIZAMA PORTAL

DANIELA MARZI MUÑOZ

JORGE OGALDE MUÑOZ

JUAN RASO DELGUE

FRANCISCO TAPIA GUERRERO

---

XXII JORNADAS  
NACIONALES DE LA  
SOCIEDAD CHILENA  
DE **DERECHO DEL  
TRABAJO Y DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL**

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE  
RELACIONES SINDICALES EN CHILE

---

Los trabajos que se contienen en esta edición dan cuenta de la tramitación del  
proyecto de reforma al mes de octubre de 2015.

I.	CONFERENCIA INAUGURAL DE LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: “ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE RELACIONES SINDICALES EN CHILE”	
	CONFERENCIA INAUGURAL -----	3
	<i>Juan Raso Delgue</i>	
II.	FORTALECIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL DE LAS INSTITUCIONES QUE PROMUEVEN Y PROTEGEN LA LIBERTAD SINDICAL	
	FORTALECIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL -----	15
	<i>Francisco Tapia Guerrero</i>	
	ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ¿QUIÉN ABRIÓ LA KERKAPORTA? -----	17
	<i>Luis Lizama Portal</i>	
III.	LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CHILE: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS	
	EL SISTEMA NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: CARACTERÍSTICAS Y REFORMA LABORAL -----	30
	<i>Andrés Aylwin Chiorrini</i>	
	ULTRAACTIVIDAD DEL INSTRUMENTO COLECTIVO EN LA REFORMA LABORAL -----	44
	<i>Jorge Ogalde Muñoz</i>	
	PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN CHILE -----	76
	<i>Álvaro Domínguez Montoya</i>	
IV.	LA HUELGA	
	PRESENTACIÓN TERCER PANEL DE LAS JORNADAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: LA HUELGA -----	100
	<i>Carmen Elena Domínguez Soto</i>	
	LA HUELGA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL SISTEMA DE RELACIONES SINDICALES -----	107
	<i>Héctor Humeres Noguera</i>	
V.	JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO. FORMAS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
	JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO -----	121
	<i>María Cristina Gajardo Harboe</i>	
	ALGUNAS IDEAS SOBRE RELACIONES COLECTIVAS, JUDICIALIZACIÓN Y MONITORIO -----	135
	<i>Daniela Marzi Muñoz</i>	

JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LA LUZ  
DEL PROYECTO DE REFORMA LABORAL ----- 151  
*María Soledad Lagos Ochoa*

# CONFERENCIA INAUGURAL DE LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: “ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE RELACIONES SINDICALES EN CHILE”

JUAN RASO DELGUE\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Buenas noches; agradezco a la presidenta de la Sociedad Loreto Fierro y a la Directora del Departamento del Trabajo y de Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile María Cristina Gajardo, por esta invitación y saludos a numerosos viejos y nuevos amigos.

Esta reunión congrega a laboristas, es decir, a expertos en una disciplina que ha crecido a lo largo de las décadas. Mi maestro, Don Américo Plá Rodríguez se recibió en el año 45 y era el yerno de Darlo Regules, un gran abogado de la época. Cuentan que Regules había salido a caminar con un colega, quien le preguntó: “Tú yerno que fue tan brillante estudiante en Facultad a qué se va a dedicar? y Regules le contestó “al Derecho del Trabajo”. El otro expresó sorprendido “Hu, ¡que desperdicio!”. En aquella época ser un laborista era considerado “un desperdicio”, algo menor. La importancia del Derecho del Trabajo ha crecido en el mundo y hoy nosotros estamos aquí para tratar temas complejos, temas difíciles, temas que no son exclusivamente chilenos, sino que pertenecen al Derecho del Trabajo Universal y que plantean preguntas y debates.

He preparado esta exposición con mucha atención; lo digo no como expresión de vanidad, sino porque estamos ante cuestiones difíciles, donde es necesario plantear ideas, pero también respetar, y mucho, las diversas posiciones del laborismo chileno. Dividí el tema en cuatro partes: en primer término haré algunas reflexiones sobre el derecho laboral comparado, luego expondré brevemente sobre los sistemas de relaciones laborales en América Latina. A continuación pasaremos a examinar la situación bien interesante de mi país - que bien podría colocarse en las antípodas de los problemas que ustedes hoy están discutiendo - : ahí veremos las luces, pero también algunas sombras del sistema uruguayo; para concluir con algunas reflexiones finales desde mi perspectiva y en base al material examinado.

## 2. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO LABORAL COMPARADO

Plá Rodríguez enseñaba la importancia que tiene el estudio del derecho comparado. Decía que el derecho comparado es extremadamente útil desde diversas perspectivas: para el estudioso, porque permite conocer las diferentes soluciones a los problemas que se plantea en los distintos países; para el creador de normas (que puede ser el legislador, pero también puede ser el negociador), porque lo dispone a conocer un repertorio más amplio de posibles soluciones; y - agregaba - también permite entender cuando la cuestión e instituto del Derecho del Trabajo está ligada a características locales intransferibles. Tomo esta última expresión como premisa de mi exposición: cuando nosotros estamos hablando de

---

\* Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay; Profesor de Postgrado de diversas Universidades Latinoamericanas.

derecho comparado no estamos refiriéndonos a un mecanismo que diga qué normas ranquean en primer lugar, cuáles en segundo, y así sucesivamente. Estudiar derecho comparado no es sólo informar sobre diferencia de sistemas, sino también ingresar a la realidad profunda de las culturas, las políticas, la economía de los países, conectando su intransferible realidad a la producción de norma. Por eso considero que en la actualidad debe promoverse la formación de posgrados que permitan a los jóvenes conocer realidades de otros países en el lugar y durante un tiempo prudencial, para que – además de estudiar las normas – se empapen de la realidad de ese país de residencia formativa.

### 3. LOS SISTEMAS DE RELACIONES LABORALES EN AMÉRICA LATINA

Otra aclaración: no existen modelos perfectos, no existen dogmas en relaciones laborales y la genética de cada modelo depende de su historia, de su pasado, de su contexto socio-político. Sería impensable, por ejemplo, analizar el sistema de relaciones laborales uruguayo sin tomar en cuenta sus genes de anarquismo de comienzos del siglo XX. Por lo tanto, considero que en materia de derecho comparado es grave sentenciar “desde el púlpito” y en esta exposición voy a estar atento precisamente a no opinar “desde el púlpito”, porque entiendo que tampoco tengo dogmas para trasladarles. Los sistemas latinoamericanos, como decía, tienen particularidades, es decir, cada uno depende de su contexto histórico-político: no puedo comparar el sistema laboral uruguayo con el sistema brasilero, que nació en época de Getulio Vargas, o con el sistema sindical argentino, que se origina a partir del movimiento peronista. Sin perjuicio de ello es posible clasificar particularidades de los diversos sistemas que permiten hablar de ciertos rasgos comunes, de características tradicionales que los ubican en el ámbito del derecho colectivo y las relaciones laborales latinoamericanas.

En primer lugar, podemos afirmar que una de las principales características de nuestro continente es el fuerte intervencionismo del Estado en el derecho colectivo del trabajo. Los Estados intervienen en el sistema, ya sea porque entienden que la complejidad de los mismos amerita esa intervención, ya sea por el Estado es generalmente el principal empleador en cada país y, por lo tanto, está directamente interesado en regular la normativa laboral. No podemos negar que el intervencionismo tiene sus raíces en un pasado de autoritarismo político, por lo cual concluimos que las legislaciones del continente son predominantemente heterónomas y limitantes en lo colectivo: cuando se regula el derecho colectivo del trabajo, generalmente es para establecer límites y controles, especialmente sobre el actor sindical. Es una característica transversal a los países de América Latina – con excepción de Uruguay, como veremos más adelante – y se expresa en la voluntad de control del Estado sobre el movimiento sindical, control jurídico que puede depender de establecer procedimientos especiales para la constitución de sindicatos, mayoría especiales para la declaraciones de la huelga o la aprobación de los convenios colectivos, procedimientos que enlentecen la acción sindical. Todo eso también lleva a señalar otra característica de América Latina: el hiperjuridicismo, es decir, la excesiva valoración del formalismo jurídico y de los poderes milagrosos de las normas jurídicas (en tal sentido Oscar Ermida hablaba del fetichismo legalista en nuestro continente). También existe una profunda división entre el derecho y la realidad (Barbagelata se refiere a esta característica como “crisis de autenticidad” o “tara de inanidad”) y la informalidad es una grave expresión de la falta de aplicación de las normas laborales. Estas características se conservan pese a que en muchos países se han producido cambios políticos de los sistemas

de RRL.

En América Latina le tenemos miedo al futuro y para conjurar ese miedo escribimos normas, pero no debemos olvidar que las normas son tinta en papel y, a veces pueden aplicarse y otras veces el papel simplemente consigna expresiones de retórica o afirmaciones de buena voluntad, que se contraponen a la realidad de nuestras calles. Si un extraterrestre aterrizara en uno de nuestros países y leyera y leyera nuestros códigos de protección de la infancia, pensaría que aterrizó en el paraíso. Pero nosotros sabemos que muchas de esas normas son solo afirmaciones escritas, simple escritura, no tienen autenticidad, porque como dice otro gran profesor compatriota fallecido el año pasado, Héctor Hugo Barbagelata, hay una división importante entre el derecho y la realidad en las relaciones laborales y esa división tiene como una de sus principales expresiones la informalidad. El informalismo es un mal común de nuestros países: nadie podía escribir un libro sobre relaciones laborales en uno de nuestros países sin poner como variable de estudio la cuestión de la informalidad. Digamos también que ha habido cambios políticos en muchos países del continente, pero estos cambios se han reflejado pobremente sobre los sistemas de relaciones laborales.

Cuando era un estudiante, todos hablábamos de revolución; hoy ya nadie habla de revolución y los cambios de los modelos han sido coyunturales, no estructurales. Me he reunido en Montevideo con dirigentes sindicales para hablar de productividad: este tema era un tema “tabú” en la agenda sindical, porque era interpretado como “apropiación de mayor plusvalía”; hoy ya nadie discute que la productividad es buena y resulta oportuno negociar como organizar mejor sistema de trabajo en función de la productividad.

Volviendo a la cuestión del intervencionismo del Estado, como característica transversal de los países latinoamericanos, cito los ejemplos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú, aunque la lista podría alcanzar muchos otros países, con excepción de Uruguay. Efectivamente en Derecho Colectivo del Trabajo, mi país es una verdadera excepción: no es una excepción teórica, en Uruguay en los últimos años hubo intervención legislativa (de la cual hablaremos después), pero lo cierto es que el sistema de relaciones laborales construyó a través de la autonomía, los principales institutos de la disciplina. A modo de ejemplo, señalo que el profesor mexicano Carlos De Buen me escribió el año pasado, indicándome que estaba escribiendo un libro sobre los sistemas de relaciones laborales en América Latina y, me preguntó sobre los procedimientos que debe cumplir un sindicato para declarar una huelga en Uruguay. Le contesté que no había ningún procedimiento a cumplir. Entonces me preguntó que le informara si por lo menos el sindicato debía aprobar por voto la huelga. Le contesté que no: una simple minoría puede declarar la huelga y sin requisito alguno. Lo mismo acontece con la negociación colectiva. Existen normas, pero un convenio puede también ser aprobado por simple acuerdo de partes sin seguir ningún procedimiento. Más importante que las reglas, en Uruguay valen las realidades: una huelga es efectiva si logra su efecto; un convenio vale en la medida que existe la aceptación de las partes. Cualquier observador extranjero podría pensar que el sistema de mi país es caótico. Pero es así: funciona. Lo cual comprueba lo que dije al comienzo de esta exposición: el derecho colectivo del trabajo debe ser examinado a partir de los contextos sociopolíticos en que se desarrollan. Leía ayer en un diario la huelga de los Registros en Chile: seguramente puede ser considerada una huelga ilegítima desde la perspectiva del derecho chileno; sin embargo en Uruguay sería una huelga como otras, sin ninguna calificación especial, pues en nuestro derecho no existen elementos ni jueces que permitan decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de una huelga.

En Uruguay no solo no existe un juez con competencia para juzgar en cuestiones de Derecho Colectivo de Trabajo (la competencia se limita a texto expreso en las contiendas individuales), sino que tampoco hay procesos de arbitraje para resolver los conflictos colectivos de trabajo. Esto no trae problemas en Uruguay, lo cual no significa que todo funcione bien: veremos luego que existen sombras, aunque de distintas naturaleza.

Volviendo al jurisdicismo latinoamericano, corresponde indicar que existe un amplio reconocimiento constitucional del Derecho Colectivo del Trabajo. El constitucionalismo laboral en América nace antes que en Europa. Nace nada menos que con la Constitución de Querétaro de 1917 y su artículo 123. Ese artículo en realidad más que una norma, es un verdadero compendio del derecho individual y colectivo del trabajo que se desarrolla en treinta numerales o sub-artículos. En un viaje a México pregunté porque era tan extenso ese artículo y me dieron una contestación muy peculiar: los constitucionalistas desconfiaban tanto del poder político y de los legisladores, que quisieron poner el mayor número de normas laborales en la Constitución. Luego de la Constitución mexicana de 1917, el derecho del trabajo ingresaría en las Constituciones de Chile en 1925, Perú y Uruguay en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua y El Salvador en 1939, Cuba en 1940, y Guatemala y Ecuador en 1946. En Europa en cambio - luego de las cortas vidas de las Constituciones de Weimar en 1919 y de España en 1931 - recién luego de concluida la guerra comenzará un proceso tímido de constitucionalismo social. Entre los textos se recuerdan la Constitución Francesa de 1946, la Constitución Italiana de 1947, la de Luxemburgo de 1948 y la alemana de 1949. Más recientemente - en 1976 y 1978 - Portugal y España incorporarán respectivamente derechos laborales en sus textos constitucionales.

Hoy los derechos sociales están contenidos prácticamente en todas las constituciones Latinoamericanas. También es muy alto el nivel de adhesión de los países del continente a los convenios internacionales del trabajo que se refieren a la materia sindical, con un alto número de ratificaciones. El Convenio Internacional del Trabajo N° 87 está ratificado por todo los países con excepción de Brasil; el Convenio 98 por todos los países con excepción de México; el Convenio 151 sobre sindicación en la administración pública por todos los países con excepción de México y Panamá; el Convenio 154 por todos los países salvo México, Panamá y Chile. También debemos destacar el Convenio 135 – no siempre conocido – que refiere a la representación de los trabajadores en la empresa, que ha sido ratificado por la mayoría de los países con excepción de México y Panamá.

El Siglo XXI ha mostrado en América Latina un especial interés en los diversos países en promover procesos de reforma legal, de mayor o menor intensidad, que destaca mi colega Jorge Rosenbaum en su artículo “Un panorama sobre la negociación colectiva y los modelos prevalentes en Latinoamérica” (enero de 2014), y que seguimos en nuestra exposición.

En Colombia, la Ley 789 de 2002 denominada “Reforma Laboral”, modifica normas relativas al empleo, al aprendizaje, a la ampliación de la seguridad social y a la modificación de normas individuales del Código Sustantivo del Trabajo de 1950. Sin embargo no realiza cambios en lo concerniente a las previsiones del T. III del Código, que refieren al derecho colectivo de trabajo.

En Perú se aprueba en 2003 la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRTC), que promovió la negociación colectiva a nivel de empresa (con excepción de la construcción y el sector portuario), estableciendo una intervención del Estado menos



intensa en la negociación, aunque la autoridad del trabajo sigue teniendo papel hegemónico en el sistema. De todos modos corresponde indicar que ni en Colombia ni en Perú se produjeron cambios extraordinarios en el Derecho Colectivo del Trabajo.

En Argentina se aprobó en 2004 la Ley 25.877 de “Ordenamiento Laboral”, que sustituyó la Ley 25.250 del período “menemista”. Las modificaciones otorgaron plena ultra-actividad a los convenios colectivos de trabajo, eliminaron la llamada “disponibilidad colectiva” (es decir, la negociación *in pejus* a nivel de empresa), y reconocieron el principio de la norma más favorable según el método de “conglobamiento”, es decir, comparando los beneficios laborales según el criterio de régimen con régimen, y no artículo con artículo.

En Brasil la Enmienda Constitucional N° 45 de 2005 (denominada “Reforma do Judiciario”) posibilita la intervención de la Justicia del Trabajo en los conflictos colectivos, condicionándola al acuerdo de partes; y la Súmula 277 de 2012 del Tribunal Superior del Trabajo consagra la ultra-actividad de los convenio colectivos.

En Panamá el Decreto de 2009 establece que solo las organizaciones sindicales pueden negociar convenciones colectivas. Si en una empresa no hay sindicato el Ministerio de Trabajo controlará el procedimiento de negociación

En Uruguay se produjo una importante transformación del derecho colectivo del trabajo a partir de la asunción al gobierno de la coalición de izquierda Frente Amplio. A través de dos leyes - Ley 17.940 de 2 de enero de 2006 (sobre Libertad sindical) y Ley 18.566 del 11 de septiembre de 2009 (sobre negociación colectiva bipartita y la negociación tripartita de los Consejos de Salarios), se producirá, según diremos más adelante, un fuerte empoderamiento de las organizaciones sindicales.

En México en noviembre de 2012 se aprueban modificaciones sustanciales a la Ley Federal del Trabajo en lo individual y colectivo. Entre ellas, se destaca una mayor transparencia sobre la negociación colectiva: los convenios aprobados deben ser fijados en carteleras donde se desarrolle el trabajo. Se establece, además, la obligación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje de informar sobre convenios colectivos a cualquiera que lo solicite.

Con relación a la tutelas sindicales, comprobamos que en general en todos los países del continente se reconocen – con mayor o menor amplitud – el derecho de sindicación y el fuero sindical, mientras las regulaciones son más limitativas en lo que concierne a la huelga y a la negociación colectiva. En materia de fuero sindical: este es reconocido en la mayoría de los países, con sanciones al empleador o con la acción de reinstalación. También puede señalarse en Venezuela la promoción sindical a través del derecho de fijar carteleras sindicales en los lugares de trabajo; en Uruguay las normas establecen los derechos a la cuota sindical descontada por planilla, la cartelera sindical y la licencia sindical. Entre las particularidades que se anotan en el continente, se señala que la Constitución de Costa Rica reconoce libertad sindical de trabajadores y empleadores, mientras que en Chile la Constitución establece tutelas para el sindicato, y limitantes para aprobar normas sobre negociación colectiva (iniciativa parlamentaria), mientras que se excluye la huelga para los funcionarios públicos. Finalmente señalemos que en México y Chile hay un reconocimiento expreso a nivel constitucional de los pactos y tratados internacionales. En palabras del Prof. Barbagelata existe – y no es común en las demás constituciones – un reconocimiento manifiesto de lo que el juslaboralista uruguayo denominaba el “bloque constitucional de tutela de derechos humanos”.

Otra característica de América Latina es que hay una preminencia de la descentralización sindical que era un tema que también planteaba el Decano: centralización

o descentralización, convenio de empresa o convenio de actividad. Rosenbaum expresa que la centralización implica la concentración de la fuerza en pocos y grandes polos de poder, mientras que en la descentralización se comprueba la multiplicidad de unidades negociadoras (empresa, establecimiento, oficios, etc.), que poseen un poder relativo. Regímenes con preminencia de la centralización son Argentina, Brasil (en parte) y Uruguay. Los demás países se caracterizan por la descentralización. Debe también anotarse que no siempre la negociación por empresa depende del sistema legal. En Colombia, Paraguay y Perú se permite la negociación por actividad, pero sigue siendo predominante la negociación por empresa.

Con relación a la tasa de sindicalización en el continente (según datos del año 2011), podemos señalar los siguientes porcentajes:

- Argentina: 37%, con cobertura por convenio del 85%
- Bolivia: 27%
- Brasil: 18%
- Chile: 16,4% (informe OCDE);
- Colombia: 7%
- México: 11%
- Paraguay: 10%
- Perú: 3,8%;
- Uruguay: 38%, con cobertura por el sistema de Consejos de Salarios del 100% de la actividad privada (incluso domésticos y rurales)

De todos modos debemos indicar que en muchos países la influencia sindical en los sistemas de relaciones laborales es mayor de lo que indica el porcentaje de afiliación (cfr. Rosenbaum, 2014).

Finalmente, con relación a la huelga, podemos afirmar que en todos los países existe un reconocimiento constitucional, derivado luego a la reglamentación legal. Destaquemos que en Uruguay la norma constitucional nunca ha sido regulada legalmente y existe en doctrina un amplio concepto de huelga de base constitucional.

Con relación a la titularidad de la declaración de huelga, podemos señalar que la misma puede atribuirse solo al sindicato (Argentina, Costa Rica, México y República Dominicana) o también a coaliciones de trabajadores no sindicalizados (Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay).

Los diversos procedimientos de huelga establecidos en el derecho comparado, prevén en casi todos los países el preaviso: desde preavisos cortos (2 días en Colombia, 3 días en Chile), medios (Uruguay 7 días) a preavisos extensos (20 días en Costa Rica). Algunos países también exigen etapas de consulta durante la huelga, mientras en casi todos los países se prevén mecanismos de auto o heterocomposición de la huelga durante el conflicto.

#### 4. LAS LUCES Y *ALGUNAS* SOMBRAS DE LA EXPERIENCIA URUGUAYA DE LOS CONSEJOS DE SALARIOS

En la segunda parte de mi exposición, quiero referirme a mi país, con una serie de reflexiones que forman parte de lo que denomino “Las luces y *algunas* sombras de la experiencia uruguaya de los Consejos de Salarios”.

Indiquemos en primer lugar las características principales del sistema de relaciones laborales de Uruguay, que permiten identificar diversas peculiaridades. Las principales características del modelo uruguayo son:

- a) alta autonomía en las relaciones colectivas de trabajo;
- b) Influencia anarquista en los orígenes;
- c) preeminencia del sindicalismo a nivel de actividad;
- d) un sistema de negociación de “doble pista”: convivencia de negociación bipartita pura con la negociación tripartita de los Consejos de Salarios;
- e) importancia de la doctrina y la jurisprudencia;
- f) cultura sindical que afirma que los logros obtenidos se aplican a todos los trabajadores, aún los no afiliados;
- g) concepción negocial de confrontación: a la negociación siempre precede el conflicto;
- h) desconfianza sobre participación y cooperación.

En este esquema se destaca la gran preeminencia del sindicalismo a nivel de actividad, que ha sido reforzada en los últimos años por las normas legales de negociación. Las consecuencias no son siempre buenas, porque la negociación a nivel de actividad significa que se aplican las mismas reglas a la gran multinacional o a la pequeña industria nacional, a la escuela privada de élite de la capital y a la escuela de monjas en el interior del país.

Como hemos adelantado, el modelo uruguayo se caracteriza por la convivencia de la negociación tripartita a nivel de Consejos de Salarios (instituidos por Ley N° 10449 de 1943, con las modificaciones de la N° 18.566 de 2009) y por la negociación bipartita (Ley 18.566), un modelo que el autor argentino Bronstein ha denominado “de doble pista”.

La negociación tripartita de los Consejos de Salarios se desarrolla por “grupos” de actividad, en los que participan tres delegados del Poder Ejecutivo, 2 de los empleadores y 2 de los 2 trabajadores y, donde las decisiones se adoptan por simple mayoría. El cometido original fue el de fijar el monto mínimo de los salarios en la actividad privada y hacer la clasificación por profesiones y categorías. Luego, en virtud de la Ley 18.566, las competencias se extendieron a los ajustes salariales y otras condiciones de trabajo (esto último requiere el voto conforme de trabajadores y empleadores).

En 2005 el Poder Ejecutivo estableció 24 Grupos de Consejos por actividad, pero sucesivamente los mismos se fueron dividiendo en la vía de los hechos en “subgrupos” y “capítulos”, sin base legal, lo cual ha llevado a que en la actualidad existan en la actividad privada alrededor de trescientas unidades de negociación tripartita, que implican una enorme fragmentación del sistema.

Debemos señalar que desde su creación en el año 1943, no siempre fueron convocados los Consejos de Salarios por el Poder Ejecutivo, por lo cual es posible distinguir tres épocas: a) desde 1943 a 1968; b) desde 1985 a 1992 y c) desde 2005 a la fecha (coincidiendo con el gobierno del Frente Amplio).

La Ley 18.566 (2009) también reguló la negociación colectiva bipartita y estableció al vértice del sistema un organismo denominado Consejo Superior Tripartito, que es el eje central del sistema, también de estructura tripartita con 6 delegados del Poder Ejecutivo, 6 de los empleadores y 6 de los trabajadores.

También se aprobó en el año 2009 la Ley 18.508, que organizó la negociación colectiva en el sector público. La misma se estructura en tres niveles: a) Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público; b) Mesas de negociación sectoriales o por

rama; c) Mesas de negociación por inciso y organismo. Los representantes del Estado en la negociación son el Ministerio de Economía y Finanzas, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional de Servicio Civil; los trabajadores intervienen a través de sus organizaciones, mientras que el Ministerio del Trabajo tiene un rol de mediador. Debe aclararse que todos los convenios en el sector público se firman *ad referendum* de la “autoridad competente”.

Nuestra evaluación del sistema uruguayo de Consejos de Salarios es en general positivo y entre las “luces” destacamos en primer lugar el desarrollo de la negociación colectiva a todos los niveles (empresa, actividad, bipartita y tripartita) como expresión de la democracia social. El desarrollo de la negociación ha llevado, además, a la formación de negociadores, estimulada por los requerimientos del sistema y tarea en la cual se han involucrado la Universidad de la República y las universidades privadas. Además, la experiencia de los Consejos de Salarios ha mostrado ser en épocas de prosperidad económica, un instrumento válido de distribución de la riqueza.

También consideramos como una cuestión positiva la extensión de la negociación a la totalidad de los trabajadores (públicos y privados) y el rol de los Consejos como órganos de conciliación en la solución de muchos conflictos. En tal sentido, puede afirmarse que el Gobierno del Frente Amplio desde 2005 ha tenido un rol intervencionista pro-organizaciones sindicales, expresado en la convocatoria de los Consejos de Salarios; la aprobación de la Ley 17.940 en 2006 sobre libertad sindical; la aprobación de la Ley 18.566, que además de regular las relaciones entre la negociación bipartita y tripartita, marca la clara preeminencia legal de la negociación por actividad sobre la negociación por empresa; la efectiva vigencia de una amplia libertad sindical con un aumento importante de la afiliación de los trabajadores

Debemos también señalar que existen “sombras”. Entre ellas se destaca lo que ya adelantáramos: la fragmentación del sistema. Los 24 Grupos de Actividad (siguen siendo hoy 24), se subdividieron en Subgrupos y Capítulos. Lo explico con un ejemplo: el Grupo 9 es el que se refiere al “Transporte”, pero este, a su vez, se subdividió en unos veinte subgrupos que van desde el transporte de pasajeros, al transporte marítimo, a la distribución, al transporte escolar. A su vez, tomemos el Subgrupo 7 que se refiere a la “Distribución”: el mismo fue dividido en capítulos: Capítulo 1 “distribución de leche”, Capítulo 2 “distribución de “bebidas sin alcohol”, Capítulo 3 “distribución de carga”, etc. Hoy hay 300 unidades de negociación y todas negocian a nivel de actividad.

Otra sombra ha sido la Queja presentada por los empleadores ante el Comité de Libertad Sindical (Caso N° 2699 de 2010). La queja se refiere a la violación de la libertad sindical, pero en este caso en contra de los empleadores y no de los trabajadores. El Comité ha realizado severas advertencias al Gobierno uruguayo que refieren a cuestiones como el derecho información, la potestad del Consejo Superior Tripartito de pronunciarse sobre los niveles de negociación, quienes deben negociar a negociadores a nivel de empresa, la ocupación como expresión anómala del derecho de huelga. El gobierno aún no ha resuelto la cuestión de las quejas y las *recomendaciones* del Comité, pero en este momento se ha abierto una mesa de negociaciones entre la Central Sindical (PIT-CNT), el Gobierno y los denunciantes que son la Cámara de Industria y la Cámara de Comercio.

Otro tema que plantea dudas, es el empoderamiento del movimiento sindical, a partir de la existencia de amplios derechos, pero sin una clara conciencia que los nuevos derechos implican también obligaciones: ocupaciones, huelgas en servicios esenciales,

algún fenómeno no controlado de asambleísmo han caracterizado las relaciones laborales de los últimos años.

También ha existido un fuerte y rápido enriquecimiento de las organizaciones a través de las cuotas sindicales. Hoy las grandes organizaciones, que antes de 2005 vivían generalmente en situación de penuria económica, recaudan sumas mensuales cercanas o superiores a los cien mil dólares, sin haber ajustado los necesarios instrumentos de control interno.

También asistimos a un fuerte enfrentamiento del sindicato contra el Estado, que no deja de sorprender. Una vez el Presidente Tabaré Vázquez recordó a dirigentes sindicales que estaban matando “la gallina de los huevos de oro”, en el sentido que estaban oponiéndose a un Estado, que les había dado las más amplias tutelas sindicales.

Finalmente, esta situación de poder del movimiento sindical ha producido transformaciones en los propios dirigentes sindicales. Aquellos dirigentes de la vieja guardia, que compartían penurias con el sindicato, eran despedidos injustamente, integraban “listas negras” son hoy sustituidos por una nueva clase dirigente, que tiene una estabilidad absoluta en su puesto de trabajo, disfruta de amplia licencia sindical y goza de una exposición mediática que vuelve a muchos verdaderas “estrellas” del sistema. De esta forma, la carrera sindical se ha vuelto el primer paso hacia la carrera política.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Al llegar ya casi al final de esta exposición, quiero plantear seis reflexiones o preguntas, para las cuales – como en otros tantos temas del Derecho laboral – no hay siempre contestaciones claras y únicas.

La primera cuestión refiere a la pregunta si es mejor la negociación por empresa o por actividad. Este tema está vinculado con el planteo inicial: los sistemas de relaciones laborales nacen y se desarrollan en particulares contextos políticos, sociales y económicos, por lo cual la contestación va también a depender de esa evolución histórica que ha tenido el derecho colectivo del trabajo. Desde la experiencia uruguaya, puedo señalar los dos efectos contrapuestos de la negociación por actividad. Por un lado, ha contribuido a unificar las normas para aquellos sectores y categorías que trabajan en una misma actividad. Por otra parte, ha empoderado fuertemente al gran sindicato y a la gran empresa (que generalmente es multinacional) a expensas de las Pymes (que son nacionales).

La segunda reflexión/pregunta plantea el debate sobre quienes deben ser los sujetos negociadores. La contestación también deriva de la posibilidad de un doble modelo sindical: el de sindicato único o el de pluralidad sindical. ¿Como negociar cuando hay varios sindicatos a nivel de empresa o de actividad o cuando – por el contrario - no hay sindicato a nivel de empresa? Hay diversas soluciones en el derecho comparado: por ejemplo en Perú a nivel de empresas y cuando no hay sindicato, negocian los representantes directos de los trabajadores; en Chile pueden constituirse coaliciones ad-hoc para la negociación, mientras que en Uruguay – en caso de no existir sindicato de empresa – el sujeto negociador es el sindicato de actividad. En mi concepto la solución más razonable es la que proporciona el Convenio N° 135 de la OIT, que establece que en la negociación de empresa, la legitimación para negociar corresponderá a los representantes sindicales de la empresa o, en su defecto, a representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa. Vinculado con la cuestión del sujeto negociador, se plantea el tema del “efecto erga omnes”. Hay países como Chile en que el convenio se aplica a los trabajadores

afiliados al sindicato que lo negoció, sin perjuicio de la extensión a otros trabajadores con el pago de parte de la cuota sindical; en Uruguay hay, en cambio, una posición muy arraigada en el sindicalismo de que el convenio extiende sus disposiciones también a los trabajadores no sindicalizados y a las empresas no adheridas a las Cámaras Empresariales (esta posición ha sido además reconocida en la propia Ley 18.566).

El tercer punto que debe profundizarse es el relativo a los límites y las responsabilidades del derecho de información. ¿Cuál son los límites del derecho de información? ¿Puede el sindicato preguntar cual es el salario del personal superior o quienes reciben un *bonus* anual en la empresa? O – vinculado a otros aspectos - ¿Puede la empresa o la organización sindical solicitar información sensible de otros trabajadores? Las normas no responden a estas preguntas, por lo que es necesario un esfuerzo de la doctrina y de los mismos negociadores ir determinando los alcances y límites de este derecho. A ello se vincula, además, la cuestión de la responsabilidad de quien ha recibido información confidencial en la mesa de negociaciones y la divulga a terceros, violando los deberes del secreto. Como ya expresé, una de las “quejas” que los empleadores uruguayos plantearon antes el Comité de Libertad Sindical refiere a la responsabilidad de las partes ante la violación del derecho de reserva de las informaciones que reciban en el marco de la negociación colectiva. En dicha oportunidad el Comité se pronunció en el sentido de considerar que *“todas las partes en la negociación, gocen o no de personería jurídica, deben ser responsables ante eventuales violaciones del derecho de reserva de las informaciones que reciban en el marco de la negociación colectiva. El Comité pide al Gobierno que vele por el respeto de este principio”*.

Un cuarto tema para la reflexión apunta a como sostener los “pisos mínimos” y el “criterio de la norma más beneficiosa” en los períodos de crisis. Es un tema difícil, vinculado nada menos que con la filosofía y la historia del progreso. Un gran filósofo de comienzos del siglo XVIII, con el que comparto la ciudad de nacimiento - Gian Battista Vico – hablaba dei “corsi e ricorsi della storia”, para expresar que la historia no avanza de forma lineal empujada por el progreso, sino a través de ciclos que se repiten y que, por lo tanto, implican siempre avances y retrocesos. Otros – por ejemplo el sociólogo Robert Nisbet - expresa que el progreso siempre avanza en forma lineal hacia “más”. En mi opinión la realidad confirma que el mundo tiene avances y retrocesos y no siempre es fácil conciliar tiempos de crisis con la idea de beneficios progresivos. Aún en época de crisis - en la experiencia de mi país - no es posible bajar beneficios laborales, con ante balances negativos; las dos recursos posibles para la empresa son el cierre o el despido de trabajadores. Sería impensable un acuerdo que rebaje en algo los mínimos, pero salve en forma solidaria puestos de trabajo. Y no me parece ello bueno.

El quinto tema tiene amplia repercusión en vuestro debate sobre la reforma: el reemplazo de los trabajadores durante la huelga. Una primera aclaración refiere al hecho que existen muchos países en los que no se plantea el problema de reemplazo con trabajadores internos. Un ejemplo puede ser Uruguay o Italia: son países con amplio poder sindical, con un sistema que se supone avanzado en materia de Derecho colectivo, y aún así el sindicato siempre ha considerado el reemplazo con trabajadores internos un derecho del empleador, aun en el caso que asigne al trabajador no huelguista tareas distintas. Podrá el trabajador considerarse despedido o plegarse a la huelga, pero en el caso que el no huelguista no se oponga a ocupar el lugar de un compañero huelguista, dicha práctica es considerada ajustada al poder de dirección. La situación se complejiza con la contratación de reemplazantes externos (o rompehuegas, como muchas veces son llamados estos

trabajadores que son contratados para sustituir a los huelguistas). En Uruguay no es posible contratar reemplazantes externos, salvo que exista una declaración de esencialidad de un servicio y los huelguistas no se reintegren. En ese caso – estamos siempre en presencia de un servicio esencial – el empleador puede contratar a trabajadores externos a través de una empresa suministradora de personal.

Finalmente – como último punto – quiero señalar que la negociación colectiva puede también ser instrumento de cambio. La negociación colectiva típica nace y se desarrolla en un contexto productivo concreto: el industrialismo fordista. Hoy vemos profundas transformaciones en la organización del trabajo. La empresa tradicional se transforma, se afina y busca descentralizar su producción. Pero también muchos trabajadores prefieren sustituir el rol de trabajadores subordinados con el de trabajadores autónomos-dependientes, que es una nueva forma de trabajo que permite especialmente a los jóvenes disponer de mayor flexibilidad en sus tareas. También debemos tomar conciencia - como indica el Informe 2015 del Director de la OIT - que “el empleo está en plena mutación”: el 75% de los trabajadores del mundo tienen un contrato precario, son informales o trabajan en empresas familiares sin remuneración. En este nuevo contexto la negociación colectiva puede ser instrumento privilegiado para alcanzar ese concepto que los europeos llaman “flexiseguridad”: la flexibilidad de la gestión no es necesariamente contraria a la seguridad de los trabajadores y puede ser un instrumento para promover la empleabilidad. La “flexiseguridad” es un modelo europeo desarrollado con éxito en diversos países del norte de Europa y aplicado al mercado de trabajo. No se trata de una flexibilidad desregulatoria, sino de una flexibilidad negociada, en línea con las Directrices de la Estrategia Europea para el Empleo. Se busca una mayor eficacia en la adaptación de oferta y demanda de empleo y dar posible respuesta a las nuevas necesidades de flexibilidad y seguridad de empleados y empleadores, teniendo la idea de compromiso entre ambas partes como marco de referencia.

Por último quiero destacar un artículo de la reforma laboral chilena - el artículo 306 del Proyecto que amplía la materia negocial – y que indica la apertura de la negociación a muchos puntos de interés común de empleadores y trabajadores, como por ejemplo la igualdad de género en el trabajo; el trabajo y las responsabilidades familiares; la negociación de la jornada y los bancos de horas extra; los acuerdos de capacitación y reconversión productiva. Entiendo, además, que el artículo implícitamente abarca materias de extremo interés en una época de transformaciones del trabajo como la presente: la productividad; la movilidad funcional en los puestos de trabajo; estructuras más flexibles de remuneración; evaluación de competencias y regulación del tiempo a la orden.

Vivimos en época de transformación, en la que sabemos bien de donde viene el Derecho del Trabajo - ese Derecho del Trabajo único para todo tipo de actividad -, pero no tenemos en claro hacia donde vamos. Un destacado laboralista italiano – Umberto Romagnoli – indica que “vivimos una época de densas incógnitas”. Uno de los mayores problemas de la actualidad es como abordar la diversidad de un sistema laboral cada vez más diferenciado, en el que conviven grandes y pequeñas empresas, trabajadores dependientes y autónomos, precarios e informales. En este contexto las normas deben ser creativas y adelantarse algo a la realidad, pero sin perder contacto con la realidad. En efecto, la realidad siempre se venga de las normas que la desconocen, y en América Latina los efectos de esta venganza se demuestran en las extensas franjas de informalidad, que caracterizan el continente. El sistema necesita ajustes, pero no siempre podemos valernos de la vieja caja de herramientas del industrialismo fordista-taylorista. Un martillo, una

tenaza, un destornillador no siempre son hoy útiles para ajustar una computadora. Así acontece con los ajustes del sistema y la negociación colectiva puede ser un instrumento más que permita calibrar las relaciones colectivas de trabajo.

Concluyo recordando expresiones del laboralista español Fernando Valdés Dal-Ré, quien destaca la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible tanto del trabajo como, sobre todo, de la organización del trabajo sujeta a constantes movimientos de adaptación frente los cambiantes requerimientos del mercado. Estamos todos involucrados en un gran debate – que concierne a las reformas de los sistemas de relaciones laborales en nuestros países. En este debate no existen verdades absolutas. Las verdades son siempre parciales, y corresponde a cada uno de nosotros hacer sus aportes y colaborar para armar un complejo puzzle de verdades, porque en este tema no hay recetas ni modelos perfectos.



# FORTALECIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL

FRANCISCO TAPIA GUERRERO\*

## 1. EL DEBATE SOBRE EL SINDICATO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las relaciones laborales colectivas siempre provocan debate cuando se trata de analizar el contenido de las normas legales que se proponen en un proyecto de ley, o cuando se produce alguna actuación de autoridad administrativa o judicial que incide en el ejercicio de los derechos. Es así porque en definitiva, como ha señalado alguna doctrina autorizada, se trata de la distribución del poder en el ámbito de determinación de las condiciones de empleo. También, en cuanto inciden en el catálogo de los derechos que resultan esenciales al derecho colectivo de trabajo y porque los derechos colectivos se inscriben en perspectiva de la sociedad democrática. Por lo mismo, es que cuando se anuncia el proyecto de ley que modifica las normas sobre negociación colectiva y huelga, aparece como natural que los interlocutores sociales expresen sus demandas en función de sus respectivos intereses. Normalmente las organizaciones empresariales advertirán ciertos efectos que prevén de la aplicación de las normas legales que se proponen y las organizaciones sindicales lo harán desde la ampliación de los derechos. Otros sectores plantearán también su adhesión o rechazo a las normas que se proponen, todo, dentro de un proceso propio de la sociedad democrática.

## 2. EL CAMINO A LA LIBERTAD SINDICAL

El contenido de las propuestas puede además incidir en mayores o menores derechos de libertad sindical, lo que refleja las tensiones derivadas de los intereses económicos y sociales y la propia pugna por la distribución del poder social, acompañada también por la influencia de las corrientes ideológicas que interactúan en el ámbito de las relaciones laborales.

En la experiencia chilena, el tardío –pero reconocimiento al fin- de la libertad sindical, expresada en algunos fallos de la Corte Suprema<sup>2</sup> y en la ratificación de los convenios básicos de libertad sindical a comienzos del 2000, comenzaba la recuperación del proceso iniciado con la ley de sindicalización campesina en los años 60, proceso éste interrumpido con el quiebre de la democracia y la imposición de un modelo sindical de signo contrario a aquél que se iniciaba con aquella legislación. Luego la legislación de 2001 habría de ajustar las modificaciones introducidas al derecho interno por dichas ratificaciones, aunque no alcanzarían a la negociación colectiva, atendida la inexistencia de las mayorías permitieron modificaciones sustanciales en esa materia<sup>3</sup>.

---

\* Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y DE Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>2</sup> Determinante en ello la presencia como abogado integrante en la Cuarta Sala del máximo tribunal, del profesor Patricio Novoa Fuenzalida.

<sup>3</sup> Así se advierte de alguna forma en el propio mensaje con que se inicia la tramitación parlamentaria que terminaría con la aprobación de la Ley N° 19.759, que por lo demás, contenía materias de tanta importancia

No cabe duda que debe atenderse en este marco, la modificación al artículo 5° constitucional, que debe entenderse como referente junto con los convenios básicos de libertad sindical y la misma legislación emanada de los tratados de derechos humanos, del bloque constitucional de derechos sindicales que permiten una relectura de los derechos garantizados en los numerales 16 y 19 del artículo 19 constitucional.

Sin embargo, se debe también señalar que en materia de negociación colectiva y huelga, subsisten aspectos críticos desde la libertad sindical, que por lo demás, han quedado expresados en diversos pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. De este modo, se configura un modelo imperfecto de libertad sindical, desde que conviven normas que asumen dicho principio junto a otras que claramente van en sentido contrario.

Se entiende de esta forma que la cuestión colectiva subsista como una pretensión pendiente desde el movimiento sindical y que forme parte del debate político, lo que permite entender la presentación en el año 2015 del nuevo proyecto que modifica las normas de la negociación colectiva y huelga. Antes, otros procesos resultaron fallidos, como ocurrió con el que termina su votación en el Senado de la República en el año 1999 en empate de votos, entendiéndose en ese caso rechazado, no obstante los acuerdos a los que se llegó con la comisión Thayer-Arrate<sup>4</sup>.

### 3. LAS PROPUESTAS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

El Proyecto de Ley contiene normas aplicables a la organización sindical, a la negociación colectiva, a la huelga, y, al derecho de información no solo en el proceso de negociación colectiva, sino además, lo incorpora como un derecho permanente.

En materia de libertad sindical, se hace necesario discutir si el contenido normativo del proyecto avanza o no en la profundización de la libertad sindical, aunque también es posible preguntarse si altera o no el modelo sindical de 1979, modificado en 1990 y en 2001. De otra parte, es cuestión debatida si las normas propuestas promueven efectivamente la libertad sindical y en especial, algunos de sus institutos como es el caso de la negociación colectiva. Sin duda que las respuestas estarán determinadas por las visiones que se tienen del papel que les corresponde a los interlocutores sociales y la visión que se tenga de la alteración en la distribución del poder que se asignen a las normas propuestas.

En el marco referido exclusivamente a las organizaciones sindicales, el debate se plantea fundamentalmente en torno a tres temas: la titularidad sindical, las relaciones entre la sindicalización y el contrato colectivo y, las normas que se modifican en lo relativo a ciertos ilícitos que constituyen prácticas antisindicales o prácticas desleales de la negociación colectiva. No extraña entonces que el debate se haya instalado en temas como éstos, pues es evidente que provocan importantes consecuencias en el desarrollo de la negociación colectiva y modifican también el catálogo de los derechos colectivos.

---

como la de propiamente de derecho colectivo, como es el caso de la modificación del artículo 5° del Código del Trabajo, entre otras.

<sup>4</sup> Esa comisión estuvo integrada por el entonces senador, profesor Thayer Arteaga, los profesores Novoa Fuenzalida, Valdés Rodríguez y Walker Errázuriz, el sociólogo Guillermo Campero y el suscrito.

# ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ¿QUIÉN ABRIÓ LA KERKAPORTA?<sup>5</sup>

LUIS LIZAMA PORTAL\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley que Reforma el Sistema de Relaciones Laborales (Boletín N° 9835-13-1) se encuentra en segundo trámite constitucional en la Comisión Trabajo del Senado<sup>6</sup>. La Cámara lo aprobó el 4 de junio pasado.

La intención declarada del Gobierno al impulsar esta reforma al Código del Trabajo es aumentar los ingresos de los trabajadores mediante un incremento de su poder de negociación al interior de la empresa<sup>7</sup>. Para ello, ha propuesto el fortalecimiento de los sindicatos y la promoción de la negociación colectiva a través de tres medidas concretas: la eliminación de los grupos negociadores, el goce automático de los beneficios pactados colectivamente por afiliación sindical y el fin del reemplazo en caso de huelga.

En esta ponencia se efectúa un análisis crítico del Proyecto de Ley, tal como ha sido aprobado en la Cámara.

## 2. EL DIAGNÓSTICO ERRADO

El Gobierno fundamenta su propuesta de reforma legislativa en la baja cobertura de negociación colectiva<sup>8</sup> y en las observaciones que los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han efectuado a las restricciones y limitaciones que la legislación nacional contempla al ejercicio de la libertad sindical<sup>9</sup>.

En cuanto a la menguada tasa de negociación colectiva habrá que decir que los datos de la propia Dirección del Trabajo de los últimos 5 años controvierten la afirmación que formula el Gobierno, en el siguiente cuadro:

---

<sup>5</sup> La caída de Bizancio a manos del sultán Mehmet en mayo de 1453 se acelera por un hecho fortuito: una pequeña puerta de la muralla interior de la ciudad, la llamada Kerkaporta, queda abierta en la víspera del asalto. Este olvido permite el ingreso sin ninguna resistencia de una tropa de jenízaros que ataca inesperadamente y por la espalda a los desprevenidos defensores de la muralla exterior, al grito de: “¡La ciudad está tomada!”, ZWEIG (2006) pp. 37 – 66.

\* Profesor Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>6</sup> El Senado aprobó el Proyecto en general el 19 de agosto de 2015.

<sup>7</sup> “Chile de Todos” (2013) p. 92.

<sup>8</sup> En el Mensaje del Proyecto de Ley se afirma que: “la cobertura de la negociación colectiva en el año 2013 alcanzó apenas el 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada”.

<sup>9</sup> En cuanto a la negociación colectiva (exclusión de los aprendices y trabajadores temporales), al derecho de sindicación (coexistencia de grupos negociadores y sindicatos en la empresa, y voluntariedad de la negociación colectiva en el nivel supraempresa) y de huelga (formalidades para aprobar y hacer efectiva la huelga, reemplazo de huelguistas y la prohibición de huelga no sólo en los servicios esenciales de la OIT).

**Cuadro**  
**Población afiliada a sindicatos activos y afectos a instrumentos colectivos, fuerza de trabajo asalariada y tasas de sindicación y negociación colectiva, años 2010 a 2014**

Años	Fuerza de trabajo asalariada	Sindicación (afiliados a sindicatos activos)		Negociación colectiva (afectos a instrumentos colectivos)	
2010	4.646.299	734.495	15,8%	697.241	15,0%
2011	4.863.063	765.138	15,7%	756.464	15,5%
2012	4.960.005	821.041	16,6%	822.367	16,5%
2013	5.024.728	823.722	16,4%	867.138	17,2%
2014	5.061.592	859.093	17,0%	916.090	18,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de las Series Estadísticas 1990-2014, Dirección del Trabajo

Para explicar el cuadro precedente será necesario decir que los datos corresponden a trabajadores afiliados a sindicatos activos (empresa, establecimiento, interempresa y transitorios) y afectos a instrumentos colectivos (contratos y convenios colectivos celebrados con sindicatos y grupos negociadores) a diciembre de cada año y que la “fuerza de trabajo asalariada privada” comprende a los “asalariados del sector privado” (que excluye a los funcionarios públicos) y al “personal de servicio”.

Entonces, habrá que aclarar que, a diciembre de 2013, el 17,2% de los trabajadores era parte de un instrumento colectivo y no (como señala el Gobierno en su Mensaje) un 10,1%. Lo anterior, se explica porque el Gobierno utiliza la tasa de negociación colectiva calculada respecto de la “fuerza de trabajo” que comprende a los “asalariados del sector privado”, al “personal de servicio”, a los “trabajadores por cuenta propia” y los “asalariados del sector público”. O sea, para justificar su afirmación que la tasa de negociación colectiva está disminuida se vale de aquella que se calcula respecto de un universo con personas que ¡no pueden negociar colectivamente!: los trabajadores independientes y los funcionarios públicos<sup>10</sup>.

Por otra parte, los trabajadores que no han negociado colectivamente pueden acceder a los beneficios pactados con un sindicato cuando su empleador, en uso de la facultad prevista en el artículo 346 del Código del Trabajo, se los extiende. De este modo, tales trabajadores quedarán cubiertos por un instrumento colectivo en virtud del denominado “efecto extensivo”<sup>11</sup>. No hay datos estadísticos sobre el número de trabajadores favorecidos con la extensión de beneficios colectivos, aunque la ENCLA 2011 aportó un interesante antecedente: el 70,2% de los empleadores extiende los resultados de la negociación colectiva al resto de los trabajadores<sup>12</sup>. Por ello, la tasa de 17,2% del año 2013 (que llegó al 18% en 2014) se verá incrementada por aquellos trabajadores que no

<sup>10</sup> La Dirección del Trabajo ha sostenido que la tasa de sindicalización que se mide conforme a la “fuerza de trabajo” es “la menos adecuada ya que incluye en su cálculo a personas que no pueden sindicalizarse”. Compendio de Series Estadísticas 1990-2014, Capítulo I, p. 21.

<sup>11</sup> Los trabajadores que no participaron de la negociación colectiva quedan afectos a la misma por el acto de extensión del empleador. Al respecto, véase: GAMONAL (2011) p. 325 ss.

<sup>12</sup> ENCLA (2011) p. 272.

habiendo sido parte de una negociación colectiva son favorecidos con la extensión que les efectúa su empleador<sup>13</sup>.

Pero, hay más. La tasa que el Gobierno utiliza como fundamento de su Proyecto tampoco considera a aquellos trabajadores que negocian colectivamente al margen del Código del Trabajo, ya que, en la mayoría de estos casos, los instrumentos que se celebran para poner término a los conflictos colectivos no se registran ni se depositan ante la Inspección del Trabajo. Me refiero a aquellos conflictos inorgánicos que involucran a los funcionarios públicos (quienes negocian a través de las asociaciones de funcionarios, federaciones y confederaciones), a los trabajadores subcontratados tanto para la ejecución de obras (quienes negocian representados por sindicatos interempresa) como la prestación de servicios permanentes en la industria del cobre (quienes negocian a través de coordinaciones informales de sindicatos de empresa, o bien, federaciones y confederaciones) y a los trabajadores portuarios (quienes negocian a través de una entidad de hecho que agrupa a sindicatos de empresa y de trabajadores eventuales, denominada “Unión Portuaria”)<sup>14</sup>.

En consecuencia, ya sea porque se utiliza una tasa de negociación colectiva que tiene un defecto estructural al considerar el universo de la fuerza de trabajo en Chile (incluyendo a trabajadores impedidos de negociar colectivamente), o bien, porque no se considera en la misma a los asalariados favorecidos con la extensión de beneficios o que negocian al margen de la ley laboral, el diagnóstico del Gobierno es errado. En 2013, la tasa de negociación colectiva no fue del 10,1% sino que muy superior a 17,2%<sup>15</sup>.

Por último, el mensaje presidencial efectúa otra afirmación discutible: la regulación de los derechos colectivos a través del proyecto de ley, evitará “*la proliferación de conflictos inorgánicos que se produce, justamente, cuando los mecanismos institucionales no son los adecuados*”.

Esta aseveración es, en principio, cierta, si analizamos los datos de conflictividad laboral de la Dirección del Trabajo para los últimos 23 años, que concluyen que el porcentaje de trabajadores involucrados en huelgas legales en relación a los que negocian colectivamente ha disminuido del 19% en el año 1991 a menos del 10% en el año 2013.

## Gráfico

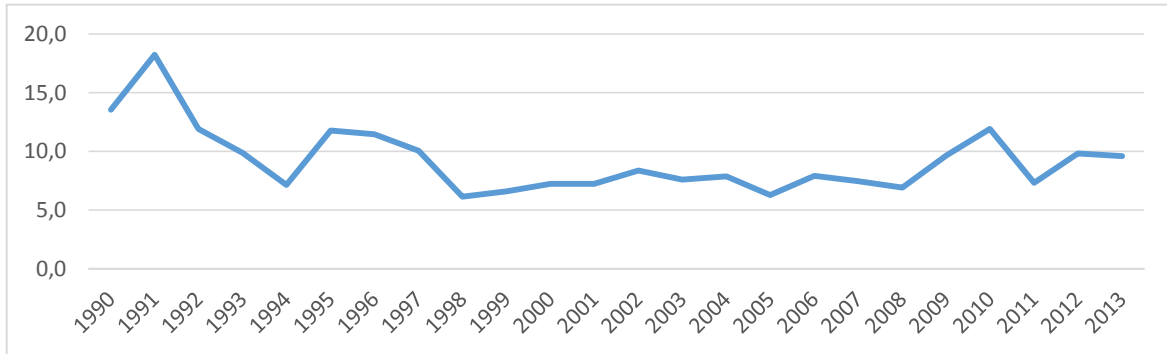
---

<sup>13</sup> Es difícil estimar el número de trabajadores beneficiados con la extensión. Sin embargo, es evidente que la tasa de negociación colectiva es superior a la informada por el Gobierno en su Proyecto de Ley.

<sup>14</sup> En el caso de la industria del cobre, los trabajadores subcontratados favorecidos por los denominados “Acuerdos Marco” sumaban 40.000 en Codelco y 8.000 en AngloAmerican. Sobre el conflicto inorgánico de trabajadores subcontratados, véase: ABARZÚA (2008) pp. 79 – 88.

<sup>15</sup> La tasa promedio de sindicación para los países de la OCDE era de 17,1% en 2012. En Chile era del 16,6% (si se calcula respecto de la “fuerza de trabajo asalariada”) y muy superior al promedio de 12,3% existente en países afiliados a la OCDE y comparables con el nuestro (Grecia, Estonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Polonia, Turquía y México).

### Porcentaje de trabajadores involucrados en huelgas/trabajadores que negocian colectivamente



Fuente: Dirección del Trabajo

Sin embargo, al revisar el “Informe Anual de Huelgas Laborales en Chile año 2014”, elaborado por el Centro de Estudios del Conflicto y Cohesión Social (COES), es posible inferir que los trabajadores involucrados en las huelgas que se producen en los conflictos inorgánicos son 13 veces más que los que efectúan huelgas legales (562.178 *versus* 44.128) y que el 78% de las huelgas ilegales se concentra en el sector público. O sea: el Gobierno yerra al regular sólo el conflicto laboral del sector privado cuando el verdadero problema se encuentra en el sector público<sup>16</sup>.

### 3. LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA AL SINDICATO

En cuanto al contenido del Proyecto de Ley hay artículos que lesionan la libertad de afiliación del modo que se asegura en el artículo 19 N°19 de la Constitución: “[l]a afiliación sindical será siempre voluntaria”<sup>17</sup>.

En efecto, el inciso 1° del artículo 323 del Proyecto de Ley establece que: “[l]a afiliación sindical otorga de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorpore, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador”. En principio, esta regla parece inocua ya que sólo regula el goce de pleno derecho de los beneficios pactados colectivamente por la afiliación al Sindicato que los negoció y obtuvo.

<sup>16</sup> La Ministra de Justicia Javiera Blanco, ex Ministra del Trabajo y Previsión Social, y en cuanto tal, principal impulsora del Proyecto de Ley de Reforma al Sistema de Relaciones Laborales, ha debido enfrentar dos graves conflictos inorgánicos (al margen de la legislación laboral) promovidos por los funcionarios de Gendarmería de Chile y del Servicio de Registro Civil en los últimos meses.

<sup>17</sup> La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sostenido que el régimen establecido por la Constitución chilena es compatible con el artículo 2 del Convenio núm. 87 que “deja a la práctica y a la reglamentación de cada Estado la tarea de decidir si conviene garantizar a los trabajadores (...) el derecho de no adherirse a una organización profesional o, al contrario, de autorizar, y en su caso, regular el uso de cláusulas y prácticas de seguridad sindical”. La misma Comisión agrega: “en varios países, la ley garantiza directa o indirectamente el derecho de no afiliarse a un sindicato y prohíbe el ejercicio de todo tipo de presiones para obligar a los trabajadores a afiliarse a un sindicato o a brindarle apoyo”, Oficina Internacional del Trabajo (1994) p. 48.

No obstante, la letra h) del artículo 289 del Proyecto de Ley, al establecer que constituye práctica desleal del empleador: “*otorgar unilateralmente a trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados por estas en un instrumento colectivo*”, deja las cosas en evidencia: el propósito del Gobierno es que los trabajadores deban estar afiliados a un sindicato para gozar de los beneficios pactados colectivamente<sup>18</sup>.

Ello es así porque la letra h) del artículo 289 del Proyecto prohíbe al empleador extender unilateralmente los beneficios colectivos a un trabajador no sindicalizado y el inciso tercero del artículo 323 del referido Proyecto le permite aplicar las estipulaciones de un instrumento colectivo al mismo trabajador sólo si lo acuerda previa y expresamente con el Sindicato.

De este modo, prohibiendo legalmente al empleador extender los beneficios pactados colectivamente y permitiendo el goce automático de los mismos por el solo hecho que el trabajador se afilie al Sindicato, se produce un efecto que ni la Constitución ni la OIT promueven ni fomentan: que un trabajador no sindicalizado deba forzosamente ser socio de algún Sindicato para obtener estos beneficios<sup>19</sup>.

Es más, la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT ha resuelto que son compatibles con el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, los regímenes que prohíben las prácticas de seguridad sindical (como es el caso del orden constitucional nacional) y aquellos que permiten pactar estas cláusulas de seguridad sindical en negociaciones colectivas (que imponen la afiliación sindical o el pago de contribuciones sindicales), aunque jamás tales cláusulas podrían ser establecidas en virtud de una ley.

Por lo mismo, con el Proyecto de Ley se produciría una situación paradójica que vulneraría la libertad sindical en los dos escenarios: en el primero se vulneraría la garantía constitucional de la libertad sindical negativa (y el régimen que prohíbe la práctica de seguridad sindical), y en el segundo, se contravendría la regla de la OIT que prohíbe imponer cláusulas de seguridad sindical mediante la ley y que las permite sólo cuando son acordadas colectivamente por las partes.

Entonces, sin acuerdo entre empleador y Sindicato para aplicar las estipulaciones colectivas a un trabajador no sindicalizado, este tendrá que optar entre afiliarse a la organización sindical existente, o bien, constituir otro sindicato, si quiere obtener tales estipulaciones.

Así las cosas, por vía legislativa, una de las partes (el Sindicato) queda facultada a efectuar una suerte de “extensión de beneficios” y la otra (la empleadora) impedida de hacerlo, salvo que obtenga un acuerdo que será muy difícil de alcanzar con su contraparte.

---

<sup>18</sup> El Gobierno tiene claro este problema y por ello ha incorporado dos indicaciones al Proyecto de Ley en el Senado: (a) la aplicación del reajuste por variación del Índice de Precios al Consumidor a todos los trabajadores si el empleador lo ofreció en su respuesta (art. 323, inciso final) y (b) una excepción a la práctica antisindical de la letra h) del art. 289: es posible adoptar acuerdos individuales sobre remuneraciones o beneficios que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador.

<sup>19</sup> Y sin contar con el nuevo tercer inciso del artículo 324 propuesto en la indicación que el Gobierno formuló el 14 de septiembre de 2014 para permitir el reintegro individual durante la huelga previa desafiliación sindical: “*Una vez iniciada la negociación colectiva, los trabajadores involucrados permanecerán afectos a ésta, salvo que se desafilien de la organización sindical*”. Con esta propuesta legislativa, el trabajador que se desafilia del Sindicato, deja de estar afecto a la negociación colectiva y se descuelga de la huelga.

Ello porque al Sindicato le bastará con afiliarse a un trabajador no sindicalizado para que este obtenga los beneficios en forma automática y no habrá razón alguna para que le ceda todo o parte de esta facultad al empleador, a menos que la organización sindical le imponga condiciones especialmente desventajadas al empleador, por ejemplo: que este último pueda aplicar sólo algunos de las estipulaciones pactadas a los trabajadores no sindicalizados.

La conclusión anterior, se ve reforzada por el artículo 315 del Proyecto que elimina los grupos como titulares del derecho a negociar colectivamente, salvo “[e]n las empresas en que no exista organización sindical”. Además, el trabajador que es parte de un instrumento colectivo celebrado por la coalición transitoria siempre podrá constituir una organización sindical o afiliarse a un sindicato, y en ambos casos, el “acuerdo de grupo negociador” no tendrá efecto normativo y él podrá negociar colectivamente con su sindicato o exigir las estipulaciones colectivas de la organización de la que se ha hecho socio<sup>20</sup>.

De ser aprobado el Proyecto del modo planteado por el Gobierno es posible anticipar las siguientes conductas no deseadas: (a) la aparición de “sindicatos amarillos” o verticales, esto es, organizaciones constituidas o controladas por los empleadores y que responden a sus intereses, una suerte de nueva versión de los grupos negociadores de “contratos individuales múltiples o pluripersonales” de la década del noventa que la Ley N°19.759 había logrado erradicar<sup>21</sup>, y (b) un incentivo a la corrupción del movimiento sindical por medio de la aparición del “puntero”, una especie de agente que mediará entre los trabajadores no sindicalizados y el empleador a cambio de prebendas y privilegios.

#### 4. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN

El proyecto original del Gobierno contemplaba la eliminación de ciertas malas prácticas en el ejercicio del derecho de sindicación, mediante la reforma del fuero del constituyente y la regulación de la elección de delegados sindicales. Por presión de los dirigentes de la CUT ambas reglas fueron suprimidas por el Gobierno a través de una indicación formulada en el mes de abril de este año en la Cámara<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Los órganos de control de la OIT admiten la negociación colectiva con grupos negociadores cuando no hay sindicato en la empresa y, si lo hay, insta a los Estados a que adopten medidas para garantizar que la existencia de tales grupos no sea utilizada en desmedro de la actividad sindical. Al respecto, véase: OIT (2006), párrafos 944 y 946. Es necesario hacer presente que tanto el Convenio sobre representantes de los trabajadores (núm. 135) como el Convenio sobre la negociación colectiva (núm. 154) admiten la coexistencia de grupos negociadores y sindicatos en una empresa. La República de Chile sólo ha ratificado el Convenio (núm. 135).

<sup>21</sup> La Ley N°19.759 de 2001 mediante la regulación del procedimiento semirreglado para coaliciones transitorias en el artículo 314 bis del Código del Trabajo, logró erradicar la mala práctica de celebrar “contratos individuales múltiples o pluripersonales” y no “convenios colectivos” con grupos negociadores. Según la Dirección del Trabajo: si el año 2001 los trabajadores involucrados en negociaciones colectivas con grupos negociadores sumaron casi 100.000, al año siguiente de la publicación de la Ley N°19.759 eran sólo 42.500.

<sup>22</sup> Al respecto, véase: “Reforma Laboral. Presentación CUT en la Comisión Trabajo de la Cámara de Diputados” y “Análisis Proyecto de Ley de Reformas Laborales. Consejo Directivo CUT Chile”, en [www.cut.cl](http://www.cut.cl).



De un tiempo a esta parte, ha proliferado el denominado “*sindicato del día después*”, es decir, cuando un grupo de trabajadores toma conocimiento del término de su relación laboral con su empleador, deciden constituir un sindicato, con el solo objeto de beneficiarse del fuero que se establece para quienes concurran a su formación. La regulación favorece el actuar de estos trabajadores porque el fuero del constituyente opera retroactivamente desde que se efectúa la asamblea constitutiva. Entonces, un trabajador dentro de los 10 días siguientes a su despido, podrá conformar un sindicato, gozar del fuero retroactivo y exigir la invalidación del término del contrato y su reincorporación a la empresa.

Esta realidad, deplorable para los propósitos y principios de la libertad sindical, ha provocado que los empleadores tengan que mantener a dependientes que pese a incumplir las obligaciones contractuales del contrato de trabajo o incurrir en una causal de caducidad, gozan del fuero establecido por el Código del Trabajo.

Lo anterior, sin dudas, constituye lo que doctrinaria y jurisprudencialmente es considerado un “*abuso del derecho*” o un “*fraude a la ley*”. En el sentido descrito, se han pronunciado algunos jueces laborales que han conocido de esta materia<sup>23</sup>, y consideran que los efectos de la mala fe de los constituyentes del sindicato, vulneran la finalidad de las normas protectoras del Código del Trabajo<sup>24</sup>. Igual condena ha formulado la Dirección del Trabajo a través de su dictámenes<sup>25</sup>.

Para erradicar el uso abusivo del fuero del constituyente y del “*sindicato del día después*”, el proyecto sustituía el inciso tercero del artículo 221 del Código del Trabajo, estableciendo que los concurrentes a la constitución del sindicato gozaban de fuero desde que se “*formulaba la solicitud reservada de Ministro de Fe para la asamblea*”. Vale decir, para que los constituyentes de un sindicato gozaran de fuero era necesario evidenciar que habían solicitado la presencia de un ministro de fe en la asamblea constitutiva y, por ende, una auténtica voluntad de ejercer el derecho de sindicación.

Por otra parte, para resguardar que los delegados sindicales de sindicatos interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales fueren genuinos representantes de sus socios ante el empleador, el Proyecto original reemplazaba el artículo 229 del Código del Trabajo, fijando que la elección debía efectuarse “*en presencia de un ministro de fe*”. Es del caso recordar que la disposición vigente utiliza indistintamente las voces “*elegir*” y

---

<sup>23</sup> Así, por ejemplo: Soto con Redbus Urbano S.A. (2010); Inspección del Trabajo con Ward Van Lines S.A. (2010).

<sup>24</sup> De todos modos, destacamos que, en la jurisprudencia de los tribunales laborales, la contingencia se presenta cuando un empleador despide a un trabajador que goza de fuero sin las formalidades establecidas en el artículo 174 del Código del Trabajo, es decir, sin la autorización previa del sentenciador para despedir al trabajador aforado, esgrimiendo como principal defensa su desconocimiento del fuero o constitución de la organización sindical.

<sup>25</sup> Por todos, véase: dictamen N°5.357/245, de 12 de diciembre de 2003: “*la finalidad que tuvo en vista el legislador para establecer el fuero de que gozan los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, ha sido la de fomentar la actividad sindical, procurando la debida protección de los constituyentes de una organización, otorgándoles estabilidad laboral durante los períodos previo e inmediatamente posterior a dicha constitución, y bajo circunstancia alguna se puede utilizar esta norma para obtener la permanencia en la empresa frente a un despido, cuestión que implica una transgresión a los fundamentos que se tuvo en vista para su establecimiento*”.

“designar” para referirse al acto de la elección de delegado sindical<sup>26</sup> y que no se exige que el mismo se efectúe en presencia de alguno de los ministros de fe señalados en el artículo 218 del Código del Trabajo. Por lo anterior, es común que los delegados sean designados por el directorio sindical sin que se efectúe una elección democrática por parte de los socios.

El Gobierno, a través de indicaciones formuladas el 13 de abril de 2015, desestimó su propuesta original: eliminó la reforma al fuero del constituyente (conservando la regla actual que permite la constitución del “sindicato del día después”) y modificó la regla sobre elección del delegado sindical en presencia de un ministro de fe por una que entrega al sindicato la regulación de la misma (“*del modo que establezcan sus estatutos*”).

No hay razón alguna que justifique la mantención de estas malas prácticas por parte del Ejecutivo, en particular, si el propósito del Proyecto de Ley es promover una auténtica y genuina actividad sindical.

## 5. LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

El Proyecto de Ley propone la ampliación de materias de negociación colectiva a través de los denominados “pactos de condiciones especiales de trabajo”. Estos pactos, conforme el Proyecto aprobado por la Cámara, podrán ser convenidos “[e]n aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores”<sup>27</sup>.

Esta regla promocional de la sindicación y la negociación colectiva, además, constituye una modalidad de flexibilidad pactada que se incorpora al orden jurídico laboral<sup>28</sup>.

En esta materia, el Proyecto de Ley apunta en un sentido correcto, ya que permite a los empleadores y los sindicatos flexibilizar las reglas más rígidas de nuestro derecho laboral: las referidas a la jornada de trabajo y descansos. Esta rigidez se explica por la circunstancia que la jornada ordinaria se distribuye en la semana y solo excepcionalmente en el mes (transporte) o el año (agricultura), las horas extraordinarias tienen un límite diario y no es posible redistribuirlas en un período de tiempo distinto (salvo que se pacte laborar todas las horas extras de la semana en un día sábado) y la regulación de la jornada pasiva y los actos preparatorios y terminales prohíbe su compensación en dinero<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> El dictamen N°3839/193, de 22 de noviembre de 2002, de la Dirección de Trabajo ha establecido que: “*si bien el legislador en la norma contenida en el artículo 229, del Código del Trabajo, utiliza dos vocablos diferentes para referirse a la designación o elección del o los delegados sindicales, de la historia fidedigna de la ley y del texto expreso del artículo 236 del Código del Trabajo, es posible concluir que su intención ha sido establecer como único procedimiento la elección, en ambos casos*”.

<sup>27</sup> La indicación del Ejecutivo del 14 de septiembre de 2015 contempla una disposición transitoria que eleva el porcentaje al 50% del total de los trabajadores durante los primeros 24 meses de vigencia de la ley.

<sup>28</sup> Esta modalidad de flexibilidad opera *de facto* en el derecho laboral nacional. Así, es común que en los instrumentos colectivos de las empresas mineras se incluya un “bono de continuidad operacional” destinado a compensar actos preparatorios y terminales (cambio de vestuario y charla de seguridad) y jornada pasiva (traslado dentro de la faena), y en otras industrias, se regule la “llamada de emergencia”, el trabajo *on call*, o el “turno de alistamiento”.

<sup>29</sup> LIZAMA (2000).

Las materias específicas que pueden ser acordadas colectivamente son: los sistemas excepcionales de distribución de la jornada laboral y los descansos (artículo 375)<sup>30</sup>, el banco de horas extraordinarias (artículo 376)<sup>31</sup>, el tiempo destinado a actos preparatorios (y terminales) y jornada pasiva (artículo 377)<sup>32</sup> y la distribución de la jornada semanal en 4 días (artículo 378)<sup>33</sup>.

Estos pactos sobre condiciones especiales de trabajo sólo pueden ser celebrados por sindicatos (no grupos negociadores), en empresas que tengan un porcentaje importante de trabajadores sindicalizados (30% en régimen y 50% en transición) y se podrán aplicar a trabajadores no sindicalizados con acuerdo del Sindicato (con el acuerdo individual de los trabajadores favorecidos y la aprobación de la Inspección del Trabajo<sup>34</sup>).

Estos pactos son expresión de flexibilidad pactada a través de la negociación colectiva<sup>35</sup> y de “*garantismo colectivo*”, en cuanto los sindicatos y sus empleadores adaptan y ajustan las reglas legales a su propia realidad.

El establecimiento de estos pactos de flexibilidad a través de la negociación colectiva constituye una medida concreta de promoción de la libertad sindical.

## 6. LA HUELGA SIN REEMPLAZO

El Proyecto de Ley, en concordancia con su fin de aumentar el poder de negociación de los sindicatos por una vía institucional, contempla el término del reemplazo en la huelga.

Habría que afirmar que el término del reemplazo en la huelga es una medida respecto de la cual el Gobierno ha dicho que constituye una reforma indispensable para adecuar nuestra legislación laboral a las exigencias de la Organización Internacional del Trabajo. Y, el Ejecutivo tiene razón: tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones han sostenido que la contratación de trabajadores para romper la huelga y la utilización de mano de obra ajena a

---

<sup>30</sup> En la actualidad, el empleador requiere el acuerdo de los trabajadores (o del Sindicato) para solicitar que la Dirección del Trabajo le autorice a pactar un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos, conforme a los últimos incisos del artículo 38 del Código del Trabajo y la Orden de Servicio N°5, de 2009.

<sup>31</sup> El Proyecto de Ley aprobado por la Cámara permite pactar bancos trimestrales, semestrales y anuales de horas extraordinarias. La indicación del 14 de septiembre de 2015 limita el pacto a 72 horas por trimestre.

<sup>32</sup> El Proyecto de Ley permite compensar en dinero estos tiempos “*no efectivamente trabajados destinados a cambio de vestuario, aseo personal, traslado, aclimatación u otros, que sean necesarios para el desarrollo de la labor convenida, tanto por razones de higiene o seguridad, del proceso productivo, de imagen corporativa o por exigencia del empleador*”.

<sup>33</sup> La indicación del 14 de septiembre de 2015 incluyó este pacto que permite a las partes distribuir la jornada semanal en 4 días, con una jornada diaria máxima de 12 horas de trabajo efectivo (jornada ordinaria, jornada extraordinaria y descanso)

<sup>34</sup> La indicación del 14 de septiembre de 2015 contempla otra regla: consentimiento expreso y por escrito del trabajador no sindicalizado.

<sup>35</sup> Al respecto, véase: OSAKI (1999) pp. 63 – 65.

la empresa para reemplazar huelguistas constituyen una grave violación de la libertad sindical<sup>36</sup>.

No obstante, el texto que el Gobierno ha propuesto para terminar con el reemplazo de huelguistas no es feliz. El inciso segundo del artículo 347 del Proyecto señala: “[s]e prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga”.

La expresión “puestos de trabajo” es inédita en el derecho laboral chileno y ha dado lugar a un debate intenso acerca de su alcance y significado. Para algunos, la expresión podría referirse a la “sustitución del puesto y no de la función”<sup>37</sup>, y para otros, derechamente, incluir la función, el horario de trabajo y el sitio o recinto en que el trabajador presta sus servicios. Además, cabe tener en cuenta que el actual artículo 381 del Código del Trabajo prohíbe el “reemplazo de trabajadores en huelga” y la Corte Suprema ha fallado que tal prohibición “comprende no solo la contratación de nuevos trabajadores, sino también el reemplazo de trabajadores en huelga con otros de la propia empresa”<sup>38</sup>.

Por lo anterior, el asunto no es trivial, ya que se trata de dilucidar si el Proyecto contempla o no la posibilidad de la denominada “sustitución interna”, esto es, que el empleador en huelga pueda reasignar las funciones de los huelguistas entre aquellos trabajadores que no participan de la misma, en uso de sus facultades de administración. En otras palabras, que sea posible la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores propios que no están involucrados en la huelga y que, tratándose del trabajo en régimen de subcontratación, la empresa principal pueda subcontratar servicios con otras empresas distintas de la contratista en que se ha producido una huelga que le afecta directamente.

En el derecho comparado las soluciones son muy variadas: hay países que prohíben la contratación de trabajadores en reemplazo de los huelguistas (Grecia, República Checa, Eslovenia, Argentina, Lituania, Hungría, Polonia, Colombia, Uruguay), otros que permiten la contratación de reemplazantes a través de empresas de servicios transitorios (Finlandia, Federación Rusa) y algunos que permiten el reemplazo de los trabajadores en huelga (Irlanda, Israel, Estados Unidos)<sup>39</sup>.

La “sustitución interna” es una figura admitida en muchos países para mitigar los efectos negativos de la huelga y proteger el derecho de propiedad y el libre ejercicio de la actividad económica del empleador. Es el caso de Francia donde el empleador puede efectuar mutaciones dentro de la empresa (e incluso reclutar nuevos trabajadores por

---

<sup>36</sup> *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, párrafo 175 y La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafos 632 y 633.*

<sup>37</sup> MARZI. Documento inédito, sin fecha de publicación.

<sup>38</sup> Al respecto, véanse las siguientes sentencias pronunciadas en recursos de unificación de jurisprudencia: Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Suroriente con Promilinks S.A. (2014); Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal y Empaques S.A. (2015); Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con RGM Mallas de Alambre Ltda. (2015).

<sup>39</sup> Al respecto, véase: WAAS (2014) pp. 61 – 62.

contrato de duración indeterminada)<sup>40</sup> y de Italia donde el empleador puede efectuar reemplazos internos bajo la doctrina del “disentimiento interno en una huelga”<sup>41</sup>.

Por lo anterior, una reforma que pretenda impedir la “sustitución interna” extendería el derecho a huelga hasta un punto que haría imposible balancearlo con otros derechos fundamentales que la Constitución le reconoce al empleador (propiedad y libertad de empresa), a los no huelguistas (libertad de trabajo) y a los terceros afectados con la huelga (vida y salud).

Por otra parte, aunque el ejercicio del derecho a huelga sea colectivo (como lo contempla el Proyecto de Ley) no por ello deja de ser un derecho individual: cada trabajador involucrado en la huelga deberá incumplir las obligaciones que le impone su propio contrato de trabajo. O sea, se trata de un derecho cuya titularidad es individual, aunque su declaración y ejercicio son colectivos.

Por lo mismo, no es razonable que el Proyecto de Ley haya eliminado la facultad conferida a los huelguistas de reintegrarse individualmente y terminar colectivamente el conflicto cuando los descolgados de la huelga hayan alcanzado la mayoría absoluta. Esto es: que el trabajador, titular del derecho de huelga, tenga la facultad de descolgarse de la misma transcurrido determinado plazo y bajo ciertas condiciones.

El Proyecto mantiene las limitaciones a la huelga a través de tres instituciones: su prohibición en las empresas y servicios indicados en el artículo 19 N°16 de la Constitución<sup>42</sup>, la obligación de los huelguistas de proveer personal para servicios mínimos y el decreto de reanudación de faenas por decisión judicial en caso de una huelga especialmente dañina.

El Proyecto respeta la prohibición constitucional del ejercicio del derecho a huelga para los trabajadores que presten servicios en empresas “*que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional*” (artículo 360 ter del Proyecto).

Para paliar la eliminación del reemplazo durante la huelga, el Proyecto obliga al Sindicato a proveer: “*el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios*” (artículo 359 del Proyecto). Aunque la propuesta legislativa se encamina correctamente, se deberá tener en cuenta que la mantención de un servicio implica prestar los trabajos necesarios para la cobertura de los derechos, bienes y libertades que el propio servicio satisface. Por lo mismo, será necesario incluir como criterio para el otorgamiento de estos servicios mínimos: la magnitud y duración de la huelga, en los casos en que pueda

---

<sup>40</sup> JAVILLIER (2007) p. 861.

<sup>41</sup> WAAS (2014) p. 61.

<sup>42</sup> El artículo no fue aprobado en la Cámara por falta de quórum. El Gobierno repuso el artículo en los mismos términos con una indicación formulada el 14 de septiembre de 2015.

producir perjuicios a la vida, seguridad o salud de la población, como, por ejemplo, tratándose de una empresa recolectora de basura<sup>43</sup>.

La última limitación tiene que ver con la reanudación de faenas en huelgas especialmente dañinas. Lo que resulta extraño es que esta facultad se desplace desde el Presidente de la República al juez laboral, como si la protección de “*la salud, el abastecimiento de bienes o servicios de la población, la economía del país o la seguridad nacional*” (artículo 361 del Proyecto) fuere un problema jurisdiccional y no de política pública. La facultad debe continuar radicada en el Ejecutivo.

Por último, unas palabras respecto de la eliminación de la referencia al ejercicio pacífico de la huelga en el proyecto por indicación formulada en el mes de abril de 2015. No se comprende que el Gobierno haya eliminado el término “pacífica” del texto original, en particular, cuando los órganos de control de la OIT han afirmado que las restricciones a las modalidades y al ejercicio de la huelga están justificadas cuando aquella se vuelve violenta<sup>44</sup>. Urge reestablecer la idea que la huelga debe ser pacífica para dejar en claro que su límite es el respeto a los derechos, libertades y bienes de las demás personas.

## 7. CONCLUSIONES

El Proyecto del Gobierno se formula a partir de un diagnóstico errado: la tasa de negociación colectiva es muy superior a la que se indica como fundamento, el porcentaje de trabajadores afiliados a sindicatos se encuentra en el promedio de los países que conforman la OCDE y la mayoría de los conflictos inorgánicos se producen en el sector público.

Entonces, parece posible alcanzar los objetivos que el Gobierno se ha trazado de un modo diverso al que se ha propuesto en el Proyecto de Ley que reforma el sistema de relaciones laborales.

El respeto a la libertad de afiliación supone la coexistencia de grupos negociadores y sindicatos en las empresas (con fuertes sanciones para el empleador que utiliza a las coaliciones transitorias en contra de la actividad sindical legítima) y también que el empleador esté facultado para extender los beneficios pactados colectivamente (con obligación del trabajador favorecido de pagar la cuota al sindicato, en cualquier caso). O, incluso, en caso de sindicatos con alta representación la extensión automática de beneficios al resto de los trabajadores.

El derecho de sindicación debe ser asegurado para aquellos trabajadores que lo ejercen de buena fe en beneficio del interés colectivo y no para quienes gozan de un fuero laboral para satisfacer un interés individual (el constituyente del “sindicato del día

---

<sup>43</sup> El Gobierno en su indicación del 14 de septiembre de 2015 modifica el modo en que se califican los servicios mínimos y se conforman los equipos de emergencia: acuerdo directo de las partes, y a falta del mismo, define el Director Regional del Trabajo con informe técnico de organismo público regulador y/o fiscalizador.

<sup>44</sup> Respecto de las modalidades de la huelga, véase: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, párrafos 545 y 546. En cuanto al ejercicio de la huelga, véase, *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, párrafo 174.

después”) o aparecen como representantes de afiliados que no los han elegido democráticamente (la designación del delegado sindical).

El derecho de negociación colectiva debe permitir a las partes un espacio de autorregulación mayor al que existe en la actualidad. Por lo mismo, los pactos de condiciones especiales de trabajo son un instrumento de flexibilidad laboral que debe permitir al empleador y a su sindicato adaptar y ajustar la regla legal a las particulares condiciones de la empresa.

El derecho de huelga debe ser balanceado con los demás derechos fundamentales que la Constitución le reconoce al empleador (propiedad y libertad de empresa), a los trabajadores que no están involucrados en la huelga (libertad de trabajo) y a las personas que resultan afectadas por la suspensión de actividades de los huelguistas (vida y salud).

Finalmente, el Gobierno está en deuda con los funcionarios públicos en materia de derechos colectivos. El ordenamiento jurídico sólo les reconoce el derecho de sindicación (asociación de funcionarios). No tienen derecho a negociar colectivamente ni a la huelga. Y, conforme los datos disponibles, son los que más conflictos inorgánicos promueven y realizan. ¿No habrá llegado la hora de regular los derechos colectivos de los funcionarios del Estado?

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABARZÚA, Eduardo (2008): “Acción sindical de trabajadores contratistas” en A.A.V.V., *Flexibilidad laboral y subjetividades* (Santiago, Lom Editores – Universidad Alberto Hurtado), pp. 79 – 88.

JAVILLIER, Jean-Claude (2007): *Derecho del Trabajo* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo*. Segunda Edición Revisada y Actualizada (Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing).

LIZAMA PORTAL, Luis (2000): “Qué y cuánta flexibilidad en el derecho individual del trabajo chileno”, *Documento de Trabajo N°2* (Santiago, Programa Derecho & Economía, Universidad de Chile).

MARZI, Daniela: *Prohibición de reemplazo en huelga: un legislador que actúa contra su palabra*. Documento inédito, sin fecha de publicación.

OIT (1994): *Libertad Sindica y Negociación Colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).

OSAKI, Muneto (1999): *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del Estado* (Ginebra).

Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018 (2013): *Chile de Todos* (Santiago).

WAAS, Bernd (2014): *The Right to Strike: A comparative view* (The Netherlands, Wolters Kluwer).

ZWEIG, Stefan (2006): *Momentos estelares de la Humanidad. Catorce miniaturas históricas* (Barcelona, Acantilado).

#### JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

*Soto con Redbus Urbano S.A. (2010)*: Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de octubre de 2010, RIT S – 41 –2010 (acción de práctica antisindical). Disponible en

<http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [fecha de visita 24 de diciembre de 2012].

*Inspección del Trabajo con Ward Van Lines S.A. (2010)*: Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 9 de noviembre de 2010, RIT S – 44 – 2010 (acción de práctica antisindical). Disponible en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [fecha de visita 15 de diciembre de 2013].

*Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente con Promilinks S.A. (2014)*: Corte Suprema, 4 de diciembre de 2014, Rol N°3.514-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal y Empaques S.A. (2015)*: Corte Suprema, 29 de enero de 2015, Rol N°10.444-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con RGM Mallas de Alambre Ltda (2015)*: Corte Suprema, 12 de mayo de 2015, Rol N°15.293-14 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

#### JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2002) Ord. N°3839/193, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2003) Ord. N°5.357/245, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].



# EL SISTEMA NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: CARACTERÍSTICAS Y REFORMA LABORAL

ANDRÉS AYLWIN CHIORRINI\*

## 1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1.1 DEFINICIÓN.

La negociación colectiva es cualquier forma o proceso de diálogo y discusión encaminada a lograr un acuerdo aplicable a un conjunto de trabajadores.

En estos términos amplios la entiende la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al describirla como todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional<sup>45</sup>. El Convenio 98 de la OIT no contiene una definición de negociación colectiva, pero declara que los países deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para *estimular y fomentar* entre los empleadores y las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores, el pleno *desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria*, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo<sup>46</sup>.

El Código del Trabajo la define y destaca como notas distintivas que es un procedimiento o conjunto de reglas procesales, que sirven para que las partes legitimadas para negociar -sindicatos o grupos de trabajadores que se unen especialmente para dicho efecto-, en ejercicio de su poder normativo, acuerden las condiciones de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado<sup>47</sup>.

### 1.2. ORIGEN, FUNCIONES Y FINALIDAD.

El origen de la negociación colectiva precede al nacimiento del Derecho del Trabajo. Lo primero fue la negociación, de hecho, luego vino el reconocimiento del derecho; más precisamente, primero fue el conflicto, para ser escuchados y juntos poder

---

\* Profesor Asistente del Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>45</sup> Convenio 154 de 1981 y Recomendación 91 de 1951.

<sup>46</sup> Sobre *Aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva*.

<sup>47</sup> El artículo 303 del Código del Trabajo la define como “*el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes. La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes*”.

negociar. En el principio, conflicto y negociación formaban parte del mismo fenómeno colectivo, surgido luego de las consecuencias sociales –la *cuestión social*– derivadas del sistema económico capitalista de producción.

Con el surgimiento del Derecho del Trabajo se juridifican y convierten en categorías jurídicas el interés colectivo, la organización para la representación y defensa de ese interés y la acción colectiva. Autonomía sindical, autonomía colectiva y autotutela son el origen y fundamento del Derecho del Trabajo.

La negociación colectiva es un instrumento de ordenación y regulación del trabajo dependiente. Su resultado, la contratación colectiva, se inserta en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, expresión de la autonomía colectiva de las partes sociales y del poder normativo que se les reconoce.

Diversas y de distinta naturaleza son las funciones que se le atribuyen a la negociación colectiva. Es una limitación al poder de dirección empresarial, contribuyendo entonces a nivelar las posiciones de negociación entre empleadores y trabajadores. De esta forma, afirma la personería, reconocimiento y capacidad de los sujetos colectivos que son parte de un negocio jurídico y posibilita una negociación colectiva estable; permite la creación de reglas de orden colectivas y la adaptación de las condiciones de empleo, contribuyendo a la legitimidad del sistema de relaciones laborales. Posee también funciones económico-sociales, puesto que es un medio para la consecución de la paz social y la distribución de la riqueza. En fin, en aquellos sistemas, como el nuestro, en que es reconocida como un derecho fundamental, expresa el ejercicio de un derecho, lo que contribuye a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

La libertad sindical, y por tanto el instituto de la negociación colectiva, constituye un complemento de la tutela que otorga el derecho individual del trabajo, pero a diferencia de éste que entrega tutela material por medio de derechos mínimos, el derecho colectivo actúa mediante la consagración de instrumentos para la representación y defensa del interés colectivo, y cuya eficacia no deriva tanto de la ley como del número y disciplina de sus miembros.

En efecto, el sistema normativo de tutela que implica la legislación laboral se sustenta en dos grandes pilares: de una parte, un conjunto de derechos aplicables imperativamente a la relación empleador-trabajador, como un mínimo indispensable que solo puede ser modificado para mejorar las condiciones del trabajador, más nunca para disminuirlas; de otra parte, el reconocimiento de la libertad sindical y los derechos que ésta conlleva, sindicatos, negociación colectiva y huelga, cuya eficacia dependen tanto de una legislación que promueva el desarrollo de los mismos como principalmente del compromiso y convicción de sus miembros. La finalidad de este segundo pilar es favorecer relaciones más simétricas entre las partes, *nivelar la cancha* como se dice hoy, para expresar este anhelo de igualdad real de los derechos colectivos.

El problema es que la realidad de los derechos colectivos del trabajo deja que desear, y es en este plano de la dimensión colectiva, y no en la individual de las relaciones laborales, donde se desenvuelven las reales posibilidades de un cambio cualitativo de las condiciones de vida. En palabras simples, en nuestro país son pocos los que logran acordar de manera colectiva con su empleador las condiciones y retribución por su trabajo, y muchos, la gran mayoría en verdad, los que solo dependen de su propia capacidad negociadora para determinar esas condiciones, pero como no la tienen o no es de tal intensidad como para influir decisivamente, no les queda más que aceptar lo que se les ofrece o quedar amparados por la protección legal mínima.

Es conocido, en este sentido, la escasa cobertura de la negociación colectiva. En el Mensaje con que se inicia el Proyecto de Ley de Reforma Laboral se identifica la cobertura en un 10,1% de los asalariados del sector privado, para el año 2013, bajo la modalidad reglada y no reglada. Un aumento de dicho porcentaje se obtiene por la extensión de las estipulaciones de los instrumentos colectivos a los trabajadores no sindicalizados, como consecuencia de la facultad del empleador que con tal objeto le reconoce el ordenamiento jurídico laboral.

La brecha entre el derecho, que pone a disposición de las partes mecanismos para autoregular sus intereses, y la realidad que evidencia la poca utilización de tales mecanismos, desafía al derecho del trabajo en lo más hondo, cuestiona su razón de ser y justificación como disciplina jurídica, y en último término a la sociedad democrática que proclama los derechos colectivos como derechos fundamentales y los reconoce así en el nivel normativo más alto.

## 2. EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 2.1 FUENTES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

El ordenamiento jurídico laboral se conforma por fuentes de origen nacional e internacional. Estas últimas provienen de la actividad normativa de la ONU (incluido OEA) y la OIT, siendo especialmente relevantes los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva y el Convenio 151 sobre condiciones de empleo en la administración pública, ratificados por Chile.

Por su parte, la Constitución reconoce el pluralismo social y la autonomía de los actores del mundo laboral para autoregular sus relaciones, al asegurar a los trabajadores el derecho a la negociación colectiva con la empresa en que laboren, reconociendo así la dimensión funcional de la libertad sindical.

Son características de este reconocimiento constitucional: se asegura la negociación colectiva *con la empresa* en que laboren, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar el ámbito de negociación más allá de los límites de la empresa, en forma voluntaria, lo que en la práctica ha impedido su desarrollo; los titulares laborales del derecho son los *trabajadores*; y el texto constitucional hace un reenvío a la ley para complementar y regular el derecho, no pudiendo afectarlo en su esencia. La Constitución no indica cuáles son las formas de manifestación de la negociación colectiva ni asegura la fuerza vinculante del resultado de la negociación.

Es la ley la que regula los diversos aspectos la negociación colectiva, específicamente el Código del Trabajo que destina íntegramente su Libro IV “De la Negociación Colectiva” a este derecho.

### 2.2 ÁMBITO OBJETIVO Y PERSONAL DE APLICACIÓN.

La negociación colectiva puede tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación mayoritaria, con algunas excepciones.

Ni la Constitución ni la ley reconocen expresamente este derecho a los trabajadores de la Administración del Estado, quedando así excluidos del derecho una categoría completa de trabajadores, como son los funcionarios públicos. No obstante, es común la

práctica de la negociación colectiva y la huelga en la administración centralizada como la descentralizada, evidenciando el desarrollo de un derecho colectivo informal que supera el contenido de las normas constitucionales y legales. Las relaciones colectivas del trabajo en el sector público es una materia pendiente, a riesgo de continuar con la disociación entre derecho y realidad y el desprestigio de las instituciones.

Respecto del ámbito personal de aplicación, la ley excluye *a priori* del derecho a negociar en forma reglada a parte de los trabajadores de las empresas, siendo particularmente relevante la exclusión de los trabajadores contratados para el desempeño de una obra o faena transitoria o de temporada y los que desempeñan funciones de confianza o altos cargos directivos.

### 2.3 ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SUJETOS Y NIVEL.

La estructura sindical y el nivel de la negociación colectiva están directamente relacionados. Si el nivel o unidad de contratación está fijado por la ley, el sindicato privilegiará organizarse al nivel o unidad que establece la ley; y si el nivel privilegiado por la ley es la empresa, prevalecerá una estructura sindical en la empresa.

Esto es lo que sucede en nuestro país, en que el deber de negociar está garantizado solo en el nivel de la empresa. En efecto, nuestro sistema normativo se caracteriza por contar con una estructura de negociación colectiva fuertemente intervencionista, con reglas legales que fijan el ámbito de competencia contractual de los sujetos colectivos, así como la oportunidad para negociar y la ritualidad que debe observarse. Se echa de menos algún grado de libertad para que sean los interlocutores sociales quienes definan cuándo y dónde negocian.

Está por verse aún cómo evoluciona la negociación colectiva en el ámbito de dos o más empresas que configuran un empleador común, al amparo de la Ley 20.760 de 2014 que establece en el artículo 3 del Código del Trabajo esta nueva unidad de contratación colectiva.

### 2.4 CLASES O CATEGORÍAS DE INSTRUMENTOS COLECTIVOS.

La función normativa de la negociación colectiva se expresa en el instrumento colectivo que puede ser de dos clases: contrato colectivo o convenio colectivo. Los dos tienen la misma naturaleza contractual y eficacia normativa, cual es regular condiciones de trabajo y de remuneraciones. Crean derecho objetivo, heterónomo en el sentido que se aplica directa y automáticamente en los contratos individuales de trabajo. Son una fuente formal propia y específica del Derecho del Trabajo que denota su especificidad entre las disciplinas jurídicas. El contrato colectivo es resultado de una negociación colectiva reglada y el convenio colectivo es el acuerdo alcanzado en una negociación colectiva no reglada o semirreglada.

Dos observaciones parecen necesarias. La primera, que esta tipología no agota las diversas manifestaciones de la autonomía colectiva, existiendo otros acuerdos que cabría categorizar como convenios colectivos, atendida la amplitud de la definición legal de este instrumento (artículos 314 y 351 del Código del Trabajo). Nos referimos a diversas formas de expresión que adquiere el acuerdo de voluntades y bajo diversas denominaciones, tales como actas de acuerdo, protocolos, acuerdos marco, actas de reuniones y otras. La segunda, se refiere a que la negociación colectiva se desarrolla al nivel de la empresa,

debido a la exigencia de acuerdo previo del empleador para poder negociar más allá de dicho ámbito.

A las dos clases de instrumentos colectivos señalados debe agregarse el fallo arbitral que es otra forma de dar término, forzada o voluntariamente, a la negociación colectiva, a los que les resultan aplicables las normas del contrato colectivo.

## 2.5 MODALIDADES O TIPOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Se consagran tres tipos: la negociación colectiva reglada, la no reglada y la semireglada, que en realidad es una variante de la no reglada.

La modalidad reglada culmina en celebración de contrato colectivo. Puede desarrollarse en la empresa, único nivel en que está asegurado el deber para el empleador, o supraempresa, aunque en este nivel se requiere acuerdo previo de las partes para negociar, por lo que es voluntaria y en la práctica depende de la voluntad del empleador, por lo que no ha tenido desarrollo. No obstante, no significa que en los hechos no exista la negociación más allá de la empresa, como lo demuestran experiencias de negociación colectiva en la subcontratación, en que la empresa principal participa –de manera indirecta y, a veces, directamente en la mesa de negociación- junto a los trabajadores contratistas y sus empleadores. Se trata de un procedimiento reglamentado, con derechos, obligaciones y prerrogativas fijadas en la ley, con fuero para los involucrados y con medios de autotutela. En la negociación de empresa la parte laboral es el sindicato o el grupo negociador y en el nivel supraempresa sólo la organización sindical.

La modalidad no reglada o informal es voluntaria, sin deber de negociar ni de contratar. No se sujeta a los derechos, obligaciones y prerrogativas de la ley para la negociación no reglada, por lo que es sin fuero y sin medios de autotutela. Culmina en celebración de convenio colectivo. A nivel de empresa la puede desarrollar el sindicato y también el grupo negociador, lo que da lugar a una modalidad de negociación semireglada que se rige por normas mínimas de procedimiento que persiguen asegurar la representación y manifestación de una real voluntad colectiva. En el nivel supraempresa la modalidad no reglada está reservada a la organización sindical exclusivamente

También se consagran otros procedimientos de negociación colectiva especial del Sindicato Interempresa: el sindicato plantea una negociación a empleadores que ocupan trabajadores socios del sindicato, pero para cada empleador es facultativo o voluntario negociar con el sindicato; del sindicato que agrupa a trabajadores agrícolas de temporada; y de la gente de mar.<sup>48</sup> Todos de escasa aplicación.

## 2.6 DEBER DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN.

A fin de posibilitar negociaciones informadas la ley contempla un conjunto de antecedentes que el empleador debe proporcionar previo a la negociación a la organización sindical, materia que se refuerza considerablemente en el proyecto de reforma laboral y que en general ha sido valorada favorablemente.

---

<sup>48</sup> Respectivamente, artículos 334 bis, 334 bis A, 334 bis B y 334 bis C; artículos 314 bis A, 314 bis B y 314 bis C; y artículo 386, todos del Código del Trabajo.

El desafío, para la parte laboral, parece estar en contar con la asesoría profesional idónea para procesar la información de la empresa de manera funcional a la negociación colectiva.

## 2.7 MATERIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo. No pueden ser materia de negociación aquellas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

El contenido de los instrumentos colectivos es fundamentalmente normativo, esto es, contemplan estipulaciones relativas a las condiciones de ejecución del trabajo, a las remuneraciones y beneficios de diversa naturaleza, aplicables directamente a las relaciones laborales individuales. En cambio, existe poco desarrollo del contenido obligacional que da cuenta de compromisos que vinculan a las organizaciones negociadoras.

El contenido debe ser *autosuficiente* en el sentido que deben especificar los beneficios y no hacer referencia a contratos anteriores.

## 2.8 EFICACIA PERSONAL Y EXTENSIÓN.

En nuestra legislación el instrumento colectivo tiene una eficacia personal relativa o limitada al empleador y los trabajadores involucrados y representados por las partes negociadoras. La materia se rige, así, por el denominado principio de afiliación (rige a los socios).

La ley no considera un procedimiento administrativo de extensión para obtener la eficacia personal general por la vía gubernamental, pero sí entrega al empleador la facultad para extender la aplicación del instrumento colectivo a trabajadores no afiliados a la organización firmante. Es una facultad unilateral del empleador y los trabajadores beneficiados con la extensión y que ocupan cargos o desempeñan funciones similares a quienes son parte del contrato colectivo, tienen obligación de aportar al sindicato que obtuvo los beneficios, un 75% de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato.

## 2.9 EFICACIA JURÍDICA.

Los instrumentos colectivos se aplican de manera automática (efecto sustitutivo) e imperativa (inderogabilidad) a los contratos individuales de trabajo de los trabajadores representados por la organización negociadora. Es derecho objetivo que existe fuera del contrato individual pero se incorpora a éste. Eso sí, esta eficacia normativa es de aplicación personal restringida a quienes estuvieron involucrados en la negociación.

En materia de articulación de normas, el tema se limita a la concurrencia en el nivel de empresa, ya que no existe negociación colectiva en los niveles supraempresa y de empresa con un mismo ámbito de aplicación personal. En la empresa la ley no permite dos contratos colectivos para el mismo ámbito personal de aplicación.

La concurrencia de normas se resuelve conforme a las reglas siguientes:

- a) En principio, se aplica la norma más favorable para el trabajador, aunque no sea la de superior jerarquía normativa.
- b) Prevalce el contrato colectivo sobre el contrato individual de trabajo, *in peius* o *in mellius*, sea más favorable o no. Se impone, así, la voluntad colectiva por sobre la voluntad individual.
- c) En materia de sucesión de contratos o convenios colectivos, el posterior deroga al anterior, y los contratos individuales pasarán a regirse por el nuevo contrato colectivo.
- d) El contrato posterior puede establecer condiciones menos favorables que el contrato colectivo anterior (derogabilidad o *reformatio in peius*).
- e) Todo lo anterior, desde luego, en la medida que el contenido del instrumento colectivo respete los derechos legales mínimos.

También se consagra la eficacia *ultra termine* más allá de la fecha pactada para su vencimiento, en caso de no celebración de un nuevo instrumento colectivo, con ciertas particularidades.

## **2.10 INTERPRETACIÓN DEL INSTRUMENTO COLECTIVO.**

La administración del instrumento colectivo conlleva la necesidad de dar solución a los problemas de interpretación durante su vigencia. En Chile la interpretación se efectúa conforme a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil, artículos 1560 a 1566, siendo lo relevante la intención de los contratantes. Especial relevancia revisten la regla de conducta y lo que ocurre en la realidad.

La norma convencional colectiva puede ser interpretada por las propias partes, y en caso de controversia, corresponde a los Tribunales de Justicia decidir el correcto sentido y alcance. Se ha discutido acerca de las facultades interpretativas de contratos de la Dirección del Trabajo.

## **2.11 DURACIÓN Y VIGENCIA.**

El instrumento colectivo debe tener una duración no menor de 2 ni mayor de 4 años, y su vigencia es a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato anterior (o al de su suscripción si no existiese contrato anterior). Si se hubiese hecho efectiva la huelga, la vigencia será a contar de la fecha de celebración del contrato y la duración se cuenta a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato anterior.

## **2.12 CUMPLIMIENTO DEL INSTRUMENTO COLECTIVO.**

El contrato o convenio colectivo tiene mérito ejecutivo, por lo que el cumplimiento de sus estipulaciones puede perseguirse mediante la ejecución forzada. Requisitos para esto es que la obligación conste en el título, sea líquida, actualmente exigible y no esté prescrita.

## **3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO DEL TRABAJO**

El Proyecto de Ley modifica o incorpora materias sobre la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga, el derecho de información, y las conductas y sanción de

las prácticas contrarias a la libertad sindical y desleales en la negociación colectiva. La proposición comprende así una reforma a los tres institutos que conforman el derecho colectivo o derecho sindical del trabajo.<sup>49</sup>

En esta presentación nos referiremos únicamente a las normas modificatorias más relevantes de la negociación colectiva propiamente tal.<sup>50</sup>

### 3.1 ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN.

La reforma plantea eliminar la prohibición de negociar colectivamente a los trabajadores contratados para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada, y mantener la exclusión solo a quienes efectivamente ejecuten funciones de confianza o nivel directivo superior acreditables.

Es así que se consagra que están impedidos de ejercer el derecho a negociar colectivamente los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. Lo anterior importa que para quedar comprendido dentro de la exclusión será necesario, en primer lugar, que el trabajador posea facultades expresas de representación del empleador. Como se sabe, la fuente de la representación puede ser legal, cual es el caso, por ejemplo, del gerente en la sociedad anónima, o convencional, que se deriva del mandato. En segundo lugar, el trabajador debe poseer facultades generales de administración, lo que, a nuestro entender, corresponde a los actos de administración ordinarios a que hace referencia la legislación común. De esta forma, lo relevante no son las atribuciones directivas respecto de políticas o procesos productivos, sino que, más bien, que el trabajador tenga la posibilidad de realizar actos de administración en forma general, y no para un negocio específico.

En cuanto a la posibilidad de reclamar de la exclusión consignada en el contrato de trabajo, la nueva norma entrega esta facultad no solo al trabajador respectivo sino también a la organización sindical a que se encuentre afiliado el trabajador.

### 3.2 TITULARIDAD SINDICAL.

Con el propósito de fomentar la afiliación sindical y fortalecer la representación del sindicato, el Proyecto contempla a la organización sindical como el sujeto de la negociación colectiva, quedando el grupo negociador o conjunto de trabajadores que se unen con el solo propósito de negociar relegado a una posición secundaria, conservando titularidad para negociar colectivamente únicamente para el caso que no exista sindicato en la empresa. Las

---

<sup>49</sup> Proyecto de Ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, Boletín N° 9.835-13, presentado por la Presidenta de la República al Congreso Nacional el 29 de diciembre de 2014. Una vez aprobada la ley, entrará en vigencia “el día primero del séptimo mes posterior a su publicación en el Diario Oficial” (artículo primero de las Disposiciones Transitorias del texto aprobado en general por el Senado).

<sup>50</sup> El estado de avance de la tramitación legislativa, para efectos de este trabajo, considera el texto aprobado en general por la Comisión de Trabajo y Previsión del Senado en las sesiones del 30 de septiembre, 7, 13, 14 y 15 de octubre de 2015, y las Indicaciones al Proyecto de Ley de la Presidenta de la República presentadas el 12 de septiembre de 2015.



normas sobre titularidad sindical tendrán aplicación inmediata, a partir de la fecha de publicación de la ley.

Esta titularidad sindical se consagra tanto en la definición de negociación colectiva contenida en la norma general como en las normas especiales sobre los procedimientos de negociación reglado o no reglado y que reservan la denominación de contrato colectivo y de convenio colectivo para los instrumentos celebrados por organizaciones sindicales, y la de acuerdo de grupo negociador para el acuerdo suscrito bajo las normas de la negociación semi-reglada.<sup>51</sup>

Al respecto se ha formulado reserva de constitucionalidad por un grupo de senadores que estiman que la titularidad sindical implica una afiliación obligatoria que atenta contra la libertad sindical individual de los trabajadores, por lo que, en caso de no alcanzarse un acuerdo entre los parlamentarios de gobierno y oposición durante lo que resta del trámite de formación de la ley, es previsible que será el Tribunal Constitucional el que terminará resolviendo esta importante cuestión.<sup>52</sup>

Por otra parte, el Proyecto también establece que el sindicato interempresa podrá negociar colectivamente en forma reglada en la empresa, siempre y cuando cuente con el mismo quórum de afiliados del sindicato de empresa. La comisión negociadora sindical deberá estar integrada por los delegados sindicales que tenga en la empresa respectiva y un representante de la directiva del sindicato. El sindicato interempresa también podrá desarrollar negociación no reglada.

Asimismo, se contempla un procedimiento especial de negociación colectiva de la organización sindical que afilie a trabajadores eventuales, de temporada o de obra o faena

---

<sup>51</sup> La norma general es el artículo 303 con que se inicia el libro IV del Código del Trabajo, que define la negociación colectiva y determina las partes y su objetivo, estableciendo que la negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, conforme a cualquiera de los procedimientos de negociación establecidos en el Código del Trabajo, en forma reglada o no reglada y directa, y disponiendo que en las empresas en que no exista sindicato con derecho a negociar, podrán hacerlo los grupos de trabajadores unidos para ese efecto según las reglas de la negociación semi reglada. Por su parte, esta titularidad sindical se manifiesta en las normas especiales aplicables al contrato colectivo y convenio colectivo celebrado por la organización sindical, en función del procedimiento de generación del instrumento colectivo, y a las que regulan el acuerdo surgido de la modalidad semi reglada de negociación del grupo negociador (artículo 321 y ss. y artículo 328 y ss.).

<sup>52</sup> Al tratarse esta materia en la Comisión de Trabajo del Senado, en octubre de 2015, los senadores Allamand y Larraín formularon reserva de constitucionalidad y analizan un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, en rechazo a lo que consideran una vulneración de la libertad sindical. Sostienen que la Constitución establece que la negociación colectiva es un derecho de los trabajadores, lo ejerzan de forma individual o en grupo. Además, dicen que nadie puede ser obligado a una asociación determinada y que, por lo tanto, asociarse o pertenecer a un sindicato es un ejercicio voluntario. Señalan que establecer un monopolio sindical para la negociación colectiva afecta los derechos de los trabajadores, disminuye la cobertura de la negociación y quita derechos a los trabajadores, agregando que en adelante sólo podrán negociar con derecho a huelga aquellos que estén afiliados a un sindicato. La senadora Goic, por su parte, señaló que el reconocimiento del sindicato como la instancia que debe negociar colectivamente con la empresa no viola sino que cautela la libertad sindical, ya que nadie está obligado a formar un sindicato para negociar, puede haber más de un sindicato en una empresa y además existe un quórum mínimo para constituirlos. El Subsecretario del Trabajo, Francisco Javier Díaz, señaló en la Comisión que el Ejecutivo no tiene *ninguna duda* respecto de la constitucionalidad de esta normativa que constituye uno de los principios esenciales del proyecto de ley, pues la propia Constitución mandata expresamente a que una ley establezca las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva, que es precisamente lo que regula el proyecto de ley.

transitoria, sin perjuicio de poder desarrollar negociación no reglada. El procedimiento especial es obligatorio para el empleador solo en el caso que la obra o faena transitoria tenga una duración superior a doce meses (la obra o faena, no el contrato de trabajo), pero sin fuero y derecho a huelga por parte de los trabajadores. La negociación podrá iniciarse con la presentación de un proyecto de convenio colectivo una vez iniciada la obra o faena transitoria.

### 3.3 NIVEL DE LA NEGOCIACIÓN Y UNIDAD DE CONTRATACIÓN.

En esta materia el Proyecto no innova. La decisión gubernamental *ab initio* fue la de mantener centrada en la empresa la negociación y no ampliar la discusión a la negociación por rama, categoría o actividad.<sup>53</sup>

Al no contemplarse en la proposición de reforma cambios en el nivel de negociación, es esperable entonces que la unidad de contratación colectiva predominante seguirá siendo la empresa, y la estructura sindical, por lo mismo, se mantendrá dominada por la organización sindical al mismo nivel, única con titularidad legal para negociar colectivamente.

El procedimiento especial de negociación colectiva reglada del sindicato interempresa que se agrega, obligatoria para el empleador, no altera sustantivamente el actual modelo normativo marcadamente heterónimo, si bien dependerá del mundo laboral apreciar y aprovechar los espacios para la autonomía colectiva que abre esta modalidad. Dependiendo de la capacidad, disciplina y convicción del movimiento sindical, la organización sindical con afiliación en diversas empresas –el sindicato interempresa- puede servir de instrumento para impulsar procesos que, desde fuera, incidan en el desarrollo de relaciones colectivas en cada unidad empresarial.

La decisión de no introducir al debate la posibilidad de establecer distintos niveles de negociación impidió contar con la oportunidad para discutir abierta y desapasionadamente las ventajas y desventajas de un sistema más plural de ámbitos de contratación colectiva, así como de los institutos y reglas de articulación de los acuerdos alcanzados en cada nivel aplicables en experiencias comparadas que contemplan esta clase de negociación.

### 3.4 EFICACIA PERSONAL Y EXTENSIÓN DE BENEFICIOS.

La reforma mantiene la eficacia relativa del instrumento colectivo, cualquiera sea la denominación que éste tenga -contrato colectivo, convenio colectivo o acuerdo de grupo negociador- según el titular y el procedimiento de generación. Sus estipulaciones se aplican únicamente a los involucrados en la negociación.

La vinculación del trabajador es con el instrumento colectivo, quien se mantiene afecto a éste aun cuando se desafíe o cambie de afiliación sindical. En estos casos el

---

<sup>53</sup> El artículo 3 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.760 de 2014, contempla una nueva unidad de contratación colectiva, el empleador común o único empleador, cuando dos o más empresas cuentan con un único centro o poder de dirección laboral, que tiene como consecuencia en el plano del derecho colectivo la posibilidad de desarrollar una negociación colectiva reglada en el conjunto de empresas, materia que en todo caso no cambia el panorama fuertemente heterónimo respecto del modelo normativo centrado en la empresa de la negociación, toda vez que el supuesto de la norma, y que es refrendado por la decisión jurisdiccional, es que las diversas empresas constituyen, en verdad, *un único empleador*.

trabajador deberá seguir pagando la cuota mensual ordinaria al sindicato al que pertenecía y que negoció el instrumento colectivo, durante toda la vigencia de ese instrumento, y solo al término de la vigencia del instrumento colectivo el trabajador pasará a estar afecto al celebrado por el sindicato al que se hubiere afiliado.

Durante la negociación colectiva el sindicato podrá afiliar nuevos trabajadores, quienes quedarán afectos a la negociación en curso si lo hacen hasta el quinto día de presentado el Proyecto, debiendo el sindicato informar de esto al empleador al segundo día de producida la afiliación. Como el empleador contará con diez días para responder el proyecto de contrato colectivo, al séptimo día de dicho plazo conocerá el número total de trabajadores involucrados en la negociación.

Por otra parte, la reforma elimina la extensión de beneficios a trabajadores que ocupan o desempeñan igual o similares cargos que los afiliados a la organización sindical, derecho con que cuenta hoy el empleador y que le permite aplicar, a su sola voluntad, a todos los trabajadores el resultado de la negociación. En su reemplazo se establece la *extensión automática de los beneficios pactados* por un sindicato a los trabajadores que posteriormente se afilien a la organización sindical, caso en el cual el trabajador sindicalizado tendrá derecho a los beneficios que se devenguen a partir de la comunicación al empleador de su afiliación.

Asimismo, se consagra el denominado *acuerdo de extensión*: el sindicato negociador y el empleador respectivo, podrán acordar aplicar total o parcialmente las estipulaciones de un instrumento colectivo, a los trabajadores sin afiliación sindical. Para acceder a los beneficios, el trabajador sin afiliación sindical deberá aceptar la extensión y obligarse a pagar la totalidad de la cuota sindical del sindicato respectivo, según lo establezca el acuerdo. El acuerdo de extensión deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical, disposición que apunta a impedir que el acuerdo pueda ser discriminatorio respecto de los trabajadores a los que se aplicará la extensión. Respecto de esta forma de extensión se ha formulado reserva de constitucionalidad, por lo que, al igual que la titularidad sindical, podría terminar siendo revisada y, en definitiva, sancionadas en su aplicación por el Tribunal Constitucional.<sup>54</sup>

Sin contar con el acuerdo, la extensión unilateral del empleador será una práctica antisindical, aunque se especifica que no constituye práctica antisindical los acuerdos individuales sobre remuneraciones o beneficios que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador.

No obstante, se permite al empleador extender a todos los trabajadores las cláusulas de reajustabilidad de las remuneraciones según la variación experimentada por el IPC, siempre y cuando este reajuste esté contemplado en la respuesta del empleador al proyecto de contrato colectivo.

### 3.5 PISO DE LA NEGOCIACIÓN.

---

<sup>54</sup> Los senadores Allamand y Larraín, miembros de la Comisión de Trabajo del Senado, formularon reserva de constitucionalidad y analizan un requerimiento ante el Tribunal Constitucional por estimar que esta normativa obligará a los trabajadores a afiliarse al sindicato para obtener los beneficios de la negociación, lo cual importa subordinar los derechos individuales de los trabajadores a los derechos colectivos. Sostienen que es sensata una medida que permita la extensión de beneficios para los trabajadores no afiliados, fundado en el acuerdo que pueda existir entre el empleador y sus trabajadores.

La respuesta del empleador deberá contener, como mínimo, el *piso de la negociación*, entendiéndose por tal idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato colectivo. No se entienden incluidos en el piso de la negociación la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo, como el denominado bono de término de negociación o de conflicto, o bono por negociación eficaz o anticipada. El acuerdo de extensión de beneficios que forme parte de un instrumento colectivo, tampoco constituye piso de la negociación. Si no existe instrumento colectivo vigente, la respuesta del empleador constituirá el piso de la negociación.

Con todo, la reforma no consagra una especie de condición más beneficiosa de las estipulaciones del instrumento colectivo vigente, las cuales podrían ser mejoradas más jamás disminuidas en la nueva contratación, impidiéndose así la negociación colectiva *in peius*. No se establece la obligación de contratar, como mínimo, las mismas estipulaciones que forman el piso de la negociación, sino que las partes podrán discutir en la negociación todas las materias comprendidas en el proyecto y en la respuesta, y las que de común acuerdo definan, incluyendo modificaciones al piso de la negociación, pudiendo rebajarlo cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen. La calificación de esta situación abre una vía de conflicto entre las partes.

Por último, la reforma mantiene el denominado *contrato colectivo forzado* o derecho a suscribir un contrato con iguales estipulaciones a las del instrumento colectivo vigente. En efecto, se consagra que durante todo el período de negociación, incluida la huelga, la comisión negociadora sindical podrá poner término al proceso de negociación colectiva comunicándole al empleador su decisión de suscribir un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación, el que tendrá una duración de dieciocho meses. El empleador no podrá negarse *salvo cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen*, condición que al ser invocada por el empleador podría llevar a la parte sindical a cuestionar la decisión y pedir su calificación.

### 3.6 PACTOS DE ADAPTABILIDAD.

Respecto de las materias de negociación sin duda la novedad del Proyecto está en la posibilidad de negociar pactos sobre la jornada en condiciones especiales de trabajo. Se propone, entonces, incorporar la flexibilidad pactada vía contratación colectiva de los mínimos legales sobre jornada de trabajo.

En efecto, el Proyecto establece la ampliación de materias objeto de la negociación en empresas con afiliación sindical representativa, al facultar a las partes, otorgándoles autonomía, para negociar pactos de condiciones especiales de trabajo en las empresas en que exista una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de trabajadores de la empresa. Solo podrán acordarse en forma directa y fuera de la negociación colectiva reglada y la duración máxima de los pactos será de tres años. La aprobación por parte del sindicato se sujetará a lo que establezcan sus estatutos, y si éstos nada dijeren, requerirán aprobación de la mayoría absoluta, en asamblea convocada al efecto y ante ministro de fe.

Los pactos se aplicarán a los trabajadores representados por la organización sindical que los celebró y para aplicar el pacto a trabajadores sin afiliación sindical se requerirá de su consentimiento individual expreso, en forma escrita.

Las materias de los pactos serán: sobre sistemas excepcionales de distribución de jornada y descansos; de horas extraordinarias (durante la huelga no podrá utilizarse este pacto); sobre tiempo de preparación para trabajar y jornada pasiva (cambio de vestuario, aseo personal, traslados, aclimatación u otros); y sobre distribución de la jornada ordinaria semanal de trabajo en cuatro días.

Se prevé gradualidad en la implementación de los pactos de adaptabilidad en lo que respecta al porcentaje de representatividad: a partir de la entrada en vigencia de la ley y por los primeros 24 meses, el pacto requerirá 50% de afiliación sindical en la empresa; a partir del mes 25 contado desde la publicación de la ley, la norma de régimen será 30% de afiliación sindical. Con todo, el pacto de horas extraordinarias solo podrá acordarse a contar del primer día del mes 25 posterior a la publicación de la ley.

# ULTRA ACTIVIDAD DEL INSTRUMENTO COLECTIVO EN LA REFORMA LABORAL

JORGE OGALDE MÚÑOZ\*

## 1. MARCO TEÓRICO EN QUE SE INSERTA LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS

Se pretende designar con “ultraactividad” un particular efecto de los instrumentos colectivos en el sentido que resultan “activos” o aplicables más allá de lo que normalmente se esperaría de ellos. La palabra no está expresamente reconocida<sup>55</sup>, pero con la expresión “ultra” estaría designando la noción de “más allá de” o expresando la “idea de exceso”.

Se trata pues de un efecto de los instrumentos colectivos, que les permitiría seguir produciendo efectos más allá de su vigencia, lo que no resulta fácil de entender ni de aceptar, sin buscar explicaciones en la naturaleza jurídica del instrumento colectivo y en los efectos que está llamado a producir.

### 1.1. REVISIÓN SOMERA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTRUMENTO COLECTIVO.

No existe una uniformidad de nomenclatura entre los distintos ordenamientos y autores respecto de las diferencias entre contratos colectivos, convenios colectivos, pactos colectivos, contratos de empresa, protocolos, etcétera, de modo que, seguiremos las designaciones hasta ahora utilizadas por nuestra legislación y, sentido genérico, nos referiremos a todos estos acuerdos producto de negociaciones colectivas, en cualquiera de sus formas, como “instrumentos colectivos” (así los denomina el Código del Trabajo y también el Proyecto de Reforma). Sea cual fuere la denominación o las diferentes características que permitan distinguir entre unos y otros en cada ordenamiento, todas reafirman “la noción universal y genérica de considerarse como un acuerdo general sobre las condiciones de trabajo a que se sujetarán los contratos a celebrarse los trabajadores beneficiarios de sus estipulaciones”. Vale la pena recordar que “el propósito de superar las insuficiencias de la contratación individual es el que determina la aparición y la naturaleza del convenio colectivo” (AFANOR, 1994).

Desde luego no entraremos a explicar las conocidas corrientes doctrinarias que explican la naturaleza jurídica del instrumento colectivo, algunas ya superadas según la doctrina comparada, y que suelen agruparse en **tesis contractualistas o civilistas** (basadas en la autonomía de la voluntad y libertad contractual, entre ellas teoría de la gestión de negocios, del mandato puro o simple, del mandato complejo, la personalidad moral o ficticia, de la estipulación a favor de otro, la concepción de un contrato preparatorio o de precontrato, contrato innominado, contrato por adhesión, de la gestión de negocios o, incluso como un contrato global), **tesis administrativas o de transición** (producto del avance como reguladoras de las condiciones de trabajo de núcleos de trabajadores por fuera

---

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (Concepción).

<sup>55</sup> No al menos hasta la 23ª edición del 2014 del Diccionario de la Real Academia Española. Cabe precisar que el Mensaje de Proyecto utilizaba la expresión “ultra actividad”, pero la última indicación presidencial emplea “ultraactividad”.

del ámbito único del derecho civil, generando instituciones jurídicas que superaban la concepción civil en su finalidad y trascendencia, entre ellas tomando en cuenta la forma de acto reglamentario de la administración al requerirse aprobación de la administración, como uso o costumbre profesional, de la solidaridad necesaria, del pacto social, del orden público) y como **normas de origen contractual o jurídico - sociales** (mezcla de normas y de acuerdo que le otorga una naturaleza dual, con semejanzas con las doctrinas de la convención-ley, acto-regla o institución-regla, ya que gozan de una particular autonomía normativa con carácter asimilable a la ley para regular derechos y obligaciones como fuente de derecho objetivo, como sería la teoría de la ley delegada, carácter mixto de ley de contrato, ordenamiento corporativo, teoría de la institución, de derecho de la empresa o, incluso en la teoría normativa de Kelsen).<sup>56</sup> Traemos a colación estas visiones o explicaciones del acuerdo colectivo para poner de relieve que a estas alturas prácticamente no cabe duda que el instrumento colectivo contiene elementos contractuales y normativos de los que se derivan efectos<sup>57</sup>. La naturaleza obligacional genera cláusulas con derechos y obligaciones para quienes lo conciertan; pero también tiene una naturaleza normativa de la que se deriva que “se impone al del contrato individual de trabajo” que, de esta forma, está impedido de establecer condiciones al trabajador menos favorables o contrarias a las fijadas por el instrumento colectivo<sup>58</sup>. Entre estos efectos se encuentra la posibilidad que “los derechos y obligaciones establecidas en él se incorporen automática y necesariamente a las relaciones de trabajo incluidas en el ámbito del pacto colectivo, y no pueden ser excluidas de los contratos individuales, aunque sí mejoradas por éstos en favor de los trabajadores” (MONTTOYA, 1993, p. 152).

## 1.2. REVISIÓN SOMERA DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS COLECTIVAS.

Para entender la mecánica ultraactiva de los instrumentos colectivos es preciso detenerse, aunque brevemente, en el tipo de cláusulas y, luego, en los efectos que están llamadas a producir.

Las **cláusulas obligacionales** corresponden a aquéllas en que los representantes de las partes asumen obligaciones directas, compromisos no sólo ligados a la vigencia del convenio colectivo y a sus relaciones colectivas recíprocas, sino también al mejor ejercicio de la función sindical en el ámbito de trabajo. Por ello afectan o se aplican a los sujetos contratantes y, si entendemos por tal a la(s) organización(es) sindical(es) respectiva(s) y el empleador(es) u organización de éstos, se comprende que estas cláusulas o disposiciones obligacionales sean básicamente de defensa de lo acordado con carácter normativo, por

---

<sup>56</sup> AFANOR (1994) pp. 197 – 204.

<sup>57</sup> Aunque un autor tan relevante de la primera mitad siglo XX como Mario de la Cueva haya criticado el carácter “dual” al que veía como el último bastión del derecho civil, ya que criticaba que el acuerdo previo de voluntades entre asociaciones obreras y empresarios constituya un elemento esencial que legitime las convenciones colectivas y que, por lo mismo, deban concurrir elementos obligacionales y normativos, entendiendo el primero como creador de derechos y obligaciones concretos, en tanto que el segundo sería una fuente de derecho objetivo, de modo que el elemento obligacional podría faltar, por no ser un fin en sí mismo, sino un método para garantizar la efectividad del elemento normativo.

<sup>58</sup> La distinción entre cláusulas o efectos obligacionales y normativos sería de origen alemán que se atribuye a Philip Lotmar, según MONTTOYA (1993) p. 177.

ejemplo, las que prevén la aplicación de un procedimiento arbitral para los diferendos de la aplicación o cumplimiento de la convención.

En cambio, tendrían carácter de **cláusulas normativas** las que regulan las relaciones individuales de trabajo durante la vigencia de la convención, con prescindencia de lo pactado en el contrato de trabajo<sup>59</sup>. Estas cláusulas se terminan imponiendo desde fuera de la relación contractual entre empleador y trabajador. Sin embargo, más que distinguir tipos de cláusula en los instrumentos colectivos (materia en la cual difícilmente habrá consenso, máxime considerando las distintas realidades que pueden presentarse en los diferentes ordenamientos y considerando además que algunas cláusulas además pueden participar al mismo tiempo de más de una naturaleza), resulta conveniente distinguir a nivel de efectos o eficacia del instrumento colectivo.

### 1.3. REVISIÓN SOMERA DE LOS EFECTOS DE LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS.

#### a) *Efecto obligatorio.*

Es el efecto de las cláusulas obligatorias que, a su vez, contienen las reglas que tratan de asegurar la efectividad del elemento normativo y por las que se fijan obligaciones que contraen cada una de las partes que celebran el contrato colectivo. Opera como lo hace un contrato en sentido tradicional, generando derechos y obligaciones recíprocos entre las partes suscribientes del mismo, entendiendo por tal al empleador(es) u organización(es) de estos y la(s) organización(es) sindical(es).

Así, tienden a asegurar la efectividad de las cláusulas normativas, como ocurre con las que fijan reglas de interpretación del instrumento o la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas o de resolver las controversias a que dé origen el contrato (art. 345 inciso 2º del Código del Trabajo).

También sus efectos pueden generar obligaciones del empleador a favor de la organización sindical, como el proporcionar medios para actividades de éste, local para su operación u otros.

#### b) *Efecto normativo.*

La eficacia normativa del instrumento dice relación con la obligación de los involucrados de ajustar los contratos individuales de trabajo ya en vigencia y los que se celebren en el futuro a las condiciones comunes de trabajo y remuneración en él establecidas, las cuales de esta forma adquieren el valor de norma, lo que permite afirmar que por la convención colectiva se crean normas a las que deberán ajustarse las relaciones individuales regidas por aquélla<sup>60</sup>. Es la parte normativa del instrumento colectivo la que se

---

<sup>59</sup> MARTÍN et. al (2000) p. 292. Esta clasificación es sin perjuicio de otras posibles clasificaciones o tipos de cláusulas como serían las de “carácter general” o “de encuadramiento” (enunciativas del contenido general de la convención o para determinar aspectos comunes para las partes como el nombre de la empresa o establecimiento, lugar donde regirá, plazos de vigencia, etc.), las “sindicales” (que serían las que se acuerdan para el beneficio de la organización sindical tales como aportes, recaudación de cuotas especiales, permisos especiales, etc.), las cláusulas “de gestión” (para velar por la aplicación y administración de pactado), y las “transitorias o accidentales” (como las que ponen fin a sanciones contra trabajadores, a reclamos por no cumplimiento de situaciones derivadas de la negociación anterior, etc.).

<sup>60</sup> LANATA (2012) p. 261 ss.



vincula con la relación individual ya que están referidas a las condiciones de trabajo, que se incorporan a las relaciones individuales de trabajo en consecuencia<sup>61</sup>.

Es el carácter normativo del instrumento colectivo lo que justifica que sea considerado una fuente del derecho. El efecto normativo de las cláusulas colectivas respecto de los contratos individuales genera una relación igual a la que tienen las normas públicas con las primeras, o sea que las normas del contrato individual quedan por debajo de las colectivas<sup>62</sup>. Asimismo este particular efecto permite que en algunos sistemas las infracciones a esta parte normativa tengan aparejada sanción administrativa (como lo señala el artículo 349 inciso 2° del Código del Trabajo) y que, en lo que aquí más interesa, las cláusulas normativas del convenio denunciado y vencido prolonguen su vigencia (“ultraactividad”) hasta la entrada en vigor del siguiente convenio<sup>63</sup>.

Precisamente en cuanto a la duración del instrumento colectivo, por las características de la parte normativa del instrumento mismo, la doctrina en general prevé que la duración de los instrumentos sea fijada por las partes, incluso aceptando plazos de vigencia diferenciados para distintas materias, o requiriendo denuncia expresa de cualquiera de las partes llegado el plazo respectivo que, de no haberse pactado en contrario la terminación ipso facto al vencimiento del plazo, la falta de denuncia pueda provocar renovaciones automáticas por períodos definidos. Y terminada la vigencia del instrumento, se agotan las cláusulas obligacionales pero se mantienen transitoriamente las cláusulas normativas con el objeto de evitar un vacío de regulación entre la expiración del convenio y la entrada en vigor del que le suceda, lo que se conoce como “ultraactividad”.

c) *Eficacia personal.*

Paralelamente cabe revisar la eficacia personal del efecto normativo, la que podría estar limitada a los trabajadores y empresarios pactantes (en cuyo caso tendría una eficacia normativa limitada) o bien podría extenderse a todos los trabajadores y empleadores incluidos en el ámbito funcional y territorial del convenio, con independencia de su afiliación sindical o, incluso, con independencia de su no afiliación sindical o asociativa (sería una eficacia normativa general o erga omnes)<sup>64</sup>. De allí que se distinga entre eficacia “normativa”, por una parte, y eficacia “personal” por otra, concluyéndose que en Chile está presente el efecto normativo, pero con una eficacia personal limitada<sup>65</sup>.

El desarrollo histórico de los instrumentos colectivos y “su vocación y representación de intereses colectivos determina la tendencia a la extensión de ámbito de eficacia personal” (GAMONAL, 2002, p. 361). Sin embargo, nuestro sistema opta por una eficacia personal claramente limitada, esto es circunscribiendo sus efectos a quienes estaban expresamente representados por las partes negociadoras. Por tal razón no se

---

<sup>61</sup> MARTÍNEZ (1996) p. 549.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ (1996) p. 557.

<sup>63</sup> MONTOYA (1993) p. 178.

<sup>64</sup> MONTOYA (1993) p. 165 ss.

<sup>65</sup> GAMONAL (2002) p. 347 ss.

contempla ninguna de las variantes que se aprecian en otros ordenamientos para reconocer al instrumento colectivo un efecto general o erga omnes<sup>66</sup>.

d) *Efectos en nuestra legislación.*

El tema ha sido tratado con mayor detención por Sergio Gamonal quien, en las IX Jornadas Chilenas de Derecho del Trabajo<sup>67</sup>, presentó un trabajo sobre los efectos del contrato colectivo y luego lo hizo en su principal libro sobre el tema<sup>68</sup>. Encuentra en nuestro sistema tanto efectos obligatorios como normativos de los instrumentos colectivos<sup>69</sup>. Entre los primeros (que pueden ser fácilmente asimilados a los efectos de los contratos en derecho común, pues empecen a las partes o sujetos de la negociación como sujetos de derecho colectivo) se encontrarían regulaciones colectivas sobre permisos sindicales, pagos de los mismos, aportes al sindicato, establecimiento de sede sindical al interior de la empresa y los pactos de tregua sindical (necesarios en aquellos sistemas en que el ejercicio del derecho a huelga no está regulado o limitado por la ley, como ocurre en el nuestro). Entre los segundos efectos (normativos) se cumplen a través de las cláusulas que determinan el régimen económico y las condiciones de trabajo de los trabajadores afectos al instrumento colectivo. Este efecto es esencial para el instrumento colectivo y su denominación deja entrever la vocación normativa de las condiciones de trabajo que contempla el instrumento colectivo.

Sin embargo, nos parece que aunque tanto el efecto obligatorio como el normativo, tienen amplio reconocimiento doctrinario, son difíciles de visualizar y distinguir en nuestro ordenamiento laboral. El alcance obligatorio supone efectos en relación a las partes concurrentes del instrumento colectivo, partiendo de la base que serán la organización de trabajadores y el o los empleadores. Sin embargo, no está claro (no al menos antes del Proyecto) que el sujeto del contrato colectivo sea la organización sindical y no los trabajadores representados por ésta. Son varias las normas que permiten concluir que es el sindicato u organización sindical no es parte del instrumento colectivo en Chile, lo que unido a que la negociación colectiva se da a nivel de empresa, hace muy difícil (pero no imposible) cláusulas y efectos obligacionales. Así, el efecto obligatorio que normalmente se expresa como un efecto aplicable a los sujetos colectivos de la negociación o a sus representantes, en realidad o no tienen mayor aplicación o, si la llegare a tener, su alcance será muy limitado y su denominación merecería dudas, pues si el sindicato u organización resultare beneficiado por este efecto, no es claro que sea en calidad de “parte” de la negociación, y que pueda por tanto asimilarse fácilmente a un efecto contractual civil normal (que es lo propio de los efectos obligacionales de los instrumentos colectivos). En

---

<sup>66</sup> GAMONAL (2002) pp. 362 – 363.

<sup>67</sup> Celebradas en 1998, Universidad de Concepción.

<sup>68</sup> GAMONAL (2002) p. 347 ss.

<sup>69</sup> Incluso agrega un posible efecto “constitutivo” que eventualmente pudiera distinguirse del efecto normativo, que se produciría cuanto el instrumento colectivo habilita o permite ciertas formas de contratación o de ejecución no permitidas o contempladas en la ley, siendo utilizado como un mecanismo de flexibilización de la relación laboral, tan defendido por algunos economistas como una forma de adecuar la operación de la empresa a las exigencias de una creciente competencia.

todo caso, el eventual efecto obligatorio de lo acordado colectivamente, si bien resulta limitado en los contratos colectivos pactados a nivel de empresa, que es lo que nuestro ordenamiento ampara (art. 19 N° 16 inciso 5° de la Constitución Política de la República) y regula, era todavía más exiguo en el ordenamiento original asumido desde la aplicación del Plan Laboral<sup>70</sup>.

Por su parte, el efecto normativo, cuya denominación hace alusión a los efectos del tipo legal o heterónimo del contrato colectivo, tampoco hace honor a su nombre, desde que en realidad los efectos del instrumento se aplicarán a quienes han sido parte del mismo y sólo muy excepcionalmente a otros trabajadores que no han participado en su acuerdo. Este carácter excepcional de un efecto personal general resulta reforzado en el Proyecto y se relaciona con el efecto personal. Se ha postulado que nuestro sistema a todas luces ha optado por una eficacia normativa limitada y que sólo por decisión del empleador podía llegar a extenderse más allá de los pactantes (artículos 322 y 346 del Código del Trabajo) y que, con la reforma en trámite, esa eficacia normativa, que ya era limitada o restringida, resulta todavía más acentuada, desde que, conforme al artículo 323 de la norma reformada cualquier aplicación más allá de las partes, que no se refiera al reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC (y siempre que dicho reajuste se haya contemplado en la respuesta del empleador al proyecto de contrato colectivo), requiere de acuerdo no solamente del sindicato y del empleador concurrentes al instrumento, sino también de aquellos a quienes pudiere llegar a aplicarse, aceptando la extensión y la obligación de pagar la totalidad de la cuota ordinaria. Esto no se compensa y, al revés, resulta acentuado, con el propio artículo 323 del Proyecto que otorga de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorpore.

Sin embargo, esto no obsta a que existe un efecto colectivo en el sentido que el instrumento colectivo puede crear obligaciones para quienes no concurren a su celebración o que, concurriendo, se opusieron a él. Manifestación de lo primero puede ser el artículo 346<sup>71</sup> y el artículo 322 relacionado con el anterior (ambos del Código del Trabajo, en adelante “el Código”); y de lo segundo los que aceptan en forma minoritaria la última oferta y deben seguir afectos a la negociación o que simplemente no están de acuerdo o no votan, pero quedan igualmente regidos por el instrumento colectivo (lo que puede apreciarse en los artículos 328, 370, 373, 378 del Código del Trabajo).

A su vez, la eficacia o efecto normativo, siguiendo la propuesta de análisis que formulara GAMONAL puede expresarse en un efecto imperativo o real, un efecto de inderogabilidad in peius y un efecto de ultraactividad.

El **efecto imperativo, real o “sustitutivo”** corresponde al reemplazo de las cláusulas individuales sobre la misma materia por aquellas contenidas en el instrumento colectivo, lo que se produce de modo automático<sup>72</sup>. Cabe señalar que conforme al mismo, la norma colectiva se impone sobre la estipulación individual, sea o no más favorable al trabajador, siendo el único límite la intangibilidad de los derechos legales que son

---

<sup>70</sup> MACCHIAVELO (1989) p. 416 ss.

<sup>71</sup> En cuanto a su alcance e interpretación véase: GAMONAL (2002) p. 365 ss.; LANATA (2012) p. 268 ss.

<sup>72</sup> VARAS (2015) p. 75.

irrenunciables. El instrumento técnico utilizado por nuestra legislación es la incorporación de las normas colectivas al contrato individual ya que aquéllas “reemplazan” las del acuerdo individual, lo que ha tenido variadas críticas, ya que correspondería que simplemente se “agregaran” a lo pactado individualmente o, si se prefiere, se produzca una “recepción provisoria” de lo pactado colectivamente a nivel individual, cesando una vez expirada la vigencia del acuerdo colectivo. Tal como está, se produciría al decir del autor citado, un “efecto sustitutivo automático” ya que opera de pleno derecho, sin necesidad de reproducción y se mantendrá permanentemente incorporado en el contrato individual. De esta forma los derechos y obligaciones establecidos en el instrumento colectivo se incorporan automática y necesariamente a las relaciones de trabajo incluidas en el ámbito del pacto colectivo, y no pueden ser excluidas de los contratos individuales, aunque sí mejoradas por éstos en favor de los trabajadores<sup>73</sup>.

El **efecto de inderogabilidad *in peius***, corresponde a la asimilación normativa del pacto colectivo a la norma legal. Al igual que ésta, no puede ser individualmente derogada ni modificada en perjuicio del trabajador. Es un efecto similar al que se asocia a los derechos legales que no pueden ser renunciadas (esto es, derogadas o modificadas) por un acuerdo individual. Se hace prevalecer a priori los intereses colectivos por sobre los individuales como una forma de proteger o dar intangibilidad a lo que pudiere haberse convenido a nivel colectivo. Como nuestra norma (artículo 311 del Código del Trabajo) hace referencia a que “*no podrá significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato colectivo*” se abre la puerta a tener que resolver qué norma resulta más favorable al trabajador cuando se trate de modificaciones globales o comprensivas de varios derechos. En otros ordenamientos, en que esta situación se plantea además con varios niveles de negociación, ha sido mucho más estudiada y aplicada la operación de conocido principio de la norma más favorable.

El **efecto de ultraactividad o “ultra termine” o “efecto a posteriori”** se refiere a la subsistencia de las cláusulas de efecto normativo del instrumento colectivo luego de la extinción de éste. Va de la mano de la incorporación que se hizo a nivel individual de los efectos normativos del contrato colectivo y de si esa incorporación es efectivamente una sustitución “provisoria” (mientras subsista el contrato colectivo) o “condicional” (mientras dure el contrato colectivo y no sea modificada “*in meius*” individualmente).

## 2. DURACIÓN Y EFECTOS EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA

### 2.1. EN LOS ÚLTIMOS 84 AÑOS<sup>74</sup>.

Desde que existe derecho colectivo del trabajo se ha planteado el rol que éste debe jugar en relación a los acuerdos individuales. En su Tratado de Derecho del Trabajo Chileno, Mario GAETE BERRIOS pone de relieve el rol instrumental respecto del derecho individual, y citando a Mario de la Cueva sostiene que el Derecho Colectivo del Trabajo “no es un fin en sí mismo, sino un medio para la mejor realización del Derecho Individual

---

<sup>73</sup> MONTROYA (1993) p. 156.

<sup>74</sup> Interesante resumen es el que efectúa ROJAS (2007) p. 195 ss.

del Trabajo y de su fin, que es el mejoramiento, presente y futuro del hombre que trabaja” (GAETE, 1960, p. 208).

Queda en evidencia la necesaria interrelación entre el ámbito individual de las relaciones de trabajo, en donde se manifiestan y ponen en ejecución las condiciones concretas y específicas de trabajo del asalariado con el derecho colectivo, ámbito en el cual, a través del instrumento colectivo, se consigue el mejoramiento de tales condiciones de trabajo. La forma en que se articula esa relación configura el puente entre el ámbito individual y el colectivo de la relación laboral. De allí que nos ha parecido de interés revisar cómo se ha diseñado esa unión o relación entre ambas facetas en diversas etapas de nuestra legislación, para poner en perspectiva las propuestas de proyecto.

a) *Código del Trabajo de 1931.*

El artículo 18 de este Código disponía: *Las estipulaciones de un contrato colectivo se convierten en cláusulas obligatorias, o en parte integrante de los contratos individuales de trabajo que se celebren durante su vigencia.*

Consagra un efecto imperativo a la vez que considera un efecto personal extensivo, pues se aplica a los contratos individuales que se celebren en el futuro, durante la vigencia del instrumento colectivo. Incluso el artículo 20 establece que el contrato colectivo regirá también para los obreros que con posterioridad a su celebración entraren a formar parte del sindicato.

No hay efecto extensivo, pero sí se aplica a los contratos individuales que se celebren durante la vigencia del contrato colectivo y aunque no se refiere a los celebrados con anterioridad “es indudable que las estipulaciones de éste se convierten en cláusulas obligatorias o en parte integrante, no sólo de los futuros contratos individuales, sino también de los pactados antes” (ESCRIBAR, 1944, p. 452)<sup>75</sup>.

No se considera expresamente una ultraactividad de las estipulaciones una vez vencido el contrato colectivo, pero sus derechos no se ven amagados por la disolución del sindicato que lo negoció (artículo 23 inciso 2º). Pero se sostuvo que “hay que entender substituidas o anuladas por el contrato colectivo sólo las cláusulas del contrato individual menos favorables al trabajador, mantenidas en toda su eficacia las más favorables al mismo e intacta la facultad del patronos obreros de convenir para lo sucesivo en los contratos individuales cláusulas más favorables al obrero o empleado que la del contrato colectivo” (ESCRIBAR, 1944, p. 453). También se consideró que las estipulaciones del contrato colectivo “subsisten como cláusulas de los contratos individuales a los cuales se incorporaron en el momento en que el contrato colectivo entró a regir”. Eso sí, agrega ESCRIBAR, una vez terminado el contrato colectivo, “los niveles mínimos establecidos en éste para las condiciones de trabajo, dejan de obligar al patrón y a los obreros y de limitar su libertad contractual y ellos pueden, por consiguiente, previo desahucio o terminación de los contratos individuales en vigor, pactar nuevas convenciones con prescindencia de aquellos niveles” (ESCRIBAR, 1944, p. 453).

b) *Modificación limitada de la Ley N° 16.625 sobre Sindicación Campesina (29.04.1967).*

---

<sup>75</sup> También Gaete Berríos y Pérez Zañartu, citados por GONZÁLEZ (1957) p. 95, para plantear una opinión contraria de acuerdo al texto expreso del Código del Trabajo de 1931.

El artículo 22 de esta ley señala: *“Las convenciones colectivas celebradas por las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores agrícolas o por empleadores agrícolas individuales que tengan tal carácter, podrán hacerse extensivas total o parcialmente, por decreto supremo, a todos los trabajadores y empresas agrícolas, en determinadas regiones o zonas ecológicas o en todo el país.*

*Para los fines señalados en el inciso primero, el Director del Trabajo, ya sea de oficio o a solicitud de tales organizaciones agrícolas o empleadores agrícolas individuales más representativos de la actividad al nivel nacional, regional o zonal o ecológico, convocará a una Comisión Paritaria en el seno de la cual se realizará la negociación colectiva.*

*El Reglamento establecerá el criterio y el procedimiento para la determinación de las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores agrícolas y, dado el caso de los empleadores agrícolas individuales más representativos, fijará las normas sobre convocación de la Comisión, su ámbito de actuación y las demás relacionadas con la aplicación del sistema, tales como las referentes a oposición y publicación.*

Se considera la posibilidad de extensión –no contemplada hasta entonces- de lo acordado colectivamente, mediante acto de autoridad administrativa, si el pacto fue concordado con una organización representativa. Sin embargo no contiene norma particular sobre la duración o actividad de las condiciones acordadas, sin perjuicio de la factibilidad de disponer una nueva negociación por parte de la autoridad conforme al artículo 23, que se reproduce a continuación: *“Dentro de los sesenta días anteriores al vencimiento de las convenciones colectivas, la Dirección del Trabajo podrá ordenar, de oficio o a solicitud de parte interesada, la iniciación de negociaciones tendientes a la celebración de una nueva convención”.*

c) *Decreto Ley N° 2.200 (15.06.1978).*

Su artículo 6 inciso 3° señala: *“El contrato es colectivo cuando se celebra entre un empleador o una asociación de empleadores autorizada al efecto por la ley, por una parte, y un sindicato o asociación de sindicatos legalmente autorizada para este fin, por la otra, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo o de remuneraciones para una empresa, determinados departamentos de una empresa o un grupo de empresas”.*

En su articulado original en la práctica no contiene normas relacionadas con el derecho colectivo, como no sea este concepto que será modificado y complementado por los siguientes Decretos Leyes.

d) *Decreto Ley N° 2.758 (06.07.1979).*

El artículo 32 indica: *“Las estipulaciones de los contratos colectivos y las de los fallos arbitrales sólo regirán respecto de los trabajadores que hayan sido parte de la negociación y tendrán una duración no inferior a dos años.*

*La vigencia de los contratos colectivos se contará a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior.*

*Sin embargo, si se hubiere hecho efectiva la huelga, el contrato colectivo que se celebre con posterioridad o el fallo arbitral que se dicte, tendrán vigencia sólo a contar de las fechas de suscripción del contrato o de constitución del compromiso, sin perjuicio de que su duración se cuente a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior.*

*Todo acuerdo en contrario adolecerá de nulidad absoluta”.*

Se reafirma que no existe efecto extensivo y el instrumento colectivo sólo se aplica a quienes hayan sido parte del acuerdo, reforzado con la imposibilidad de cualquier acuerdo que exceda el ámbito de la empresa (contenido en otras disposiciones del mismo cuerpo legal). No tiene plazo máximo de vigencia, pero se hace distinción entre duración y vigencia que se mantiene hasta ahora y que no puede ser alterada por las partes so pena de nulidad absoluta.

e) *Decreto Ley N° 2.759 (06.07.1979).*

El artículo 1° indica: *“Reemplázase el inciso tercio del artículo 6° del decreto ley N°2200 de 1978....: El contrato es colectivo cuando se celebra entre empleador y uno o más sindicatos de empresa, o entre un empleador y un grupo de trabajadores de la empresa unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo o de remuneraciones para los trabajadores que concurrieren a su celebración. Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en su totalidad a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquéllos.*

*Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior las estipulaciones a que se refieren los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 10 de esta ley (se refiere al DL 2.200). Sin embargo, tratándose de las tres últimas excepciones, podrá efectuarse el reemplazo siempre que así se convenga expresamente.*

*Extinguido el contrato colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, salvo aquellas que se refieren a derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente.*

*Las normas establecidas en los tres incisos anteriores se aplicarán también a los fallos arbitrales que pongan término a un proceso de negociación colectiva. Del mismo modo, serán aplicables a los convenios o acuerdos pactados colectivamente entre las mismas partes y con el mismo objeto que el de los contratos colectivos, salvo que en ellos se deje constancia expresa de su carácter parcial, o que éste aparezca de manifiesto del respectivo instrumento”.*

Esta norma modifica el artículo 6 del D.L. N° 2.200 introduciendo importantes modificaciones a la normativa sobre negociación colectiva a propósito del concepto de contrato colectivo y considera tanto el reemplazo de las estipulaciones individuales por las colectivas (tiene así un efecto automático de reemplazo, pero nada se dice en relación a la imposibilidad de modificar por acuerdo individual lo pactado colectivamente, al revés se había reconocido como derecho irrenunciable la negociación individual entre un empleador y un trabajador por el artículo 9 del Decreto Ley N° 2.758). También se contempla la subsistencia de las cláusulas colectivas como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, con la excepción de las que se refieren a derechos y obligaciones que sólo puedan ejercerse o cumplirse colectivamente.

Excluye de este efecto a los convenios colectivos en que deje constancia expresa de su carácter parcial.

f) *Ley N° 18.372 (17.12.1984).*

El artículo 1 N° 3 señala: *“Agrégase al artículo 6° el siguiente inciso final: Las estipulaciones de un contrato individual de un trabajador regido por un contrato colectivo de trabajo, no podrán significar disminución de la suma de los beneficios que a él corresponden por aplicación del contrato colectivo”.*

Consagra la imposibilidad de modificación *in peius* de lo acordado colectivamente por el expediente individual y fija parámetros para la comparación: global y subjetivo (“suma de los beneficios” y que “a él corresponden”). Con ello se completa el régimen que estamos analizando respecto de la subsistencia y modificación de lo pactado a nivel individual entre las partes, consagrándose un efecto imperativo de lo acordado colectivamente.

g) Ley N° 19.069 (30.07.1991)<sup>76</sup>.

El artículo 87 dispone: “*Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido*”. Mantiene la norma que impide modificación individual *in peius* (efecto imperativo), pero ya no establece los parámetros para la comparación, dejando abierto el posible criterio de comparación.

El artículo 123 establece: “*Los contratos colectivos y los fallos arbitrales tendrán una duración no inferior a dos años. La vigencia de los contratos colectivos se contará a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior. Si no existiere contrato colectivo o fallo arbitral anterior, la vigencia se contará a partir del día siguiente al de su suscripción.*

*No obstante, la duración de los contratos colectivos que se suscriban con arreglo al Capítulo II del Título II de este Libro, se contará para todos los éstos, a partir del día siguiente al sexagésimo de la presentación del respectivo proyecto, cuando no exista contrato colectivo anterior.*

*Con todo, si se hubiere hecho efectiva la huelga, el contrato que se celebre con posterioridad o el fallo arbitral que se dicte, sólo tendrán vigencia a contar de la fecha de suscripción del contrato o de constitución del compromiso, sin perjuicio de que su duración se cuente a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior o del cuadragésimo quinto o sexagésimo día contado desde la presentación del respectivo proyecto, según corresponda*”. Norma referente a la duración similar al actual artículo 347 del Código del Trabajo, salvo en cuanto esta última agrega un duración máxima para los contratos colectivos y fallos arbitrales.

El artículo 124 dispone: “*Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquéllos y a quienes se les apliquen sus normas de conformidad al artículo 122.*

*Extinguido el contrato colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, salvo las que se refieren a la reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero, y a los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente*”. Hace referencia al efecto imperativo respecto de quienes se les hace extensivo el instrumento colectivo, posibilidad considerada en el artículo 122 del citado cuerpo legal. Y en cuanto a la subsistencia de cláusulas, excluye de ellas la reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los beneficios pactados en dinero, además, de los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente.

---

<sup>76</sup> Véase análisis a las modificaciones introducidas a la normativa consagrada en los mencionados Decretos Leyes por las leyes dictadas con posterioridad en: ROJAS (2007) pp. 195 – 221.



Por su parte, el artículo 127 incisos 2 y 3° indican: “*No obstante lo señalado en el artículo anterior, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 124 sólo se aplicará tratándose de convenios colectivos de empresa.*”

*Asimismo, no se les aplicará lo dispuesto en el artículo 123 e inciso primero del artículo 124, cuando en los respectivos convenios se deje expresa constancia de su carácter parcial o así aparezca de manifiesto en el respectivo instrumento*”. De esta forma la subsistencia de las cláusulas colectivas sólo opera en los casos de convenios colectivos de empresa (acordados en un procedimiento de negociación no reglado), no en otros, ni tampoco se aplican las normas de duración mínima y vigencia del artículo 123, ni el efecto de sustitución automática cuando se deje constancia del carácter parcial del instrumento colectivo o así aparece de manifiesto en él. Esta normativa se ha mantenido en el actual Código del Trabajo (artículo 351).

h) *Ley N° 19.759 (05.10.2001).*

Agregó un límite máximo a la duración de los contratos colectivos y fallos arbitrales fijándola en cuatro años, dejando de algún modo abierta la posibilidad de convenios colectivos con duración distinta (artículo 351 inciso 3° del actual Código del Trabajo, no modificado por esta ley y que viene del artículo 127 inciso 3° introducido por la Ley N° 19.069 ).

## 2.2. EN LOS ÚLTIMOS 9 MESES (MÁS O MENOS).

A continuación un revisión somera de cómo ha evolucionado el Proyecto en trámite de reforma laboral.

a) *Mensaje Presidencial (29 de diciembre 2014).*

Proponía incorporar dos normas al Código del Trabajo sobre la eficacia del instrumento colectivo, principalmente. El **artículo 311 que dispone: “Relación y efectos del instrumento colectivo con el contrato individual de trabajo y forma de modificación del instrumento colectivo. Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido.**

*Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos.*

*Las estipulaciones de un instrumento colectivo vigente sólo podrán modificarse mediante acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”.*

El artículo 326, que señala: “**Ultra actividad de un instrumento colectivo. Si un sindicato no presenta un proyecto de contrato colectivo en el plazo señalado en el artículo 335, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieren a los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.**

*El mismo efecto se producirá respecto de un instrumento colectivo negociado por un sindicato que no cumple, en los plazos legales, el quórum establecido en el inciso*

*segundo del artículo 227 o se ha disuelto de conformidad a las normas de los artículos 295 y siguientes de este Código”.*

Comentarios:

- i) Opera solamente si no se presenta un nuevo proyecto por un sindicato, de modo que si se presentare, desaparece por completo el instrumento anterior y deja en descubierto un plazo que obligará a revisar factibilidad de cláusulas retroactivas, que con toda seguridad deberá considerar el nuevo instrumento colectivo, cuando se acuerde.
- ii) El efecto de subsistencia de las estipulaciones sólo opera para instrumentos colectivos propuestos por un sindicato, dejando injustificadamente fuera los acuerdos de grupo negociador. La subsistencia de las cláusulas hace expresa referencia al sindicato como parte del instrumento. Esto difícilmente tiene otra justificación que privar de efectos propios de los instrumentos colectivos a los acuerdos que no son producto de una negociación semi reglada; aunque sí producirían el efecto de reemplazo en lo pertinente, lo que llevaría a preguntarse si se mantiene el reemplazo una vez extinguido el acuerdo de grupo negociador o si recuperan vigencia las estipulaciones individuales reemplazadas.
- iii) El efecto se aplica a los “respectivos trabajadores afectos”, esto es, a los sindicalizados. No queda claro con esta redacción si el efecto se aplica a quienes se hubiere lícitamente hecho extensivos los efectos del instrumento colectivo. Esto porque la norma proyectada parte refiriéndose a “si un sindicato...”, por lo que podría entenderse que se refiere a sus socios con la expresión “respectivos”. No se ve justificación para dejar fuera de este importante efecto a quienes se les hizo extensivo el contrato.
- iv) No excluye la reajustabilidad del efecto de subsistencia lo que pudiera tener efectos insospechados, como pudiera ser el desinterés por renegociar condiciones de trabajo estando asegurada la reajustabilidad, provocando un efecto que difícilmente sea deseable, particularmente si se combina con beneficios para el sindicato que pudiera provocar un grado de petrificación de las relaciones colectivas, en perjuicio de la posible entrada de nuevos actores.
- v) Falta relación con el artículo 338 sobre piso de negociación, que importa idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato, pero excluyendo la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo. Sin embargo, la reajustabilidad estaría de alguna forma asegurada al estar incorporada y subsistente en los contratos individuales. Indirectamente pasaría, de facto, a formar parte del piso de negociación sin decirlo directamente, pese a la exclusión que hace el artículo 338.
- vi) Expresamente aplica el efecto ultraactivo al resultado de negociaciones por entes sindicales que no subsisten. Cabe preguntarse si era necesario y útil, ya que en ninguna otra disposición se hace diferencia entre los efectos del instrumento colectivo acordado por un sindicato que no reúne quórum legales y el que proyecta reunirlos dentro del plazo legal conforme al artículo 227 inciso 2°.
- vii) Deja fuera de la subsistencia los pactos sobre condiciones especiales de empleo que pudieran ser de las pocas cláusulas obligacionales que la legislación reconoce

expresamente, con los efectos que ello puede acarrear para los trabajadores afectos a tales pactos, como se verá más adelante<sup>77</sup>.

- viii) Cómo se relaciona con el artículo 311 que reemplazan “en lo pertinente” y luego subsisten, pero no todas. ¿Qué ocurre con las que no subsisten? ¿Podría pactarse que sí lo hagan? Nos parece que hay dos posibilidades, o se niega la posibilidad de subsistencia porque la norma que regula este especial efecto no lo considera; o bien se entendemos que por tratarse de una decisión de la autonomía colectiva debiera respetarse, lo que nos parece más acorde con los principios de libertad sindical que el legislador debiera proteger<sup>78</sup>.
- ix) Las estipulaciones del instrumento colectivo sólo puede “modificarse” mediante acuerdo entre el empleador y la(s) organización(es) sindicales que lo hubieren suscrito. ¿Significa esto que individualmente no pueden modificarse ni aún en beneficio del trabajador? Parece absurdo reforzar a tal punto el rol del sindicato de privar de una posible mejora del trabajador obtenida por éste sin intervención del colectivo. No creemos que haya sido la intención del legislador ir en contra de algo usualmente aceptado en doctrina y que ha operado de esa forma en Chile.

b) *Proyecto aprobado por la Cámara (03 de junio de 2015).*

Artículo 311: ***“Relación y efectos del instrumento colectivo con el contrato individual de trabajo y forma de modificación del instrumento colectivo. Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido.***

*Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos.*

*Las estipulaciones de un instrumento colectivo vigente sólo podrán modificarse mediante acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”.*

Artículo 326: ***“Ultra actividad de un instrumento colectivo. Si un sindicato no presenta un proyecto de contrato colectivo en el plazo señalado en el artículo 335, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieren a los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.***

*El mismo efecto se producirá respecto de un instrumento colectivo negociado por un sindicato que no cumple, en los plazos legales, el quórum establecido en el inciso segundo del artículo 227 o se ha disuelto de conformidad a las normas de los artículos 295 y siguientes de este Código”.*

**Comentarios:**

Se mantienen las normas contempladas en el mensaje presidencial, aunque en materia de piso de negociación se agrega el acuerdo de extensión de beneficios que tampoco formará parte del piso.

---

<sup>77</sup> Ver infra 3.3.

<sup>78</sup> Ver infra 3.1.D.

c) *Indicaciones presidenciales (12 de septiembre de 2015).*

Artículo 311: **“Relación y efectos del instrumento colectivo con el contrato individual de trabajo y forma de modificación del instrumento colectivo.** *Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido.*

*Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos.*

*Las estipulaciones de un instrumento colectivo vigente sólo podrán modificarse mediante acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”.*

Artículo 326: **“Ultraactividad de un instrumento colectivo.** *Extinguido el instrumento colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieren a la reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, así como los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo”.*

Comentarios:

- i) Volvemos en el propuesto artículo 326 a una redacción similar a lo que había en la norma actualmente vigente (artículo 348), agregándose la no subsistencia de la reajustabilidad de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero. No se ha innovado en el artículo 311, pese a que la figura del “reemplazo” de las estipulaciones individuales por las colectivas ha sido objeto de más de alguna crítica<sup>79</sup> y ha generado alguna dificultad en su aplicación. En efecto, el actual artículo 348 del Código del Trabajo vigente se mantiene con normas prácticamente iguales, aunque ahora repartido su contenido entre el inciso 2º del artículo 311, que se refiere a la relación y efectos del instrumento colectivo con el contrato de trabajo, lo que parece lógico, y en el nuevo artículo 326 que se refiere a la ultraactividad del instrumento colectivo.
- ii) No se solucionan algunos de los problemas planteados con la norma vigente que tiene prácticamente la misma redacción, aunque ello tiene la ventaja de dejar a salvo las interpretaciones que se han hecho hasta ahora. Hay que reconocer que la mantención del esquema actualmente vigente, aunque presentado en otro orden, tiene la ventaja de no romper con lo que ya forma parte de nuestra “cultura jurídica” y permite una certeza en orden a que pronunciamientos judiciales o administrativos no se verán desvirtuados.
- iii) No se hacen las diferencias que hoy se consideran para los convenios colectivos de empresa o de aquellos en que se deje expresa constancia de su carácter parcial o así aparezca de manifiesto en el respectivo instrumento.

---

<sup>79</sup> A nuestro juicio la más severa consiste en que no se desconoce el carácter imperativo del instrumento colectivo per se, con independencia del acuerdo individual que tiene un carácter evidentemente contractual, tomando prestado el valor vinculante del acuerdo colectivo del contrato individual, con lo que se termina reforzando la noción de un contrato a nivel colectivo, en lugar de un estatuto o fuente normativa diferente y con un valor e imperatividad propios.

- iv) Se elimina en la indicación presidencial el inciso final del artículo 326 que señalaba que producía idéntico efecto el instrumento colectivo negociado por un sindicato que no cumple, en los plazos legales, el quórum establecido en el inciso 2° del artículo 227 o se ha disuelto de conformidad a las normas de los artículos 295 y siguientes de este Código. Probablemente por innecesaria, ya era la única materia en que había un distingo entre los acuerdos llegados por estos sindicatos “provisorios” y los regulares, distingo que, a fin de cuentas, no era tal pues reafirmaba la misma aplicabilidad.
- v) Armoniza mejor con el piso de negociación que nos parece era la principal observación desde el punto de vista técnico y se superan la mayoría de las observaciones formuladas.

### 3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA VIGENCIA Y EFECTOS DEL INSTRUMENTO COLECTIVO EN TORNO A LA ULTRAActivIDAD

#### 3.1. LÍMITES A LA DURACIÓN Y VIGENCIA DEL INSTRUMENTO COLECTIVO: ULTRAActivIDAD.

a) Los instrumentos colectivos siempre tienen una duración limitada en el tiempo y ese límite temporal es normalmente fijado por los mismos contratantes, aunque en algunos sistemas, como el nuestro, la legislación señala un marco muy precisamente determinado por el legislador. De acuerdo al artículo 325 del Proyecto los contratos colectivos, los acuerdos de grupo negociador y los fallos arbitrales tendrán una duración no inferior a dos ni superior a tres años, de modo que el margen a la autonomía colectiva queda reducido a un año.

Se ha sostenido que conforme a los criterios de los Convenios 98 y 154 debería respetarse la voluntad de las partes en orden a definir la duración del instrumento colectivo, al punto que podrían acordar un plazo máximo o acordar una vigencia por tiempo indeterminado, con la sola eventual limitante de tener que expresar la duración del acuerdo, como medida de certeza. Sin embargo, esto no impide que intervenga la regulación estatal, sea imperativamente o en forma complementaria de la voluntad de los contratantes, de modo que la norma estatal determine el comienzo de vigencia del instrumento colectivo (en Chile, incluso, se distingue y regula la duración y la vigencia, artículo 325 del Proyecto); las condiciones de la extinción y la supervivencia de sus efectos luego de ella (ultraactividad); o incluso la validez y eficacia de los instrumentos o de parte de sus contenidos en situación de sucesión temporal de los mismos.

Concretamente, la ultraactividad designa la vigencia del convenio colectivo de trabajo, o de algunas de sus cláusulas, más allá del término acordado por las partes, lo que determina la continuidad de la vigencia temporal de las disposiciones contenidas en la convención a pesar de haberse excedido el término establecido por la voluntad de las partes<sup>80</sup>. Su fundamento jurídico residiría en la preocupación del legislador por evitar el supuesto “peligro de anarquía” que podría afectar a los contratos individuales de trabajo con motivo del vencimiento de la convención colectiva sin haberse estipulado una nueva

---

<sup>80</sup> GARCÍA (2015).

convención que la sustituya, dada la imposibilidad de la ley estatal para atender las diferentes particularidades de las relaciones de trabajo<sup>81</sup>.

b) A tal punto se ha desarrollado la ultraactividad en algunos sistemas, como en el argentino, que incluso algunos autores señalan que una de las características de los convenios colectivos de trabajo es que “son automáticos: rigen indefinidamente ya que no son derogados aunque hayan vencido. Rigen hasta tanto se acuerde un nuevo convenio: ultraactividad” (GRISOLÍA, 2000, p. 887). Esta postura que puede adoptar la norma (y que se parece a lo que ha resuelto nuestro legislador<sup>82</sup>) resulta particularmente útil y válido en sistemas en que, como ocurre indirectamente en el chileno, considera un mecanismo obligatorio para resolver conflictos colectivos (esto porque autores como Mario Deveali, citado por Héctor García, apuntan a que la ultraactividad resulta oportuna en los sistemas en que la parte que se considere injustamente perjudicada por la sobrevivencia del convenio vencido tiene, en el supuesto de no lograr un acuerdo con la otra parte, la posibilidad de recurrir al órgano cuya decisión produce los efectos de una nueva convención, ya que de no ser así, en caso de cambio de situación económica, la parte beneficiada por la mantención de las condiciones del convenio fenecido tenderá a dilatar o impedir cualquier acuerdo. En nuestro país, dada la regulación existente para iniciar procesos de negociación colectiva, está asegurada la posibilidad de hacerlo en un plazo determinado por el legislador antes del vencimiento del instrumento colectivo o en cualquier momento, vencido que sea (y siempre que no exista otro instrumento vigente). De esta forma, la ultraactividad del instrumento colectivo tiene la virtud de evitar un vacío en caso de falta de renegociación, ya que funciona como una suerte de paraguas protector indispensable para preservar la estabilidad en el marco normativo cuando la negociación de un nuevo instrumento se dilata y no concluye antes que expire el plazo de vigencia del anterior.

Sin embargo, como contrapartida, también se le asigna responsabilidad en la supervivencia de convenios colectivos antiguos, sin que se produjeran nuevas negociaciones, dejando de lado un dato elemental en la materia, cual es la posibilidad real de adaptación inmediata de las normas destinadas a regular las relaciones con las estructuras que componen la base productiva, con sus modificaciones constantes en aspectos de tecnología y de articulación de los factores productivos<sup>83</sup>. Es así como se ha calificado de “situación patológica de cristalización de las normas convencionales durante lapsos desmesuradamente prolongados” ya que se ha permitido la pervivencia en Argentina de convenios colectivos celebrados en 1975 o en 1988, aunque no es seguro que se deba solamente a la ultraactividad. En efecto, no puede soslayarse –se sostiene en Argentina– que las respectivas partes implícitamente han consentido que los mismos se hayan convertido en verdaderos estatutos reguladores de sus actividades, en lo que concierne a los aspectos más resistentes al transcurso del tiempo (como las licencias o el régimen disciplinario) en tanto las escalas salariales, por ejemplo, sí son objeto de renegociación y actualización.

A raíz de lo anterior, el legislador argentino ha procurado introducir límites a la ultraactividad de los convenios colectivos, generando a través de sucesivas leyes diferentes

---

<sup>81</sup> KROTOSCHIN (1965) p. 795.

<sup>82</sup> LANATA (2012) p. 264. Se refiere a la “vigencia automática del contrato colectivo”.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ (1993) p. 535.

y complejas distinciones que han procurado limitar el efecto ultraactivo de modo de generar condiciones para una revisión de convenios colectivos que se mantienen vigentes desde la década de los '70 u '80 del pasado siglo<sup>84 85</sup>.

c) En el ordenamiento español, el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores distingue claramente la ultraactividad de las cláusulas obligacionales, las que perderán vigencia una vez denunciado el convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, pero, por otra parte, en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio. Esto último en tanto no se celebre un nuevo convenio colectivo, ya que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan. De esta forma concurren dos reglas distintas: “1) una regla de atribución específica a la autonomía colectiva de competencia plena para decidir del modo que se tenga por conveniente –pervivencia provisional, pervivencia temporal, decadencia- el destino de las cláusulas normativas de un convenio vencido mientras no sea sustituido por otro; 2) una regla supletoria de derecho dispositivo de pervivencia provisional o “ultraactividad” para el caso de que las partes de un convenio no hayan previsto nada al respecto” (MARTÍN et. al, 2000, p. 361).

d) Nuestro ordenamiento opta, como se señaló, por definir legalmente una duración mínima y máxima para los instrumentos colectivos, limitando fuertemente de esta forma la autonomía colectiva para la fijación de la duración y vigencia del instrumento colectivo. Sólo se aprecia cierta liberalidad respecto de los convenios colectivos en cuanto a su duración mínima (en sentido estricto, fruto de una negociación no reglada del artículo 314

---

<sup>84</sup> Sobre el particular un resumen claro de las diferentes decisiones legislativa que han ido modificando la Ley N° 14.250, pasando por la Ley N° 23.545, Ley N° 25.013, Ley N° 25.250: GRISOLÍA (2000) pp. 877 – 885.

<sup>85</sup> Desde la modificación operada el año 2004 (Ley N° 25.877) la ultraactividad en el ordenamiento argentino no distingue las cláusulas de efectos normativos (que establecen beneficios a favor de los trabajadores comprendidos en ella) de las obligacionales (que se refiere a compromisos recíprocos entre los sujetos negociadores) y que, por lo mismo, implican la subsistencia de contribuciones económicas empresarial a la organización firmante. Incluso, para algunos habría implicado la desaparición el sustento legal para cláusulas obligacionales, al derogar el artículo 4 de la Ley N° 14.250, pero es difícil llegar a interpretar que no puedan pactarse tales cláusulas. Además, incluso durante la vigencia de la Ley N° 14.250 de 1953, antes de su modificación del 2004, la ultraactividad regía respecto de las “condiciones de trabajo” refiriéndose al contenido “normativo” pero que la jurisprudencia consideró comprensiva de las cotizaciones empresariales destinadas a fines sociales, es decir, con incidencia en el contrato individual (GRISOLÍA, 2000, pp. 878). Esto luego de la modificación operada el año 1988 (Ley N° 23.545) “vencido el término de una convención colectiva, se mantendrán subsistentes las condiciones de trabajo establecidas en virtud de ella, hasta tanto entre en vigencia una nueva convención”. Estas cláusulas obligacionales en la medida que interesan a la organización sindical, pueden transformarse en un poderoso aliciente para mantener la situación derivada del instrumento colectivo anterior, desincentivando la renegociación de aquello que no sea puramente salarial.

del Proyecto). Sin embargo, estimamos que respetando tales límites legales, no debería haber inconveniente para que las partes consensuaran que ciertas estipulaciones estén llamadas a surtir efectos después del vencimiento del instrumento colectivo, particularmente si no trasponen los límites del artículo 326 del Proyecto (en cuanto a la reajustabilidad pactada, los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente los pactos sobre condiciones especiales de trabajo). Esto porque el propio legislador está dispuesto a aceptar la vigencia ulterior de todas las otras cláusulas del instrumento colectivo, de modo que si las partes, además, lo reafirman y precisan en su acuerdo, no se aprecia que pueda estar afectando alguna norma de orden público o derecho irrenunciable, que constituirían la barrera que no puede sobrepasar el acuerdo de los sujetos colectivos.

En abono de esta postura, cabe señalar que se ha aceptado por la Dirección del Trabajo que la autonomía colectiva está habilitada para acordar la regulación de situaciones posteriores al vencimiento del instrumento colectivo ya que nuestro ordenamiento “*no contempla disposición alguna que prohíba a las partes de un contrato o convenio colectivo acordar y dar eficacia (a) una cláusula que regule la situación en que quedarán, ante determinados beneficios laborales, los trabajadores afectos al instrumento una vez que éste termine su vigencia como tal, razón por la cual no hay óbice para que los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad de que gozan puedan incorporar una estipulación como la presente en la especie...*” (y que se refiere a un artículo transitorio de convenio colectivo en que las partes acuerdan que a partir de cierta fecha los beneficios percibidos por los trabajadores afectos se homologarán a los beneficios que obtienen otros dependientes, con algunas excepciones de materia)<sup>86</sup>.

e) Por otra parte, no puede olvidarse que la subsistencia de las estipulaciones del contrato colectivo está sujeta y subordinada a la mantención del contrato individual, de modo que no pueden subsistir con independencia de éste, extinguiéndose al término de la relación individual de trabajo<sup>87</sup>. Pero, si las partes lo hubieren acordado, podrían mantenerse beneficios después de terminada la relación individual (sería un efecto postcontractual cuya factibilidad hemos defendido anteriormente pero en forma excepcional<sup>88</sup>). Así, se ha resuelto que pese a lo anterior, más relevante que la subsistencia de la relación laboral lo que debe revisarse para que tales estipulaciones subsistan al término del contrato colectivo es que no debe tratarse de aquellas que sólo pueden

---

<sup>86</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4990, de 12 de diciembre de 2014.

<sup>87</sup> Ángulo Flores, Luis con Telecomunicaciones de Chile (2001): “20.- *Que de lo expuesto no es posible concebir un contrato colectivo en forma autónoma, desligado del individual o que se sobreviva en sus efectos obligatorios. Si no existe contrato individual y éste se hubiere extinguido, o puede continuar su vigencia el contrato colectivo*”. Sin embargo el motivo transcrito hace referencia expresa a que no puede continuar o sobrevivir en sus efectos “obligatorios” que pudieran ser tomados como distintos a los “normativos”. En el mismo sentido, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3062/233, de 24 de julio de 2000, que señala: “*de esta manera, entonces, cabe concluir que al producirse la terminación del contrato individual deben entenderse también extinguidas las estipulaciones emanadas del contrato colectivo toda vez que formaban parte de aquél, sin que pueda tener incidencia alguna en esta circunstancia el hecho de que el trabajador sea, con posterioridad, contratado nuevamente por la misma empresa*”.

<sup>88</sup> OGALDE (2001) p. 13 ss.



cumplirse o ejercerse colectivamente, ya que siendo el caso de éstas últimas, no subsisten al vencimiento del instrumento colectivo, por la manera en que ellos pueden practicarse o concretarse, esto es, por varios trabajadores o respecto de varios empleadores<sup>89</sup>. Entendemos que la subsistencia de obligaciones luego de terminado el vínculo individual requeriría en todo caso de un acuerdo en tal sentido acordado de buena fe en función de la naturaleza o contenido de tales obligaciones.

f) Estimamos que en rigor no hay ultraactividad al producirse incorporación, pues no subsisten las cláusulas en tanto estipulaciones colectivas, sino solamente las incorporadas, ahora con naturaleza individual y no colectiva y, por lo mismo, no amparadas por la intangibilidad individual *in peius* (del artículo 311). Por lo mismo, si las estipulaciones individuales operaran aún en perjuicio del trabajador, una vez incorporadas o efectuado el reemplazo y sobrevivientes a la terminación del instrumento colectivo, serían individualmente disponibles por las partes. Con ello pierden, si alguna vez tuvieron, el carácter normativo de las mismas.

En este sentido, entendemos que la Dirección del Trabajo ha sostenido implícitamente que las cláusulas del contrato colectivo que se incorporan al contrato

---

<sup>89</sup> Farías Pérez, Florencio Elías con Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile (2008): “8°[...] los contratos colectivos tiene, por expresa disposición de la ley, un plazo de duración, [...] vencido el cual, el legislador ha debido colocarse en diversos escenarios, entre ellos, que los involucrados no entren en forma inmediata en proceso de negocia de manera colectiva, [...] sino que adopten una actitud pasiva en este aspecto, en cuyo caso, habrá de respetarse la disposición en examen, la cual imperativamente otorga subsistencia a la mayoría de las estipulaciones contenidas en el acuerdo cuya vigencia se ha extinguido. Es decir, las condiciones comunes para todos los involucrados, conforme a las cuales se han debido prestar los servicios durante la vigencia del contrato o convenio colectivo, permanecen en el tiempo por expresa disposición de la ley, incorporadas al contrato individual. 9° Que sin embargo, es imposición legal prevé excepciones, las que se encuentran señaladas en el mismo artículo 348 en examen [...] los derechos y obligaciones que sólo pueden cumplirse o ejercerse colectivamente. Este último aspecto es el que interesa a la presente controversia y, por lo tanto, útil resulta aproximarse a un concepto de tales derechos y obligaciones, ya que ellos no han sido definidos expresamente en la normativa de que se trata. En primer lugar, es dable recurrir a la naturaleza que deben revestir este tipo de derechos y obligaciones, para caer en la excepción legal, esto es, su ejercicio o cumplimiento debe tener el carácter “colectivo”[...] Por lo tanto, de lógica resulta concluir que la causa por la cual el legislador ha excluido a estos conceptos de la subsistencia que impone a las restantes condiciones comunes acordadas por los partícipes de una negociación colectiva, está constituida por la manera en que ellos pueden practicarse o concretarse, esto es, por varios trabajadores o respecto de varios empleadores.

10°: Que, sin duda, el origen de la excepción puede encontrarse en diversos factores que condicionan dicho ejercicio o cumplimiento, entre los que cabe mencionar el tiempo o la forma de financiamiento. Debe atenderse al resultado que significa para las partes involucradas, desde que el objetivo de la negociación colectiva, como se dijo, es el establecimiento de condiciones comunes de trabajo, las cuales deben reportar, en general, beneficios para los involucrados. En otros términos, el ejercicio o el cumplimiento, por varios trabajadores o empleadores, o respecto de varios de ellos, ha de devenir en una situación que, si fuera considerada en forma aislada, carecería de causa o de objeto en el contexto de la relación laboral. Por ello, necesariamente el ejercicio o cumplimiento sólo puede darse en forma colectiva, por ejemplo, el feriado colectivo.

“11°: Que, en el caso, se trata de un beneficio de salud cuyo ejercicio y cumplimiento las partes han regulado, a través de un reglamento, en el que se han señalado forma de financiamiento, porcentajes de aporte, beneficiarios, cobertura, etc. condiciones sin las cuales no es posible concebir el referido Fondo Médico y toda su regulación lleva a concluir que se trata de aquellos derechos u obligaciones, que únicamente pueden ejercerse de manera colectiva [...]”.

individual luego de la extinción de aquél participarían de la naturaleza de cláusulas contractuales (entendemos de nivel individual) ya que “la exigibilidad de los beneficios pactados en las cláusulas del instrumento colectivo que se extinguió, que se incorporaron como parte integrante de los contratos individuales de trabajo de los respectivos trabajadores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 348 precedentemente transcrito, deberá fundarse en la fuerza obligatoria de estos últimos, derivada de lo prevenido en el artículo 1545 del Código Civil...”<sup>90</sup>. Esto resulta más evidente cuando se dictamina “por consiguiente, atendido todo lo expuesto forzoso es convenir que, en la especie, el acuerdo que se contienen en los anexos de los contratos individuales del personal de que se trata, relativo a la modificación y/o la supresión de beneficios del contrato colectivo extinguido que por aplicación del artículo 348, inciso 2°, del Código del Trabajo, se habían mantenido subsistentes e incorporados a éstos, se ajusta a derecho”<sup>91</sup>.

g) ¿Distingue nuestra “ultraactividad” entre cláusulas obligacionales y normativas, como ocurre en el derecho comparado? Normalmente se ha entendido que la ultraactividad se aplica únicamente respecto de las cláusulas normativas, salvo acuerdo en contrario (Ejemplo España) o se ha discutido al menos si abarcan o no las obligacionales (Ejemplo Argentina). Nuestra norma del artículo 348 o del artículo 326 en el Proyecto, no se hace mayor cuestión al respecto. Esto no deja de tener cierto sentido en nuestro sistema en que resulta difícil de diferenciar ambos tipos de cláusulas, desde que quien negocia son, como se dijo, los trabajadores representados por el sindicato y porque prácticamente no existen cláusulas obligacionales pactadas en consideración y aplicación al colectivo que negocia.

El posible contenido obligacional del contrato, en los hechos no quedaría amparado por la “ultraactividad” o más precisamente por la subsistencia como integrantes los contratos individuales, ya que si entendemos por tales los acuerdos que alcanzan a la organización firmante (sindicato), en nuestro sistema corresponderían a los que sólo pueden ejercerse colectivamente y, por lo tanto, quedan en la excepción de aquello que no subsistiría como integrante de los contratos individuales.

Pero esta distinción entre lo que puede ejercerse o cumplirse colectivamente y lo que no, también puede presentar dificultades interpretativas como podría ocurrir con beneficios pensados y acordados en función de lo colectivo, pero que sí podrían ejercerse en forma individual, como un seguro colectivo.

### 3.2. LÍMITES AL POSIBLE CARÁCTER RETROACTIVO DEL INSTRUMENTO COLECTIVO.

En alguna época (D.L. N° 2758 de 1979) se sancionó con nulidad absoluta las alteraciones convencionales a las normas sobre duración y vigencia del instrumento colectivo, normas que si bien se han mantenido con algunas modificaciones, no ha subsistido la referida sanción.

En otros ordenamientos existe cierto consenso en la factibilidad de establecer “una vigencia retroactiva del nuevo convenio hasta la fecha de expiración del anterior”<sup>92</sup> para el

---

<sup>90</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 801/69, de 1 de marzo de 2000.

<sup>91</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4299/303, de 09 de septiembre 1998.

<sup>92</sup> DIEGUEZ (1991) p. 440.

caso que el curso de las negociaciones se hubiere desbordado, en particular respecto de la parte obligacional, sin perjuicio de la mantención de las cláusulas normativas del mismo, salvo que hubiere pacto expreso en contrario. Incluso en el sistema español se ha sostenido que no tendría tal carácter la aplicabilidad que las partes le den al acuerdo entre la fecha en que se celebre y aquella en que es publicado<sup>93</sup>, ya que el acuerdo existiría y solamente faltaría un trámite de formalización del mismo, cuando éste se sujeta a un proceso de registro o de homologación administrativa.

El convenio colectivo podría, entonces, fijar condiciones con efecto retroactivo, esto es, anteriores a su entrada en vigencia, particularmente si se trata de un convenio de empresa, dada la naturaleza contractual<sup>94</sup>, lo que no resulta evidente tratándose del contenido normativo de un instrumento colectivo de alcance superior al convenio de empresa, ya que éste precisamente por su naturaleza primordialmente normativa podría estar sujeto a las mismas restricciones que una ley que pretenda modificar situaciones consolidadas bajo el imperio de una ley anterior.

Como en Chile el instrumento colectivo posee un efecto extensivo muy acotado, estando de acuerdo las partes que se verán afectadas por el mismo, no se aprecia mayor inconveniente en que las mismas partes pudiesen acordar un carácter retroactivo a sus estipulaciones. De hecho así ha ocurrido en la práctica, cuando se acuerda aplicar el convenio, esto es, darle vigencia desde el vencimiento del instrumento colectivo anterior, aunque la ley determine que, en caso de haberse hecho efectiva la huelga, la vigencia sólo operará a contar de la fecha de suscripción del contrato colectivo<sup>95</sup>. Tampoco se aprecia inconveniente práctico para que las partes, si están de acuerdo puedan antedatar la fecha del instrumento colectivo, pero hasta un límite de 5 días, debido al plazo el artículo 321 del Proyecto contempla el registro del instrumento colectivo en la Inspección del Trabajo, para fines de fiscalización de su cumplimiento.

### 3.3. RESTRICCIONES LEGALES EXPRESAS A LA ULTRA ACTIVIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

De acuerdo al artículo 326 del Proyecto la subsistencia de las cláusulas del instrumento colectivo a nivel individual tiene las limitantes de:

- La reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero;
- Derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente;
- Pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

Según MACCHIAVELLO, analizando las dos primeras, sostiene se trata de excepciones al efecto *ultra termine*. El reajuste es la actualización del valor de la remuneración convenida según el porcentaje de devaluación que ha sufrido la moneda, el cual es calculado por un organismo oficial (INE), de modo que se trataría de un sistema de actualización de valores convenido por las partes, según índices creados al efecto. Como

---

<sup>93</sup> MARTÍN et.al (2000) p. 360.

<sup>94</sup> VÁSQUEZ (1996) pp. 198 – 199. ss.

<sup>95</sup> GONZÁLEZ (1957) p. 94.

depende de los elementos de juicio tenidos en cuenta al celebrarse el pacto que, a su vez, tiene un duración limitada en el tiempo por lo que aparece justificada la limitación a ese horizonte temporal pre acordado<sup>96</sup>. Esto se debe armonizar con el artículo 43 del Código del Trabajo.

Por su parte, en cuanto a los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente, lo colectivo está circunscrito a aquello que los sujetos colectivos han pactado recíprocamente para sí, en su carácter de tales, o referidos a la colectividad de trabajadores. No sólo se referiría a derechos y obligaciones de contenido económico o financiero, sino también a reglas procesales de entendimiento que hubieran acordado las partes con el objeto de mejorar las relaciones entre ellas y de resolver cuestiones que se presentaren durante la vigencia del contrato<sup>97</sup>.

La novedad del Proyecto es la exclusión a la subsistencia de los “pactos sobre condiciones especiales de trabajo” cuya no subsistencia podría explicarse por el carácter obligacional de tales acuerdos, en el sentido que son acuerdos con la entidad sindical. Sin embargo, evidentemente repercuten en los posibles derechos y obligaciones individuales de los trabajadores, de modo que la no subsistencia de los mismos, lleva inevitablemente a preguntarse qué ocurrirá con las relaciones individuales que se ajustaron a tales pactos. ¿Tendrán que volver a ajustarse para el cumplimiento estricto de la normativa legal sin consideración al pacto? ¿Cómo podría hacerse aquello si el trabajador no estuviere de acuerdo, acaso mediante una necesaria imposición obligatoria de parte del empleador? La exclusión de este punto acarreará inevitablemente problemas entre las partes que el legislador pudo y debió prever al establecer que no subsisten al instrumento colectivo. Por ejemplo, estableciendo su subsistencia salvo denuncia de la organización sindical con ciertos plazos y requisitos, o bien simplemente considerando su subsistencia (en tanto no se acuerde un nuevo instrumento colectivo). No contribuye a aclarar el punto la decisión del Proyecto de limitar la duración de estos pactos a 3 años, que coincide con la duración máxima que tendrán los instrumentos colectivos, pero que bien pudieran durar menos: ¿podrían subsistir estos pactos? De acuerdo a la exclusión que estamos analizando, aparentemente la respuesta debiera ser negativa.

#### 3.4. INCORPORACIÓN O REEMPLAZO Y REFORMA IN PEIUS.

La teoría de la incorporación al contrato individual de trabajo de las condiciones pactadas en el instrumento colectivo se suele atribuir a DURAND, quien sostenía que las reglas de la convención colectiva son objeto de recepción en el contrato de trabajo y se

---

<sup>96</sup> Conforme al dictamen de la Dirección del Trabajo N° 318/5, de 20 de enero de 2003: *“al fijar el sentido y alcance de la expresión cláusulas relativas a reajustabilidad utilizada, entre otras, en la norma en comento ha establecido, mediante dictamen 5794 de 30.11.83, que el legislador se ha referido a aquellas cláusulas cuyo objetivo es aumentar o incrementar las remuneraciones y beneficios en dinero a fin de mantener el poder adquisitivo de las mismas”*. Por ello concluye que *“no constituye cláusula de reajustabilidad en los términos previstos en el inciso 2° del artículo 348 del Código del Trabajo, aquella que establece un incremento de remuneraciones de acuerdo a la antigüedad del trabajador en la empresa”*.

<sup>97</sup> MACCHIAVELO (1989) pp. 428 – 429.

convierten en verdades reglas contractuales. De acuerdo a autores argentinos, esto presenta una ventaja cuando el instrumento colectivo posterior contiene disposiciones menos favorables para el trabajador que el instrumento colectivo anterior, de modo que estando éste incorporado en el contrato no podría una regulación heterónoma privar al trabajador de ese derecho, especialmente si ya forma parte de sus derechos adquiridos y no una mera expectativa de derecho que no ha sido ejercido. Se ha sostenido que:

“parte de la doctrina entiende que las normas contenidas en estos convenios (convenio colectivo de empresa, que no tienen eficacia normativa, son simples contratos que se rigen por las normas de derecho común, sin efectos erga omnes sino sólo eficacia contractual restringida para los que lo firmaron y para aquellos a quienes posteriormente se aplique) se incorporan a los contratos individuales de trabajo, lo cual lleva a determinar que los mejores beneficios otorgados a los trabajadores no podrían ser dejados sin efectos por convenio colectivo posterior, lo cual hace necesario, para ello, la conformidad de cada uno de los trabajadores.” (GRISOLÍA, 2000, pp. 888 – 889).

Por ello, las normas el contrato individual quedan por debajo de las colectivas, pero se aplican en su lugar si otorgan a los trabajadores mejores derechos. Las convenciones colectivas no podrán afectar las condiciones más favorables a los trabajadores estipuladas en sus contratos individuales de trabajo<sup>98</sup>.

Distinto sería el caso de los convenios colectivos en relación a su efecto normativo. Las cláusulas normativas regulan las condiciones de trabajo que han de regir en el desarrollo de las prestaciones laborales en un sector de actividad o geográfico, actuando a la manera de una norma legal, fijando normas mínimas en favor del trabajador configurando el cuadro dentro del cual deben desarrollarse las actividades laborales. De esta forma, los derechos que puedan establecer a favor del trabajador no se incorporan a su patrimonio, de modo que nada obstaría a que un acuerdo del mismo carácter altere las condiciones establecidas por otro en perjuicio del trabajador<sup>99</sup>. Pero no podría el efecto normativo desmejorar las condiciones individuales en que se encuentre el trabajador<sup>100</sup>.

Pero esto no ocurre en nuestra legislación. El artículo 311 del Proyecto (y el actual) junto con establecer la imposibilidad de disminuir individualmente las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo<sup>101</sup>, consagra expresamente el reemplazo en lo pertinente de las estipulaciones de

---

<sup>98</sup> MARTÍNEZ (1996) p. 557.

<sup>99</sup> VÁSQUEZ (1996) p. 205.

<sup>100</sup> Así ocurre por ejemplo en la legislación venezolana (LOTTT de 2012, artículo 434): “La convención colectiva de trabajo no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores y trabajadoras que las contenidas en los contratos de trabajo vigentes”. Aunque agrega que, bajo ciertas condiciones, ello sería posible si se consagran beneficios que en su conjunto sean más favorables para los trabajadores (y trabajadoras).

<sup>101</sup> Lo que también es usual en otros sistemas, como ocurre en Uruguay, artículo 16 de la Ley N° 18.566 (2009): “los convenios colectivos no podrán ser modificados por contrato individual o acuerdos plurisubjetivos en perjuicio de los trabajadores [...]”.

los instrumentos colectivos a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos. Este reemplazo no distingue si se trata de cláusulas obligacionales o normativas y tampoco diferencia si las estipulaciones que reemplazan son más o menos beneficiosas que las reemplazadas. El reemplazo opera en forma automática y por el solo ministerio de la ley en virtud del efecto imperativo o real del instrumento colectivo. Por lo tanto, la lógica del sistema es completamente diversa de la antes enunciada, ya que el instrumento colectivo podría contener condiciones menos beneficiosas que las contenidas en el estatuto individual y aplicarse en un reemplazo *“in peius”*. Así, en caso de sucesión de instrumentos colectivos, si el nuevo instrumento colectivo también se *“incorpora”* o *“reemplaza”* las estipulaciones vigentes a nivel del contrato individual (que ya tiene, por así decirlo, incorporadas las estipulaciones de un instrumento colectivo anterior), teniendo la misma fuerza normativa, primará el posterior, sea o no más beneficioso o perjudicial, desde que se produce esa incorporación: *lex posteriori derogat priori*.

En este sentido, al regularse que el reemplazo de las cláusulas individuales por las colectivas es *“en lo pertinente”* se puede sostener que éste se produce no en la totalidad de lo contenido en los contratos individuales (como establecía el artículo 318 de la Ley N° 18.620), pero sí en todo lo que regulan ambos cuerpos convencionales, aunque ello resulte perjudicial para el trabajador. Así ha tenido ocasión de pronunciarse la Dirección del Trabajo resolviendo que *“para el caso de la especie, en el evento de estar la materia –el bono de alimentación- regida por el contrato individual y también por estipulación expresa del instrumento colectivo, será aplicable esta última por el sólo ministerio de la ley, conforme al artículo 348 inc. 1° del Código del Trabajo, salvo que en el propio convenio colectivo conste expresamente el carácter parcial de la cláusula o que así se desprenda de su texto de manera manifiesta.”*<sup>102</sup>. Por lo mismo, no serían reemplazadas y subsistirían las cláusulas que se refieran a materias no reguladas en el nuevo contrato colectivo<sup>103</sup>.

Una vez extinguido el instrumento colectivo y subsistentes sus cláusulas que reemplazaron en lo pertinente las del contrato individual, nada obstaría a que su contenido fuese modificado por acuerdos individuales, pues pasarían a formar parte del estatuto individual una vez que se extingue el colectivo. Así parece entenderlo también la Dirección del Trabajo<sup>104</sup>.

El efecto de reemplazo de las estipulaciones del contrato individual por las contenidas en el instrumento colectivo, incluso, siendo más perjudiciales para el trabajador, opera también respecto de los trabajadores que no habiendo concurrido al instrumento

---

<sup>102</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2.713, de 03 de junio de 2015. Antes dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2793/136, de 05 de mayo de 1995, estableció *“de ello se sigue que, suscrito un nuevo contrato colectivo de trabajo, los beneficios y derechos obtenidos en anterior negociación colectiva y que no fueron considerados en el actual instrumento colectivo no subsisten en el tiempo”*.

<sup>103</sup> GAMONAL (2002) p. 359.

<sup>104</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1443/79, de 17 de marzo de 1999: *“[...] forzoso es convenir que, en la especie, el acuerdo que se contiene en el anexo de los contratos individuales del personal de que se trata, relativo a la modificación y/o supresión de beneficios del contrato colectivo extinguido que, por aplicación del artículo 348, inciso 2° del Código del Trabajo, se habían mantenido subsistentes e incorporados a éstos, se ajusta a derecho”*.

colectivo se les extiende su aplicación por el artículo 346 del Código del Trabajo, negándoseles la posibilidad que mantengan (y sumen) los bonos acordados individualmente y que fueron reemplazados por otros en instrumento colectivo que se les hizo extensivos<sup>105</sup>.

Del mismo modo, este reemplazo que se produce por hacer extensivo a un trabajador los efectos del instrumento colectivo o que se le aplica por haber adherido al mismo, puede implicar la rebaja de determinados beneficios del trabajador<sup>106</sup>. Al determinar el empleador la extensión de beneficios, actúa dentro del marco legal, aunque la extensión sea contra la voluntad de los trabajadores que podrían verse perjudicados en relación a su situación anterior a la extensión<sup>107</sup>.

### 3.5. SUCESIÓN DE INSTRUMENTOS COLECTIVOS.

Tampoco existiría la posibilidad de que al extinguirse el instrumento colectivo anterior, revivan las estipulaciones individuales que habrían sido reemplazadas por éste que, a su vez, puede ser reemplazado por un nuevo instrumento colectivo. En efecto, se ha planteado el problema de si, celebrado un nuevo contrato colectivo de trabajo entre las partes que no contiene estipulación relativa al pago de comisiones que sí estaban contempladas el instrumento colectivo anterior, recobra vigencia lo estipulado a ese respecto en los respectivos contratos individuales (anteriores al pacto colectivo anterior) o si mantiene aplicación en esa parte lo convenido en el extinto contrato colectivo. En otras palabras si corresponde aplicar la ultraactividad de lo pactado colectivamente anteriormente o si, por el contrario, se trata de una excepción y limitación al efecto “*ultra termine*”, debiendo recobrar vigencia lo que había sido reemplazado por dicho instrumento colectivo anterior. La Corte de Apelaciones de Concepción se inclina por la preeminencia del efecto ultraactivo que habrá permitido la subsistencia permanente de lo acordado colectivamente, sin que sea posible que reviva lo pactado en el contrato individual sin acuerdo de las

---

<sup>105</sup> Valle Arancibia, Johnny con Buses Vule S.A. (2014): “4°: Que establecido lo anterior, esto es, que la intención clara de los contratantes de los convenios celebrados en diciembre de 2012, era la sustituir los tres antiguos bonos de 2010 por los dos nuevos bonos ya referidos, debe resolverse el conflicto de autos aplicando lo dispuesto en el artículo 348 del Código del Trabajo [...]. Esta norma, entonces, y por referencia que contiene, debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 346 del mismo cuerpo legal, [...] y, así, el hecho de incluirse en los contratos individuales de trabajo las cláusulas del contrato colectivo, no significa, como lo creen los actores, que si se ha celebrado un nuevo contrato colectivo estableciendo un sistema de incentivos distinto, el que se ha extendido a los demandantes, los que no participaron en las negociaciones de 2012, deba pagarse a esos trabajadores tanto los antiguos beneficios como los nuevos, puesto que, obviamente estos reemplazan a aquellos y tal cosa opera no sólo respecto de los suscriptores de los dos contratos colectivos (el del 2010 y el del 2012), sino que también de aquellos trabajadores que participaron en el contrato colectivo de 2010 y luego formaron un nuevo sindicato que no negoció colectivamente el 2012 y se les hicieron extensivos los beneficios de este último contrato y de aquellos que sin negociar colectivamente ni en el 2010 ni en el 2012 se les hizo extensivo el sistema de beneficios de ambos”.

<sup>106</sup> Considerando 4° de sentencia Servitrans con Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco (2014).

<sup>107</sup> Baeza González, Sergio y otros con Express de Santiago Uno S.A. (2012).

partes<sup>108</sup>. En contra, Sergio Gamonal ha sostenido que no habría un verdadero reemplazo o incorporación sino más bien una mera recepción provisoria o incorporación condicionada, sujeta a una nueva reglamentación colectiva<sup>109</sup>.

En un fallo plenario de mayoría de la Corte Nacional del Trabajo argentina queda de manifiesto la doctrina que, aún sin incorporación al contrato individual, un convenio posterior deroga las cláusulas de un convenio anterior, y que por ende, las normas del convenio anterior carecen de vigencia al ser reemplazadas por el nuevo acuerdo convencional. “La sucesión de convenios y los efectos sobre el contrato individual es un tema que se discute desde antaño, y es pacífico entre los autores que un convenio colectivo que sustituye a su precedente puede fijar nuevas reglas *“in peius”* en una o más cláusulas con plena validez dejando de lado el convenio anterior, por razones de que son prácticamente inobjetables”<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Mendoza Bello, Angélica y otros con París Administradora Sur Limitada (2014). Señala razonando sobre la base de la imperatividad del contrato colectivo: “9°) *la cual se refiere a la asimilación de la parte normativa del contrato colectivo a la ley, puesto que se aplica respecto del contrato individual como fuente heterónoma [...] las cláusulas del contrato individual son reemplazadas por las del contrato colectivo, en aquellas materias de aquél reguladas por éste. Entonces, la norma colectiva, sea o no más favorable, se impone sobre las estipulaciones del contrato individual del trabajo, teniendo eso sí como límite los derechos irrenunciables, establecidos por el orden público laboral. En conclusión, las cláusulas del contrato individual de trabajo, en virtud del efecto imperativo de los contratos colectivos, serán reemplazadas, en lo pertinente y en su totalidad, por las cláusulas contenidas en el contrato colectivo. El reemplazo será “en lo pertinente”, ya que es indudable que ciertas menciones del contrato individual no pueden ser reemplazadas, por referirse a las condiciones particulares de cada trabajador. 10°) la eficacia normativa del contrato colectivo, acarrea variados efectos entre éste y el contrato individual, como ser el efecto imperativo o real, que es aquella fuerza dispositivo del contrato colectivo que incide sobre cada uno de los contratos individuales de trabajo, incorporándose a éstos e incluso prevaleciendo sobre cláusulas diferentes; y el efecto “ultra termine” conforme al cual una vez extinguido el contrato el legislador impone que las cláusulas normativas continúen en vigencia en los contratos individuales, toda vez que no existe inconveniente jurídico para que un contrato colectivo del trabajo contenga cláusulas cuya aplicación exceda o trascienda su vigencia [...]. 14°) Que así las cosas, cabe concluir que ante la omisión de regulación en el nuevo contrato colectivo e fecha 05 de julio de 2012 respecto del sistema de comisiones, procede continuar aplicándose lo estipulado al efecto en el anterior contrato colectivo de fecha 01 de julio de 2009, por haber subsistido sus cláusulas como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores”.*

<sup>109</sup> GAMONAL (2002) p. 358.

<sup>110</sup> Fallo Plenario N°325 “Fontanive, Mónica Liliana con PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados sobre diferencias de salarios”, Corte Nacional del Trabajo en Pleno, 09 de mayo de 2011.



### 3.6. CUESTIONABLE EFECTO ULTRAATIVO.

Me parece impropio que el legislador utilice la expresión de “ultraactividad” ya que habiendo operado el reemplazo de las estipulaciones individuales por las colectivas, en realidad no se produce una pervivencia de éstas en cuanto tal, sino que de alguna manera “subsisten” con naturaleza individual en virtud de una ficción legislativa pues es posible que el trabajador no haya concurrido, ni siquiera indirectamente, a un pacto de las mismas (como ocurre con el trabajador que se incorpora al sindicato). Para que hubiese una verdadera ultraactividad, los acuerdos colectivos deberían seguir produciendo efectos, más allá de su vencimiento, como tales, como acuerdos colectivos, y ser posible a su respecto, por ejemplo, la aplicación por la vía de extensión a otros trabajadores, lo que no parece posible con la formulación que se le da.

Además, dadas las restricciones que se consideran para el efecto normativo una vez vencido el instrumento colectivo, no dejan de tener razón quienes sostienen en nuestra legislación la vida jurídica del contrato colectivo concluye una vez vencido su plazo de duración, situación que, incluso, es más desmejorada que las simples modificaciones a los contratos de trabajo, que están destinadas a perdurar durante toda su vida jurídica<sup>111</sup>.

### 3.7. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN CON EL PISO DE NEGOCIACIÓN.

El piso de negociación no incluye la reajustabilidad y otros aspectos: artículo 338: *“se entenderá por piso de negociación” idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato. “Se entenderán excluidos del piso de la negociación, la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo. El acuerdo de extensión de beneficios que forme parte de un instrumento colectivo, tampoco constituye piso de negociación. En caso de no existir instrumento colectivo vigente, la respuesta del empleador constituirá el piso de negociación”.*

Muy distinto de lo que el artículo 326 considera que subsisten como integrantes de los contratos individuales del instrumento colectivo, aunque con la indicación coinciden en que ambos dejan excluidos la reajustabilidad pactada.

¿Cómo se articulará esta diferenciación en la práctica? Hasta antes de la indicación lo más patente de la falta de armonía entre ellas eran las cláusulas de reajustabilidad, que se entendían incorporadas a los contratos individuales, pero no formaban parte del piso de negociación, lo que no dejaba de ser un contrasentido que seguramente originaría más de un problema interpretativo. Esto se corrige en la indicación presidencial.

Sin embargo, todavía podría ocurrir que ciertos aspectos del instrumento colectivo subsistan como integrantes de los contratos individuales y sin embargo no formen parte del piso de negociación como los incrementos reales pactados o los que sólo se otorgan por motivo de la firma del instrumento colectivo. Pero la posibilidad de conflicto queda reducida a situaciones más bien hipotéticas, dado que se trata de beneficios que, por su naturaleza, no se mantienen en el tiempo.

---

<sup>111</sup> LANATA (2012) p. 267.

¿Qué ocurrirá con cláusulas auténticamente obligacionales, como los pactos de extensión y que no están en el piso de negociación, podrán subsistir a nivel individual? Podría entenderse que el artículo 326, sin decirlo expresamente, al referirse a que no subsisten los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente, en realidad se refiere a cláusulas obligacionales y no normativas.

Estimamos que son cosas distintas, aunque es cierto que lo que la doctrina conoce como cláusulas obligacionales coinciden muchas veces con las que sólo pueden ejercerse colectivamente, pues benefician o atañen al sindicato que negocia por los trabajadores. Pero pueden haber cláusulas que sólo pudiendo ejercerse colectivamente difícilmente pudieran considerarse obligacionales, como podría ser el compromiso de aportar o pagar a un seguro colectivo de los trabajadores afectos al instrumento colectivo. En tales casos estimamos que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente no pueden subsistir por expresa exclusión legal.

El pacto de extensión de beneficios, si bien podría estimarse como parte del contenido obligacional del instrumento, en realidad no tiene como único sujeto del mismo al sindicato, sino también al trabajador ajeno al mismo, de modo que podría discutirse la subsistencia del acuerdo, si podría mantenerse después de vencido el acuerdo colectivo; pero no tendría sentido ya que no parece lógico que el empleador decida extender los beneficios de un instrumento colectivo que ya ha fenecido. Desde esta perspectiva, sería lógico entender que tales acuerdos no subsistan a la terminación del contrato colectivo. El artículo 338 las excluye del piso de negociación, en tanto que el artículo 326 no las excluye de las que subsisten. Si, en los hechos, el empleador acordare con un trabajador no sindicalizado los beneficios que antes tuvieron vía instrumento colectivo los sindicalizados, nos parece que en nada afecta al sindicato ni a sus socios, pudiendo ser posible, en la medida que cuente con el consentimiento del trabajador beneficiario de ello.

Pero sí se deja en claro que una cláusula que estimamos corresponde a un efecto normativo del contrato, como lo es el nuevo pacto sobre condiciones especiales de trabajo, no se considera subsistente, ni forma parte del piso de negociación, lo que puede acarrear problemas en la operatoria del mismo e, incluso, generar inconvenientes para su celebración o incitar a que las partes procuren resolver las dificultades que pudieren derivarse de ello.

#### 4. CONCLUSIONES

- 1) El proyecto introducirá problemas interpretativos en la materia analizada, aunque sensiblemente reducidos con la indicación presidencial que reestablece un sistema similar al vigente. En alguna medida la referida indicación deshace un camino que nos llevaría a un importante cúmulo de problemas con la redacción que propuso el Mensaje para el artículo 326 y que, finalmente, quedaría con una redacción similar a la que actualmente tiene en cuanto a referirse a la extinción del instrumento colectivo para que opere la llamada ultraactividad y su limitante en orden a no aplicarse a la reajustabilidad pactada.
- 2) Sin embargo subsisten problemas derivados de nuevos posibles acuerdos colectivos como la “extensión de beneficios” que si bien no forman parte del piso de negociación, no quedan regulados en cuanto a si subsisten o no; o bien los “pactos sobre condiciones especiales de trabajo” en que no está prevista la situación que se generará con su decaimiento como cláusula normativa.

- 3) El Proyecto, en su actual estado, corresponde mejor que el mensaje original con la tendencia histórica que ha tenido el Código, reafirmando la suscripción de la teoría de la incorporación de cláusulas colectivas en el contrato individual y limitando la subsistencia de algunas de ellas, pese a las reticencias que pueda generar.  
Sin embargo, al mismo tiempo, el proyecto emplea la expresión de “ultraactividad”, pero en realidad no cuadra bien con la subsistencia, a nivel del contrato individual, de las estipulaciones acordadas colectivamente ya que se desnaturalizan y dejan de producir efecto en cuanto acuerdos colectivos.
- 4) Se aprecia en esta materia (como en otras) una desvalorización del acuerdo de trabajadores que no se logra a través de un sindicato ya que le privaba del efecto sustitutivo en el proyecto presidencial, lo que ponía en evidencia (como en otras normas) que buscaba privilegiar la actividad sindical. Puede entenderse el especial amparo la actividad sindical, pero no debe llegarse a comprometer la libertad sindical.
- 5) La reforma pretende mejorar la cobertura de la negociación colectiva al mismo tiempo que limita la eficacia personal de los instrumentos colectivos, restringiendo al máximo el efecto expansivo de los instrumentos colectivos, porque confunde niveles de afiliación sindical con cobertura de la negociación<sup>112</sup>. Con ello pone en riesgo la libertad sindical (en particular la negativa), ya que supone acuerdo para la extensión con cargas similares a la afiliación sindical o bien la extensión por afiliación sindical: en ambos caso, no habrá efecto personal expansivo si no es a través del sindicato.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AFANOR NÚÑEZ, Fernando (1994): *Derecho Colectivo del Trabajo*. Segunda edición (Bogotá, Universidad Externado).
- CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis (2008): *Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico* (Santiago, LegalPublishing).
- DIEGUEZ, Gonzalo (1991): *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Tercera edición (Madrid, Civitas S.A.).
- ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor (1944): *Tratado de Derecho del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica Zig – Zag).
- GAETE BERRÍOS, Alfredo (1960): *Tratado de Derecho del Trabajo Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2002): *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago, LexisNexis).
- GARCÍA, Héctor (2015): *Ultraactividad y sucesión de convenios colectivos en el ordenamiento argentino, más algunas nuevas apreciaciones en torno a la tesis de la incorporación al contrato de trabajo* (Buenos Aires, DT2015).
- GONZÁLEZ POBLETE, Alejandro (1957): *El contrato colectivo. Memoria de Prueba* (Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción).
- GRISOLÍA, Julio (2000): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tercera edición (Buenos Aires, Depalma).
- KROTOSCHIN, Ernesto (1965): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Depalma), tomo II.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2012): *Sindicatos y negociación colectiva* (Santiago, AbeledoPerrot - Legalpublishing).

---

<sup>112</sup> CAAMAÑO Y UGARTE (2008) p. 75.

MACCHIAVELO CONTRERAS, Guido (1989): *Derecho Colectivo del Trabajo. Teoría y análisis de sus normas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

MARTÍNEZ VIVOT, Julio (1996): *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Quinta edición (Buenos Aires, Astrea).

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ – SAÑUDO, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín (2000): *Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.).

OGALDE MUÑOZ, Jorge (2001): *La subsistencia de obligaciones del trabajador al término de la relación laboral. Colección de Tesis, Magíster en Derecho de la Empresa* (Concepción, Universidad del Desarrollo).

MONTOYA MELGA, Alfredo (1993): *Derecho del Trabajo*. 14ª edición (Madrid, Editorial Tecnos S.A.).

ROJAS MIÑO, Irene (2007): “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral”, *Ius et Praxis*, año 13, N° 2.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (1993): *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Buenos Aires, Astrea).

VARAS MARCHANT, Karla (2015): “La construcción de lo colectivo. Autonomía y poder sindical”, *Revista Laboral Chilena*, N° 235.

VÁSQUEZ VIALARD, Antonio (1996): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 7ª edición (Buenos Aires, Astrea), tomo 2.

#### JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

Ángulo Flores, Luis con *Telecomunicaciones de Chile* (2001): Corte Suprema, 13 de marzo de 2001, Rol N° 4482 – 2000 (acción de cobro prestaciones de laborales). Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 10 de agosto de 2015].

Fariás Pérez, Florencio Elías con *Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile* (2008): Corte Suprema, 12 de agosto de 2008, Rol N° 3.502 – 2008 (acción de cobro de prestaciones laborales). Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 10 de agosto de 2015].

Baeza González, Sergio y otros con *Express de Santiago Uno S.A.* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de agosto de 2012, Rol Reforma Laboral N° 299 – 2012 (acción de cobro de prestaciones laborales). Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

Mendoza Bello, Angélica y otros con *París Administradora Sur Limitada* (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2014, Rol Reforma Laboral N° 411 – 2013 (acción de cobro de prestaciones laborales). Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

Valle Arancibia, Johnny con *Buses Vule S.A.* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de abril de 2014, Rol Reforma Laboral N° 1545 – 2013 (acción de cobro de prestaciones laborales). Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

*Servitrans con Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2014, Rol Reforma Laboral N° 583 – 2014 (acción reclamo judicial de multa). Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

#### JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (1995) Ord. N° 2793/136, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (1998) Ord. N° 4299/303, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (1999) Ord. N° 1443/79, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2000) Ord. N° 3062/233, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2000) Ord. N° 801/69, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (1998) Ord. N° 318/5, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2014) Ord. N° 4990, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2015) Ord. N° 2.713, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

# PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN CHILE

ÁLVARO DOMÍNGUEZ MONTOYA\*

## 1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA AL DERECHO DE INFORMACIÓN

Los modelos de relaciones laborales se configuran en sus propios términos según sus experiencias históricas, políticas, culturales, sociales y económicas, condicionada por la posición y preponderancia que tengan temporalmente determinados valores en el binomio del conflicto capital-trabajo, estipulando la ordenación jurídica que ha de tener el régimen de trabajo subordinado por cuenta ajena en el régimen capitalista<sup>113</sup>, que consecuentemente determinará el modelo colectivo de relaciones laborales. En tal contexto, se fijan heterónoma o autónomamente los niveles de participación, control y democracia ejercida por los trabajadores en sus espacios de trabajo, o en otros términos, como se distribuyen y normalizan las relaciones de poder y contrapoder en la empresa<sup>114</sup>, evocando una cuestión de ciudadanía y democracia industrial<sup>115</sup> destinada a limitar los paradigmas y dogmas liberales de autoridad mediante los derechos de cooperación y control<sup>116</sup>.

En este esquema, “los contenidos posibles de la participación” de los trabajadores en la empresa se diferencian por una escala graduada de intensidad de los instrumentos diseñados por el ordenamiento laboral y los órganos titulares de tales mecanismos, distinguiéndose comúnmente tres niveles: la posibilidad de recibir y solicitar información al empresario por los trabajadores (Derechos de Información); la consulta que se debe realizar a los representantes de los trabajadores como requisito previo a la adopción de una decisión empresarial (Derecho de Consulta); y, finalmente, la cogestión o codecisión en la administración de la empresa (Coadministración)<sup>117</sup>. Cabe destacar que dentro de las “fórmulas primarias” de las estructuras de participación se produce una “vinculación

---

\*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile); Magíster en Drets Sociolaborals por la Universitat Autònoma de Barcelona (España).

<sup>113</sup> PALOMEQUE (2011) p. 20; BAYLOS (2014) p. 15; BAYLOS (1991); MONEREO (1996) p. 21.

<sup>114</sup> BAYLOS (1992) p. 164 ss.

<sup>115</sup> JEAMMAUD (1992) p. 179 ss.

<sup>116</sup> KORSH (1980) p. 30 ss.

<sup>117</sup> BAYLOS (1992) p. 170 ss.

especialmente intensa” que por sus “contornos imprecisos” ha llevado a la confusión entre el Derecho de Información y el Derecho de Consulta, al grado de ser absorbidos por un “común denominador” en la dinámica de las relaciones colectivas<sup>118</sup>.

En esta línea, diremos que el Derecho de Información<sup>119</sup> es un derecho de naturaleza instrumental a la acción sindical colectiva, que constituye a su vez una libertad pública de dimensión prestacional, otorgando derechos y facultades a los representantes de los trabajadores para ser informados, informarse e informar sobre un conjunto determinado de hechos, datos o noticias relativas a la actividad económica, productiva, comercial, laboral y, en general, cualquier otra información sobre el giro y actividad de la empresa necesaria para el ejercicio de su función representativa en un contexto de auto tutela, control, consulta y negociación frente al ejercicio de los poderes empresariales, enmarcado en el contenido de un derecho fundamental: la Libertad Sindical.

Como contrapartida, debido a la relevancia y sensibilidad de la información referida, y considerando el destino o utilización que se le pudiera dar, se articulan una serie de mecanismos destinados a proteger los intereses del empleador que restringen y limitan el manejo de la información recibida por los organismos sindicales, institucionalizados como “Deber de Sigilo”.

A su respecto podemos indicar primeramente que no existe uniformidad en su concepción, habiendo a lo menos dos tipologías de comprensión de su naturaleza, ideas constitutivas de “dos polos en permanente tensión”<sup>120</sup>. Por un lado, el Sigilo ha sido entendido como deber de discreción, de uso prudente o cauteloso de la información, de no divulgar ni utilizar la información con fines distintos a los que justifican y motivan su entrega, exigiendo un uso con arreglo a la buena fe, prudencia y tacto en la difusión<sup>121</sup>; mientras que por otro, se le ha caracterizado como un deber esencialmente de comportamiento omisivo o negativo, esto es, como sinónimo de secreto o prohibición, limitando la transmisión de la información en el sentido de no revelar a terceros determinados hechos o noticias puestos en su conocimiento por el ejercicio y titularidad del Derecho de Información<sup>122</sup>. La naturaleza que se adopte en general dependerá estrictamente de la regulación de cada ordenamiento jurídico, la cual no obstante deberá ser coherente con el carácter instrumental del Derecho de Información en relación al ejercicio efectivo de la Libertad Sindical.

---

<sup>118</sup> MONEREO (1996) p. 98 ss.

<sup>119</sup> Sobre el punto seguiremos las pautas otorgados por MONEREO (1996) p. 100 ss. para construir una delimitación conceptual del Derecho de Información, sin perjuicio de las distintas variantes y extensiones que puedan darse del mismo por efectos normativos en cada ordenamiento jurídico.

<sup>120</sup> MONEREO (1996) p. 289. Sobre la naturaleza jurídica del deber de sigilo véase: BOZA (1997) p.218 ss.

<sup>121</sup> MONEREO (1996) p. 295 ss.; MOLERO Y VALDÉZ DAL- RÉ (2014) p. 61; BOZA (1997).

<sup>122</sup> MONTROYA (2000) p. 221; FERNÁNDEZ (1992) p.130; GARRIDO (1995) p. 309.

En general los modelos normativos de relaciones laborales colectivas optan entre dos fórmulas del Derecho de Información, los cuales pueden ser regulaciones tasadas o bien reglas más o menos amplias de información, por lo que la calificación de reconocimiento y eficacia real de tal derecho instrumental dependerá estrictamente de la regulación de los alcances objetivos y subjetivos de la información a entregar, como así también de las restricciones que se planteen y las garantías para su tutela<sup>123</sup>.

## 2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN ANTE LA OIT

En un orden temporal, para iniciar un análisis de la normativa que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido sobre el Derecho de Información de las Organizaciones Sindicales en los términos expuestos en los párrafos anteriores, debemos comenzar con lo indicado en la Recomendación 129 sobre las Comunicaciones dentro de la Empresa<sup>124</sup>, que toma como referencia la Recomendación sobre la Colaboración en el Ámbito de la Empresa de 1952<sup>125</sup>. En el Párrafo I se establecen pautas generales sobre la importancia del reconocimiento que tiene un clima de comprensión y confianza mutuas en la empresa, favorables tanto para la eficacia de ésta como para las aspiraciones de los trabajadores, el cual se ve beneficiado por la difusión e intercambios rápidos de información lo más completa y objetiva posible, relativa a los diferentes aspectos de la vida de la empresa y las condiciones sociales de quienes prestan trabajo bajo subordinación y dependencia, escenario que puede ser promovido previa consulta con los representantes de los trabajadores con miras a establecer medidas para aplicar una política eficaz de comunicaciones, debiéndose asegurar que la revelación de las informaciones no cause perjuicio a ninguna de las partes.

Indica la Recomendación en cuanto a los métodos de comunicación, que estos no deben menoscabar la Libertad Sindical ni limitar sus atribuciones, ni tampoco causar perjuicio alguno a los representantes de los trabajadores libremente elegidos ni a sus organizaciones sindicales. Igualmente indica que las medidas adoptadas, dentro de lo posible, deben otorgar a los interesados formación sobre la utilización de métodos de comunicación para otorgar los datos necesarios para la comprensión de todas las cuestiones que deberían ser objeto de comunicaciones.

En su párrafo siguiente se señalan los elementos que debe tener una Política de Comunicaciones en la Empresa, destacándose lo referido al conducto de información para realizar las comunicaciones, los cuales deben ser mediante medios para que su transmisión a los trabajadores interesados sea rápida y completa. De igual forma las informaciones que hayan de comunicarse, como así también su presentación, debe realizarse con miras a la mutua comprensión en lo que respecta a los problemas planteados por la complejidad de las actividades de la empresa y a los receptores de la misma según las funciones que desempeñan.

---

<sup>123</sup> PALOMO (2014) p. 138 ss.

<sup>124</sup> Ginebra, 51ª reunión CIT (28 junio 1967).

<sup>125</sup> Ginebra, 35ª reunión CIT (26 junio 1952).



Se indica, además, que la información suministrada debe contener todas las cuestiones de interés que se refieran a la marcha y perspectivas futuras de la empresa y a la situación presente y futura de los trabajadores, en la medida que su revelación no cause perjuicio a las partes. En especial se destaca como información a proporcionar, la descripción de las tareas de los diversos puestos de trabajo y su correspondiente posición en la estructura de la empresa, las condiciones generales de empleo, incluidos las referidas a contratación, el traslado y la terminación de la relación de trabajo, la situación general de la empresa y perspectivas o planes de desarrollo futuro, como así también la explicación de las decisiones que probablemente tengan efectos directos o indirectos sobre la situación de los trabajadores en la empresa.

Por su parte el Convenio 135/197<sup>126</sup> y la recomendación 143/1971, ambas relativas a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, establecen un marco general de clasificación de Garantías y Facilidades para el ejercicio de las funciones sindicales, contexto en el cual se entiende el Derecho de Información como una Facilidad, es decir, como un derecho de carácter instrumental destinado a permitir un desempeño rápido y eficaz de las funciones de representación<sup>127</sup>, que para hacerse efectivo exige a la empresa poner a disposición de los representantes de los trabajadores facilidades materiales e información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, el que, no obstante, en una escala normativa debe contextualizarse de acuerdo a las características del sistema de relaciones laborales de cada país, como así también las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada, la cual no debe perjudicar su funcionamiento eficaz<sup>128</sup>.

Respecto a la información que debe suministrarse específicamente en los procesos de negociación colectiva, el Convenio 154 de 1981<sup>129</sup> y Recomendación 163 de 1981<sup>130</sup>, ambos sobre el fomento de este proceso, apuntan a que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar, por lo que con tal objeto, a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleados –públicos y privados- deben proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa. Y si la divulgación de cierta información pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial en la medida en que esto sea necesario; las informaciones que puedan proporcionarse deberían ser determinadas por acuerdo entre las partes en la negociación colectiva<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Entrada en vigor 30 de junio de 1973, ratificado por Chile el 13 de septiembre de 1999.

<sup>127</sup> Artículo 2º del Convenio 135/197 y párrafo 9 de la Recomendación 143/1971.

<sup>128</sup> Párrafo 16 de la Recomendación 143/1971.

<sup>129</sup> Ginebra, 67ª reunión CIT (03 de junio de 1981), cuya entrada en vigor fue el 11 de agosto de 1983. Actualmente dicho convenio no se encuentra ratificado por Chile.

<sup>130</sup> Ginebra, 67ª reunión CIT (19 de junio de 1981).

<sup>131</sup> Recomendación 143/1971, párrafo III, parte 3, N° 7.

En lo relativo a la terminación del contrato de trabajo, el Convenio 158 de 1982<sup>132</sup> y la Recomendación 166 de 1982, ambas sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, indican que cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogo, proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones<sup>133</sup>. En la misma línea, la Recomendación citada establece, en relación al Derecho de Consulta, que a fin de que los representantes de los trabajadores interesados puedan participar eficazmente en las consultas, el empleador debería proporcionarles en tiempo oportuno toda la información pertinente sobre los cambios importantes previstos y sus posibles repercusiones<sup>134</sup>.

### 3. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: RELATO DE UN PRESENTE IMPERFECTO

En cuanto al panorama normativo chileno, la actual legislación laboral contempla una regulación escasa, fragmentaria, dispersa e inorgánica sobre el reconocimiento, ejercicio y límites del Derecho de Información, como así también de los mecanismos para su tutela y garantía.

En efecto, el Código del Trabajo chileno<sup>135</sup> contempla una configuración limitada del Derecho de Información al regularlo en materias sin aparente conexión como lo son la Negociación Colectiva, Ilícitos Laborales y el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, todo a propósito de la regulación del inicio de los procesos de negociación colectiva por parte de los trabajadores con la presentación de su proyecto de contrato colectivo; en los contenidos que debe tener la respuesta que se debe dar por la parte empleadora a dicha presentación; mediante la tipificación de ilícitos laborales denominados prácticas antisindicales o prácticas desleales, como así también, al contemplar una obligación de reserva de información y datos privados que disponga el empleador y a los cuales tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

No obstante, frente a la asistemática y deficiente regulación, se ha postulado principalmente en base a dictámenes interpretativos de la Dirección del Trabajo de Chile, la existencia de un reconocimiento implícito del Derecho de Información mediante una lectura funcional de los fines de las organizaciones sindicales en relación con el ejercicio efectivo de la Libertad Sindical<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Entrada en vigor: 23 de noviembre de 1985. Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (22 de junio de 1982). No se encuentra ratificado por Chile.

<sup>133</sup> Parte III, sección A, artículo 13, 1. a). Cabe precisar que dicha norma hace alusión a Despidos Colectivos, hipótesis que no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico chileno.

<sup>134</sup> Párrafo III, N° 20.

<sup>135</sup> Texto refundido, coordinado y sistematizado de fecha 16 de enero de 2003, conforme con las rectificaciones publicadas en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2003.

<sup>136</sup> Véase: DÍAZ (2014a) pp. 411- 444; DÍAZ (2014a) p.52.

Respecto del escenario actual han existido críticas de distintos sectores que apuntan a la escasa y deficiente regulación del Derecho de Información en el ordenamiento jurídico chileno, enfocada principalmente en el problema de mínimas garantías de información conferidas a los representantes de los trabajadores, lo que genera asimetrías que imposibilitan una negociación equilibrada, que impide la creación de espacios de participación por parte de los trabajadores en materias políticas, sociales y económicas<sup>137</sup>. Por otro lado se ha indicado que, reconociendo las deficiencias del sistema chileno sobre baja sindicalización, es necesario que se consagre la obligación de informar al Sindicato de la incorporación de nuevos trabajadores a la empresa y así también a las nuevas contrataciones sobre la existencia de sindicatos. De igual forma, se ha propuesto el establecimiento de un sistema de comunicación permanente, institucionalizado y vinculante, por el cual empleadores y trabajadores se reúnan de forma periódica ante un mediador (Dirección del Trabajo) para informarse sobre la marcha financiera de la empresa, como así también del cumplimiento y vicisitudes de los instrumentos colectivos vigentes entre ambas partes<sup>138</sup>.

En el plano actual existe en tramitación un Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código del Trabajo en materia de relaciones labores colectivas, donde se aborda una nueva regulación al régimen de comunicación e información entre empleador y organizaciones sindicales<sup>139</sup>, que se abordará en los próximos párrafos.

Para un mayor detalle realizaremos un breve análisis de la normativa que rige actualmente en materia de Derecho de Información de las Organizaciones Sindicales en el ordenamiento jurídico chileno, dividiéndolo para efectos de sistematización en diversos tópicos.

### 3.1. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

El Código del Trabajo chileno regula en los incisos 5° y 6° de su artículo 315 el derecho de información de las organizaciones sindicales y grupos negociadores de empresa en los procesos de negociación colectiva.

Dicha disposición tiene un alcance limitado y se encuentra rodeada por una serie de conceptos jurídicos indeterminados que poco ayudan al cabal entendimiento del derecho de información. Así por ejemplo, la norma no resuelve el plazo en el cual se debe entregar la respuesta ni en el que deben entregarse los documentos por parte del empleador.

Sobre el punto, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo de Chile, ha resuelto que frente a una petición adecuadamente efectuada por los trabajadores, el empleador se encuentra obligado a entregarlos dentro de un plazo razonable, con la

---

<sup>137</sup> Estudios citados por PALOMO (2014).

<sup>138</sup> Estudios citados por PALOMO (2014).

<sup>139</sup> Proyecto de Reforma “Moderniza el sistema de relaciones labores, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo” Boletín 9835-13, tramitado en la Cámara de Diputados, ingresado el 29 de diciembre de 2014 por parte del Poder Ejecutivo. No obstante, se puede apreciar que éste ha sufrido diversas modificaciones e indicaciones al Proyecto mediante el oficio N° 126-363 emitido con fecha 14 de abril de 2015 por la Presidenta de la República.

anticipación suficiente que les permita utilizarlos como antecedentes en la preparación de su proyecto de contrato colectivo, el cual es, a lo menos, quince días antes de la fecha establecida para la presentación del proyecto de contrato colectivo<sup>140</sup>.

No obstante, no existe pronunciamiento judicial ni administrativo que resuelva las formalidades ni el plazo en el cual se debe otorgar la respuesta por parte del empleador frente a una solicitud debidamente realizada por la parte laboral, y menos aún, cómo tal situación se enmarca en el modelo tutelar de prácticas antisindicales<sup>141</sup>.

En la misma línea, respecto del tipo de información posible a solicitar, se ha resuelto que la comisión negociadora laboral se encuentra en condiciones de solicitar toda aquella información o antecedentes que, a su juicio, estime relevante e indispensable. Sin embargo el empleador, a su vez, como parte activa del proceso, podría desestimar dicha calidad y, previa justificación o alegación en su favor, negarse a entregar otros documentos que considere innecesarios para el normal desarrollo de la negociación, cuestiones que serán medidas si correspondiese por la Inspección del Trabajo al resolver alguna objeción de ilegalidad planteada por las partes<sup>142</sup>.

En la misma línea anterior, se regulan en el artículo 329 del mismo Código los requisitos que debe cumplir la respuesta por escrito de la comisión negociadora por la parte empresarial en la negociación de un contrato colectivo. Se indica que “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.” La Jurisprudencia Administrativa ha indicado que en tal contexto “el empleador, al dar respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores, está obligado a presentar, al menos, balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tuviera una existencia menor, información financiera pertinente de los meses transcurridos del año en ejercicio y los costos de mano de obra del mismo período, entre otros”<sup>143</sup>.

### 3.2. DE LOS ILÍCITOS LABORALES Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN.

El ordenamiento jurídico chileno contempla normas de tutela de la libertad sindical en el capítulo IX del libro III y título VIII del libro IV del Código del Trabajo, hablando en general de “prácticas antisindicales o desleales” y “prácticas desleales en la negociación

---

<sup>140</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1217/67, de 15 de abril de 2002.

<sup>141</sup> Actualmente existe diversas causas en tribunales en las cuales se encuentra en discusión el tópico referido: Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, causa RIT S-27-2015; Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta causas RIT S-23-2015; S-27-2015; S-28-2015. No existe dictación de sentencia que se encuentre firme.

<sup>142</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4603/184, de 30 de octubre de 2003.

<sup>143</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4536/319, de 28 de octubre de 2000.

colectiva” respectivamente. Si bien existe una discusión en la doctrina respecto del problema de su denominación<sup>144</sup>, se ha dicho que en ambos grupos de disposiciones debe darse una valoración e interpretación unitaria, pues en su conjunto tutelan dos dimensiones de la libertad sindical (orgánica y funcional)<sup>145</sup>. En general respecto de tales ilícitos, la legislación laboral los define –sin quedar exentos de crítica<sup>146</sup>–, indicando que “prácticas antisindicales o desleales” son aquellas acciones que atenten contra la libertad sindical (289 y 290 del Código del Trabajo) y “prácticas desleales en la negociación colectiva” como las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos (387 y 388 del Código del Trabajo), eligiendo el legislador un modelo abierto, no taxativo, meramente enunciativo<sup>147</sup>. Para efectos de este trabajo hablaremos de prácticas antisindicales.

En concreto, respecto de la hipótesis tutelar del Derecho de Información, en el artículo 289 letra b) del Código del Trabajo se indica que incurre en una práctica antisindical quien se niegue a proporcionar a los dirigentes del o de los sindicatos base la información a que se refieren los incisos 5° y 6° del artículo 315 del texto en comentario, calificándose como un “atentado a la libertad colectiva de actuación sindical” (GAMONAL, 2011, p. 470). En la misma línea, se indica en el artículo 387 letra b) que incurrirá en dicha práctica el que se niegue a suministrar la información necesaria para la justificación de sus argumentaciones dentro del contexto de la negociación colectiva. Para tal efecto indica la jurisprudencia que basta la con la sola concurrencia de la situación fáctica descrita sin que sea necesario un elemento subjetivo<sup>148</sup>.

No obstante, la aparente claridad de las normas, nos plantea dudas en términos operacionales de eficacia en un contexto de fragilidad del modelo tutelar chileno de la libertad sindical, en el sentido de cuál es el plazo que tiene el empleador para otorgar respuesta frente a una solicitud debidamente realizada, y en dicho escenario, si puede el silencio de la parte empleadora, bajo determinadas circunstancias, constituir una manifestación de voluntad negativa.

Respecto de los titulares en el ejercicio de la tutela del derecho de información, en Chile la regulación de las prácticas antisindicales no sólo tiene como sujeto pasivo a los socios de un sindicato, sindicatos y dirigentes sindicales, sino también y de manera excepcional al empleador, hipótesis que se trata de dos figuras de prácticas antisindicales (desleales) que se producen en la negociación colectiva<sup>149</sup> y que para algunos constituyen expresión del “Deber de Sigilo”<sup>150</sup>. Indican tales disposiciones que incurren en práctica

---

<sup>144</sup> TOLEDO (2013) p.157 ss.; GAMONAL (2011) p. 467.

<sup>145</sup> CAAMAÑO (2006) p. 84.

<sup>146</sup> CISTERNA (1979) p. 321 ss.

<sup>147</sup> GAMONAL (2011) p. 468; TOLEDO (2013) p. 124 ss. Por la jurisprudencia judicial véase: Inspección Comunal Trabajo Santiago Norte Oriente con United Plastic Corporation S.A. (2006).

<sup>148</sup> Véase: Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente con Promilinks S.A. (2014). Sobre la discusión jurisprudencial anterior a dicho fallo de unificación Véase: DÍAZ (2014) pp. 169-194.

<sup>149</sup> TOLEDO (2013) p. 133.

<sup>150</sup> DÍAZ (2014a) p. 439; DÍAZ (2014b) p. 51 ss.

antisindical los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a éste los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados<sup>151</sup>.

Con independencia de lo anterior, fuera de aquellas hipótesis taxativas ¿sería posible hablar de un ilícito general ante la negativa de entregar información a las organizaciones sindicales en el ejercicio de sus funciones?<sup>152</sup>. Para tales efectos debemos distinguir entre la posibilidad de poder solicitar dicha información en Chile – cuestión que trataremos más adelante – y la normativa que rige al respecto. En tal caso, cuando se ha pedido formalmente al empleador determinada información y ésta sea destinada a alguna de las funciones o finalidades de las organizaciones sindicales, nos encontramos ante una hipótesis de ejercicio de libertad sindical y ejercicio de la función representativa de los representantes de los trabajadores, por lo que la negativa de no proporcionar dicha información fuera de los casos autorizados por la ley, constituiría un atentado a libertad sindical<sup>153</sup> configurativo de una práctica antisindical genérica del artículo 289 inciso 1º del Código del Trabajo y, en el caso, de estar en el contexto de negociación colectiva, una práctica desleal del artículo 388, tanto en su hipótesis genérica del inciso 2º, como en la contemplada en su letra a), esto es “Los que ejecuten durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma”.

Respecto de las vías procesales para sustanciar las acciones derivadas de los ilícitos laborales que vulneran la libertad sindical y tutelar su ejercicio, como así en general de tutela del derecho de información, el ordenamiento jurídico chileno contempla una modalidad procedimental específica en el Párrafo 6º, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, que en general ofrece ventajas para el trabajador y organización sindical víctima de vulneración de derechos fundamentales, como la consagración del principio de ponderación o proporcionalidad como método para resolver la colisión de derechos fundamentales, ampliación de sujetos activos de la acción, suspensión inmediata de los efectos del acto impugnado, alivio probatorio o prueba indiciaria, entre otros<sup>154</sup>.

En cuanto a las sanciones fijadas por la comisión de los ilícitos cometidos, se establece un sistema dual dependiente de si se está frente a una práctica antisindical o desleal, que va desde multas monetarias<sup>155</sup>, responsabilidades civiles y penales<sup>156</sup>,

---

<sup>151</sup> Como práctica antisindical en el artículo 290 letra e) y como práctica desleal en el proceso de negociación colectiva artículo 388 letra d) del Código del Trabajo.

<sup>152</sup> DÍAZ (2014b) p. 46 ss.

<sup>153</sup> DÍAZ (2014b) p. 46 ss.

<sup>154</sup> Véase: DOMINGUEZ y MELLA (2012) p. 191 ss.

<sup>155</sup> Artículos 292 y 289 del Código del Trabajo.

<sup>156</sup> Artículos 294 y 390 del Código del Trabajo.

incorporación a registros públicos de condena<sup>157</sup> y exclusión de licitaciones públicas, privadas o contratación directa con el Estado chileno<sup>158</sup>.

### 3.3. EL REGLAMENTO INTERNO.

En Chile se ha dado una regulación específica al reglamento interno en el artículo 154 del Código del Trabajo como cuerpo normativo de derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo, que en general establece una serie de materias de diversa índole dentro de las cuales se destaca horario de trabajo, sistema de turnos, modalidades y formas de pago de remuneraciones, obligaciones y prohibiciones de los trabajadores, la designación de los cargos ejecutivos o dependientes ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, descriptor de cargos, clases de faenas, de acuerdo con la edad, sexo y capacidad de los trabajadores, normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad, régimen disciplinario con su procedimiento y sanciones, procedimiento ante acoso sexual, entre otras.

El artículo 156 del mismo código fija la obligación de poner en conocimiento el reglamento interno y sus modificaciones a los trabajadores con treinta días de anticipación de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités Paritarios existentes en la empresa.

Sobre el punto la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo ha indicado que se colige de la conjunción de las disposiciones que regulan al reglamento interno, que este es el único mecanismo y único instrumento idóneo para consignar las obligaciones y prohibiciones impuestas por el empleador a sus trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento. Una vez puestas en conocimiento de los trabajadores las modificaciones al reglamento interno en la forma prevista por la ley, cualquiera de ellos, como también el delegado de personal, en su caso, o las organizaciones sindicales respectivas, podrán impugnar las disposiciones que estimen ilegales, allí contenidas, sin perjuicio de la facultad ya analizada con que cuenta esta Dirección para exigir modificaciones a dicho cuerpo reglamentario, en razón de ilegalidad, como también, la incorporación de las normas obligatorias, con arreglo a lo previsto en el artículo 154 del Código del Trabajo<sup>159</sup>.

Estimamos que en tal sentido, debido a las funciones y finalidades de las organizaciones sindicales contempladas en el artículo 220 del Código del Trabajo, los representantes de los trabajadores pueden solicitar directamente la incorporación de distintas materias al reglamento interno para efectos de su conocimiento formal por los trabajadores y hasta impugnarlas cuando no se adecúen al ordenamiento jurídico vigente, haciendo efectivo por una parte el derecho de información con finalidad de control y fiscalización.

### 3.4. LA FACULTAD DE NO TRANSMITIR DETERMINADA INFORMACIÓN.

---

<sup>157</sup> Artículos 294 bis y 390 bis del Código del Trabajo.

<sup>158</sup> Artículo 4° de la Ley N° 19.886.

<sup>159</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2602, de 15 de julio de 2014, referido a los mecanismos de evaluación.

El sistema jurídico laboral chileno no regula expresamente el “Derecho de Omisión” o facultad de no transmitir determinada información por parte del empleador, ni tampoco establece pautas de aplicación general, sino que solo se contemplan normas en tópicos aislados, en particular, en materias en la regulación de los procesos de Negociación Colectiva (artículo 315 inciso 5° del Código del Trabajo) y Reglamento Interno (artículo 154 bis del Código del Trabajo).

En la primera se establece una cláusula de excepción de entrega de información referida a la política futura de inversiones de la empresa, siempre y cuando sea calificada como confidencial, pudiendo omitir su entrega justificadamente no obstante la solicitud por parte del sindicato o comisión negociadora. Al respecto se ha dicho por la Jurisprudencia Administrativa que la comisión negociadora laboral podrá solicitar toda aquella información que, a su juicio, estime necesaria e indispensable para el proceso de negociación, pero el empleador, a su vez, como parte activa del proceso, podría desestimar dicha calidad y, previa justificación o alegación en su favor, negarse a entregar otros documentos que, a su juicio, considere innecesarios para el normal desarrollo de la negociación<sup>160</sup>. En tal caso la cláusula de excepción estará determinada por la necesidad, indispensabilidad y confidencialidad, en lo relativo a materias de política futura de inversiones de la empresa.

En la segunda hipótesis, se establece una obligación para el empleador de reserva de información y datos personales de los trabajadores, que tenga acceso con ocasión de la relación, pudiendo justificar su no entrega cuando concurra dicha circunstancia. Al respecto se ha resuelto sobre terceros ajenos a la relación laboral que la entrega de contratos de trabajo – con la consiguiente información que este instrumento contiene – además de sueldos, indemnizaciones, derechos previsionales y finiquitos, significaría una grave transgresión al deber de confidencialidad que el empleador debe observar con antecedentes del ámbito específicamente privado de sus dependientes<sup>161</sup>. No obstante, en aquellas oportunidades en que se ha solicitado por una organización sindical basándose en sus fines y funciones como tal, se ha dicho lo contrario, en el sentido que resulta procedente para una organización sindical requerir a su empleador la información relativa al monto de las remuneraciones percibidas por sus afiliados estando éste obligado a proporcionarla<sup>162</sup>.

### 3.5. EL DERECHO DE INFORMACIÓN IMPLÍCITO.

Como hemos observado, en Chile no existe una regulación unitaria y coherente del Derecho de Información de las organizaciones sindicales, sino por el contrario, hemos visto que la normativa es casuística, de alcance limitado, rodeada de imprecisiones y conceptos jurídicos indeterminados, que en general produce inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los trabajadores y organizaciones sindicales interesadas en la plena justificación de las medidas empresariales en el ejercicio de sus poder empresariales, para efecto de su fiscalización y control.

---

<sup>160</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4603/184, de 30 de octubre de 2003.

<sup>161</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1662/39, de 02 de mayo de 2003.

<sup>162</sup> Véase dictamen de la Dirección del Trabajo N° 0823/0020, de 26 de febrero de 2003.



Al respecto se ha dicho que el Derecho de Información en Chile no se agota en los límites formales, temporales y materiales reconocidos expresamente por la legislación, sino que, según su naturaleza y finalidades, se enmarca en un contexto mucho más amplio, como lo es el ejercicio de la Libertad Sindical como derecho fundamental de las organizaciones sindicales. La anterior interpretación se sostiene sobre la base de lo contemplado en los artículos 220, 267, 284, 184 del Código del Trabajo en relación con el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, que en su lectura conjunta otorgan funciones de representación, fiscalización, beneficencia, educativas, prevención de riesgos laborales y asociación, las cuales no pueden cumplirse sin que las organizaciones sindicales puedan tener acceso a determinada información de la empresa<sup>163</sup>.

Por nuestra parte diríamos que efectivamente existe un derecho de información implícito en la legislación laboral, que puede desprenderse de las finalidades y funciones reconocidas por el ordenamiento jurídico a las organizaciones sindicales, que deriva necesariamente del ejercicio efectivo de la actividad sindical. Dicha construcción puede desprenderse en especial de la lectura conjunta de los artículos 220 N° 2, 3, 8, 11, artículo 289 del Código del Trabajo y artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, por cuanto para el cumplimiento de sus finalidades de representación, fiscalización y control en la defensa de los intereses de sus asociados y los propios, se requiere necesariamente información propia del ámbito en el que se desenvuelve la relación de trabajo, máxime si entendemos que el Derecho de Información es un atributo o prerrogativa necesaria para la autotutela de sus intereses y derechos.

#### 4. DE LA REFORMA LABORAL SUS IMPLICANCIAS EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE UN INCIERTO PORVENIR

##### 4.1. ANTECEDENTES GENERALES.

Como se observó, el Código del Trabajo no ha hecho alusión expresa y directa a los derechos de información de las organizaciones representantes de los trabajadores en su catálogo de garantías y derechos, sino que por el contrario, ha sido la doctrina y escasa jurisprudencia administrativa quienes han estructurado sus contornos.

No obstante, en la actualidad se encuentra en tramitación un proyecto de reforma legislativa que busca modernizar el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo en su ámbito colectivo, que se ingresa a la cámara de diputados con por parte del Ejecutivo con fecha 29 de diciembre de 2014. (Boletín 9835-13).

En la materia que nos convoca el mensaje del proyecto de reforma indica como uno de sus objetos, “la ampliación del derecho a información de los sindicatos, con la finalidad de mejorar la calidad de las negociaciones y de la relación empresa – sindicato”, detallando el contenido general de la nueva regulación del ejercicio, titularidad, oportunidad y plazos, entre otros. No obstante, con fecha 13 de abril de 2015 y 03 de junio de 2015, el Poder Ejecutivo decide introducir una serie de indicaciones que reformulan sustancialmente el régimen propuesto en un principio, desfigurando la configuración inicial del Derecho de Información. Actualmente el Proyecto de Ley se encuentra aprobado por la Cámara de

---

<sup>163</sup> Véase: DÍAZ (2014a) p. 439 ss.

Diputados y aprobado en general por el Senado, estando actualmente en su etapa de indicaciones.

Para efecto de estudios, trabajaremos sobre el texto actualmente aprobado en general por el Senado, con algunos matices de algunas indicaciones que nos parecen relevantes.

#### 4.2. TITULARIDAD DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.

##### a) *Sujeto Activo.*

Según se observa en el texto aprobado por el Poder Legislativo, se ha decidido otorgar la titularidad del ejercicio del derecho de información de manera exclusiva y excluyente a las organizaciones sindicales existentes en la empresa en la que se desarrolla la dinámica de relaciones laborales colectivas. No obstante y curiosamente, según se aprecia de las indicaciones formuladas en el Senado<sup>164</sup>, se pretende introducir modificaciones que buscan extender la titularidad de este derecho a los grupos negociadores.

Dicha opción nos parece del todo criticable, ya sea desde un punto ontológico como de los propios fines que pretende alcanzar la reforma, puesto que habría una contradicción que más que reformular el modelo de relaciones colectivas, fortalece los vicios del mismo, al potenciar directamente las coaliciones transitorias de trabajadores e indirectamente el paralelismo sindical. Como bien lo indica la doctrina, con la equiparación de los sindicatos y los grupos negociadores, se buscó debilitar el poder de las organizaciones de representación de los trabajadores, socavando el rol político y protagónico (exclusivo y monopólico) que detentaba el Sindicato, al redefinir de manera dual la titularidad en la negociación colectiva<sup>165</sup>, cuestión que se fortalece al otorgar derechos instrumentales y facilidades propias de organismos de representación a grupos o coaliciones transitorias de trabajadores.

Por otro lado y desde un punto esencialmente funcional, si bien las indicaciones apuntan a instituir, en su ámbito y contenido, una paridad en el ejercicio del derecho de información de órganos sindicales y grupos negociadores, dicho objetivo no se logra. Desde el panóptico de la tutela de la facilidad instrumental, no se contemplan mecanismos judiciales ni administrativos para su exigibilidad por parte de las coaliciones transitorias de trabajadores. En efecto, según se desprende de las propias indicaciones formuladas por el Senado, se extiende el ejercicio del derecho de información de grupos de trabajadores, pero su exigibilidad, solo podrá ser ejercida por las organizaciones sindicales afectadas, ya que son solo estas las que pueden solicitar a la Inspección del Trabajo que requiera al empleador la entrega de información, y en la hipótesis que dicha instancia no prospere, también serán las únicas que podrán recurrir a los tribunales exigiendo su cumplimiento, excluyendo expresamente a los grupos negociadores.

No obstante de existir una aparente claridad en la titularidad del derecho de información, el proyecto de reforma nada dice sobre aquellas hipótesis en que una organización sindical agrupe trabajadores de dos o más empleadores, como así también, de

---

<sup>164</sup> Ver indicaciones de los Honorables Senadores señores Allamand y Larraín.

<sup>165</sup> Por todos: UGARTE Y CAAMAÑO (2008) p. 46 ss.

qué forma se conjuga dicha facilidad instrumental respecto de organizaciones sindicales de grado superior, como Federaciones y Centrales Sindicales.

En esta línea creemos que el principio de atribución normativa que otorga la titularidad se da en un contexto de relación Sindicato y Empleador, por lo que en Sindicatos Interempresa no habría mayor inconveniente en el ejercicio de esta facilidad instrumental – y por lo mismo en su titularidad-, ya que su actuación se determina en una relación con múltiples empleadores y es, precisamente, en su función de representación de los trabajadores que agrupa, que se justifica y legitima su ejercicio sin mayor reproche.

Respecto de las Federaciones y Centrales Unitarias, creemos que en principio no es posible extender la titularidad del ejercicio de las diversas formulas del Derecho de Información, por cuanto no existe una contrapartida legitimada pasivamente en un nivel superior, lo que se ve reforzado con el arquetipo de las relaciones laborales colectiva de nuestro país, que se fijan a nivel de empresa. Por otro lado, no se observa mayor utilidad práctica, ya que las mismas organizaciones que componen dichos organismos colectivos, pueden ejercer su derecho de manera independiente.

No obstante se debe realizar una matización respecto de las Federaciones. Podrá dicha organización de grado superior ejercer tal derecho en la medida que agrupe a sindicatos y trabajadores de un mismo empleador, ya que la relación colectiva quedaría determinada entre entes con titularidad y legitimidad: por una parte el empleador como sujeto pasivo y por otro lado, la federación, como sujeto activo.

b) *Sujeto Pasivo.*

En cuanto al ente obligado a la entrega de información siempre será el empleador, no obstante que la estructuración normativa regula diferenciadamente su oportunidad, ejercicio y contenido en razón de la calificación que tenga la empresa según su tamaño.

#### 4.3. EL ALCANCE OBJETIVO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.

De la lectura del articulado de la reforma (artículos 316 y siguientes), el derecho de información se estructura – y a su vez se limita- en base a diversos criterios: a) tamaño de la empresa; b) oportunidad; c) contenido.

A) *Tamaño de la empresa.*

La formulación del derecho de información descansa, tanto en su sistematización y extensión, en el tamaño de la empresa en la cual se produce la centralidad de las relaciones laborales colectivas. El Proyecto de Reforma determina y reconoce diversas formas de derecho de información, ejercicio y oportunidad, dependiendo si se trata de grandes, medianas, micro o pequeñas empresas.

Sobre el punto el Código del ramo indica en su artículo 505 bis e que para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

No obstante, se observan diversas indicaciones en el Senado que modifican dichos criterios de clasificación, agregando a lo anterior un adicional numero de ventas<sup>166</sup>.

b) *Oportunidad.*

En cuanto la oportunidad, el Proyecto de Reforma corrige los vicios actuales de la formulación de derecho de información, por cuanto la actual normativa además de tener un alcance limitado y encontrarse rodeada de conceptos jurídicos indeterminados, nada dice sobre el plazo en el cual se debe entregar la respuesta ni en el que se deben entregar los documentos por parte del empleador, a diferencia de los plazos y oportunidades expresadas en el proyecto de ley.

Se debe indicar igualmente, que la estructuración del ejercicio del derecho de información planteado por la reforma se determina temporalmente con su respectiva confluencia con el tamaño de la empresa. Para efectos de sistematización por oportunidad, lo dividiremos en: i) Derecho de Información Periódico y ii) Derechos de Información Excepcionales.

i) *Derecho de Información Periódico.*

Según el Proyecto de Ley, en las micro y pequeñas empresas, se deberá proporcionar anualmente a los sindicatos constituidos en ellas, la información financiera y contable de que dispongan y que estén obligadas a llevar de acuerdo a la normativa vigente<sup>167</sup>.

Por su parte en aquellas empresas grandes y medianas el empleador deberá entregar a la o las respectivas organizaciones sindicales el balance general, el estado de resultados y los estados financieros, auditados si los tuvieren<sup>168</sup>.

En las grandes empresas, además, deberán entregar a los sindicatos toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligadas a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>169</sup>.

Dicha información deberá ser “entregada” o “proporcionada” dentro del plazo de treinta días contado desde que estos documentos se encuentren disponibles<sup>170</sup>.

Ahora, respecto de los nuevos sindicatos que se constituyan en las empresas grandes y medianas, la información indicada será entregada dentro del plazo de quince días contados a partir de la comunicación del artículo 225 del vigente Código del Trabajo.

ii) *Derechos de Información Excepcionales.*

Por otro lado, la reforma laboral regula oportunidades específicas en que se ejerce el derecho de información y que por sus contornos puede ser comprendido de manera excepcional. Como se aprecia, se regulan diferentes hipótesis de derecho de información

---

<sup>166</sup> Ver indicaciones de los Honorables Senadores señores Allamand y Larraín.

<sup>167</sup> Artículo 319 inciso 1° del Proyecto de Reforma.

<sup>168</sup> Artículo 316 inciso 1° del Proyecto de Reforma.

<sup>169</sup> Artículo 316 inciso 2° del Proyecto de Reforma.

<sup>170</sup> Artículos 319 inciso 1°, 316 inciso 1° y 2° del Proyecto de Reforma.

periódico, en donde la obligación de entrega nace a partir del requerimiento expreso que oportunamente se ejerza.

*Derecho de Información en la Negociación Colectiva*<sup>171</sup>. Se contempla en la Reforma una hipótesis específica de oportunidad para el ejercicio de Derecho de Información, el cual se enmarca en el proceso de Negociación Colectiva.

En tal contexto las grandes, medianas, micro y pequeñas empresas estarán obligadas a proporcionar a los sindicatos que tengan derecho a negociar en ellas, determinada y específica información para preparar sus negociaciones colectivas.

Para el cometido anterior se distingue, al igual que en la legislación vigente, la existencia de un instrumento colectivo. Así, en aquellas empresas en que lo existe, se deberá requerir la información dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente y, en el evento de que no exista instrumento colectivo vigente, el requerimiento podrá hacerse en cualquier época.

La información solicitada deberá ser entregada por el empleador, dentro de quince días siguientes a que haya sido requerida.

Excepcionalmente y de manera adicional, en las empresas medianas, los sindicatos podrán previamente al inicio de una negociación colectiva, en cualquier momento y una vez en un año calendario, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones en la empresa, del registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 del Código del Trabajo. La información deberá entregarse innominadamente, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que haya sido requerida<sup>172</sup>.

*Derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores*<sup>173</sup>. Igualmente se contempla una segunda oportunidad, determinada esencialmente por el tipo de información a requerir. Así, en las grandes empresas, una vez al año y en cualquier momento, los sindicatos podrán requerir en cualquier momento y una vez en un año calendario, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones en la empresa, del registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 del Código del Trabajo. La información deberá entregarse innominadamente, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que haya sido requerida<sup>174</sup>.

c) *Contenido.*

i) *De las materias a informar.*

Como puede apreciarse de la lectura sistemática del capítulo relativo al “Derecho a Información de las Organizaciones Sindicales” del Proyecto de Reforma, el legislador propone, en principio, un modelo tasado y autoejecutable con plazos y oportunidades definidas, limitado a información de carácter económico y financiero, circunscrito indirectamente a la negociación colectiva, renunciando a un modelo abierto que permita un despliegue efectivo del derecho de información como facilidad instrumental de la función de representación<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Véase artículos 317 y 319 incisos 2º y 3º del Proyecto de Reforma.

<sup>172</sup> Artículo 318 del Proyecto de Reforma.

<sup>173</sup> Véase artículo 318 inciso 2º y 3º del Proyecto de Reforma.

<sup>174</sup> Artículo 318 del Proyecto de Reforma.

<sup>175</sup> Inicialmente el proyecto de reforma contemplaba una fórmula más abierta del derecho de información.

En cuanto el Derecho de Información Periódico, en las micro y pequeñas empresas, se deberá proporcionar anualmente a los sindicatos constituidos en ellas, la información financiera y contable de que dispongan y que estén obligadas a llevar de acuerdo a la normativa vigente<sup>176</sup>. Por su parte en aquellas empresas grandes y medianas el empleador deberá entregar a la o las respectivas organizaciones sindicales el balance general, el estado de resultados y los estados financieros, auditados si los tuvieren<sup>177</sup>. Además, en las grandes empresas, además, deberán entregar a los sindicatos toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligadas a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>178</sup>.

Respecto del Derecho de Información Excepcional, en su oportunidad durante el proceso de negociación colectiva, se contemplan dos fórmulas de ejercicio del derecho en cuanto su contenido. Se indica que las grandes y medianas empresas estarán obligadas a proporcionar a los sindicatos que tengan derecho a negociar en ellas, la información específica y necesaria para preparar sus negociaciones colectivas, incorporándose una regla genérica de información, que permita cierta laxitud respecto de supuestos no previstos por el legislador, que se condice con la actual redacción del artículo 315 del Código del Trabajo<sup>179</sup>. No obstante lo dicho, se contempla una regla imperativa que ordena la entrega de determinada información por el sujeto pasivo en las empresas grandes y medianas: a) Planilla de remuneraciones pagadas a todos los trabajadores afiliados a la organización requirente, desagregada por haberes, con el detalle de fecha de nacimiento, ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada. La entrega de la información antes señalada no significará contravención a lo dispuesto en el artículo 151 bis del Código del Trabajo; b) Valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente; c) Los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años. Si existiere contrato colectivo vigente y éste hubiere sido celebrado con duración superior a dos años, se deberán entregar los costos globales del período de duración del contrato; d) Toda la información periódica del artículo 316 que no haya sido entregada oportunamente; e) Información que incida en la política futura de inversiones de la empresa, que no tenga, a juicio del empleador, carácter de confidencial.

De igual forma, para los efectos de preparar la negociación colectiva, los sindicatos constituidos en micros y pequeñas empresas tendrán derecho a solicitar las planillas de remuneraciones pagadas a sus socios, desagregadas por haberes. Además, podrán solicitar el valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente, los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años. Si existiere contrato colectivo vigente y éste hubiere sido celebrado con duración superior a dos años, se deberán entregar los costos globales del período de duración del contrato.

Finalmente, en las grandes empresas, se reconoce a los sindicatos la posibilidad de solicitar una vez en cada año calendario, información sobre remuneraciones asignadas a

---

<sup>176</sup> Artículo 319 inciso 1° del Proyecto de Reforma.

<sup>177</sup> Artículo 316 inciso 1° del Proyecto de Reforma.

<sup>178</sup> Artículo 316 inciso 2° del Proyecto de Reforma.

<sup>179</sup> Actualmente la comisión negociadora se encuentra en condiciones de solicitar toda aquella información o antecedentes que, a su juicio, estime relevante e indispensable

trabajadores de los diversos cargos o funciones en la empresa, del registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 de este Código.

*ii) Algunas observaciones críticas.*

El contenido de la información a la cual está obligado el empleador a proporcionar al sindicato, tanto en su formulación periódica como excepcional, se encuentra asociada estrictamente a materias de corte económico y financiero muy propias de un proceso de negociación colectiva, sin perjuicio de la finalidad que pueda darle el solicitante en ejercicio de su función de representación. Aún más, si comparamos el catálogo de materias que se debe entregar a los sindicatos con la información que actualmente pueden solicitar, no existe diferencia sustancial, por cuanto la comisión negociadora laboral se encuentra en condiciones de solicitar toda aquella información o antecedentes que, a su juicio, estime relevante e indispensable para la preparación de su instrumento colectivo<sup>180</sup>. Incluso, en aquellas materias donde puede existir mayor controversia -como lo es materia de remuneraciones-, se ha reconocido expresamente por la Dirección del Trabajo que, en razón del ejercicio de sus funciones y finalidades como organización sindical, se pueda solicitar las remuneraciones percibidas por sus afiliados estando el empleador obligado a proporcionarla, e incluso más, se puede solicitar la remuneración de cualquier cargo de la empresa, ya que el hecho que en tales documentos aparezca la remuneración o retribución no justifica negativa alguna, por cuanto no constituye un dato privado que pueda ser protegido por el deber de confidencialidad<sup>181</sup>.

El escenario anterior nos genera dudas sobre el real aporte de la propuesta regulatoria del derecho de información, ya que no se observa diferencias sustanciales más allá del establecimiento de formas de requerimiento, oportunidades y plazos de entrega al requirente.

Una segunda cuestión que debemos señalar es que hasta el momento nada se indica sobre la forma de transmisión de datos por parte del empleador a la organización sindical. No se resuelve expresamente la forma en que debe materializarse la “entrega” de información. Estimamos que, según la finalidad del derecho en cuestión, como así también atendiendo el cumplimiento de los objetivos generales y singulares de la función de presentación, y muy en especial la naturaleza, contenido de la información a proporcionar (balances, liquidaciones de remuneración, etc.) y formulas verbales utilizadas (proporcionar y entregar), la transmisión de información debe necesariamente materializarse en un soporte que permita su estudio y consulta, siendo únicamente posible que su entrega sea en forma escrita, no existiendo otra fórmula, ni explícita o implícita, que permita satisfacer su funcionalidad y eficacia.

Finalmente, una tercera cuestión que nos plantea el actual modelo regulatorio de las diversas formas del derecho de información, es sí más allá de la reglamentación establecida

---

<sup>180</sup> Supra 3).1).

<sup>181</sup> En efecto, el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad, ya que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en pleno, en sentencia 142/1993, de 22 de abril, ante recurso de inconstitucionalidad 190/1991, promovido por 88 Senadores contra la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

por el legislador, existen otras formas de ejercicio de esta facilidad instrumental para el ejercicio oportuno y eficaz de la libertad sindical. Sobre el punto estimamos que el derecho de información no se agota en los límites formales, temporales y materiales reconocidos expresamente por la legislación, sino que, según su naturaleza y finalidades, se enmarca en un contexto mucho más amplio, como lo es el ejercicio de la Libertad Sindical como derecho fundamental de las organizaciones sindicales. Por lo mismo, teniendo en cuenta el marco jurídico dado por la confluencia de los 220, 267, 284, 184 del Código del Trabajo en relación con el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, se otorgan a los sindicatos amplias funciones de representación, fiscalización y control las cuales no pueden cumplirse sin que las organizaciones sindicales puedan tener acceso a determinada información de la empresa máxime si entendemos que el Derecho de Información es un atributo o prerrogativa necesaria para la autotutela de sus intereses y derechos. La diferencia frente a la formulación tasada, es que esta última goza de garantías, plazos y oportunidades que facilitan su ejercicio oportuno.

#### 4.4.RESTRICCIONES AL DERECHO DE INFORMACIÓN.

De la redacción del Proyecto de Reforma, aparentemente no se observa expresamente la consagración del Deber de Sigilo, en el sentido que no se prohíbe ni se impone un deber de conducta a los sujetos en el ejercicio de derecho de información una vez que hubiese sido recibida por su contraparte.

No obstante el legislador indica que, a propósito de las prácticas desleales de los trabajadores, de las organizaciones sindicales y del empleador<sup>182</sup>, que se incurrirá en un ilícito laboral, por “la divulgación a terceros ajenos a la negociación de los documentos o la información recibida del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservada”, cuestión que por estricta técnica no alcanza el estándar deseado por la doctrina en cuanto delimitación y naturaleza del Deber de Sigilo. Por lo demás, por los propios términos del mismo solo se puede aplicar en un contexto de negociación colectiva y que previamente se hubiese fijado el alcance de confidencial o reserva, calificación que no obstante deberá ser calificada judicialmente al discutirse la concurrencia de la práctica antisindical.

#### 4.5. TUTELA Y GARANTÍA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.

En cuanto a la tutela y las garantías propias del Derecho de Información, en primeros términos debemos indicar que la propia redacción del articulado permite desplegar un sistema autoejecutable, propio de un derecho instrumental de la actividad de representación sindical, determinado esencialmente por el comportamiento de las partes, ya sea activamente mediante la solicitud de información o bien pasivamente, por la obligación de comunicación del empleador de determinada información.

No obstante, frente a la posibilidad de obtener dicha información, los sindicatos podrán requerir la información por vía administrativa y judicial, existiendo diversas formulas procesales y vías de actuación.

a) *La vía administrativa y el requisito de procesabilidad.*

---

<sup>182</sup> Artículo 407 del Proyecto de Reforma.



En caso de que el empleador no cumpla con entregar la información en la forma y plazos fijados por la ley, el o los sindicatos afectados podrán solicitar a la Inspección del Trabajo que requiera al empleador para su entrega. Indica el articulado que, en caso de no prosperar la gestión administrativa, el o los sindicatos afectados podrán recurrir a los tribunales de justicia con competencia en lo laboral<sup>183</sup>.

Lo anterior evidencia que el legislador, a efectos de agilizar la entrega de información y por sobre todo, para permitir el ejercicio rápido y eficaz de la facultad instrumental de representación, contempla una vía administrativa que constituye un requisito de procesabilidad para la interposición de una acción judicial.

b) *La vía judicial y la dualidad de la tutela del derecho de información: requerimiento y sanción.*

En cuanto la vía judicial, frente a la negativa a entregar la información de las materias que se señalan en la regulación del ejercicio derecho de información, existen una pluralidad de pretensiones a satisfacer que, dependiendo de los intereses en disputa, se canalizan por vías procesales distintas atendiendo precisamente, a otorgar una tutela judicial efectiva.

En efecto, la organización sindical afectada por la no entrega de información podrá una vez agotada la etapa administrativa, interponer una demanda por las formas del procedimiento monitorio a objeto de obtener la información que no ha sido facilitada. En dicha oportunidad, el tribunal, previa revisión de los antecedentes, ordenará en la primera resolución que el empleador haga entrega de la información, bajo apercibimiento legal<sup>184</sup>.

No obstante a lo anterior, la infracción al derecho de información conlleva la afectación de bienes jurídicos que exigen otro tipo de tutela. Según el Proyecto de Reforma, las organizaciones sindicales podrán demandar a sus empleadores por prácticas antisindicales bajo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya que se propone una modificación al artículo 289 del Código del Trabajo, en el sentido que se sustituye la frase “los incisos quinto y sexto del artículo 315” por “los artículos 316 y 318” en el artículo 289 letra b).

En ambos casos el ilícito y su configuración será distinto, ya que el derecho de información en su formulación periódica se configura en términos de obligación para el empleador, recayendo en él la prestación de hacer consistente en poner en conocimiento la información mediante su entrega. Lo anterior determina que, en la medida que se acredite la disposición de la documentación y ésta no hubiese sido entregada al sindicato dentro de los plazos indicado, nos encontramos ante una infracción normativa constitutiva expresamente de una hipótesis de práctica antisindical por omisión<sup>185</sup>, que se justifica en el no hacer, vinculado a la infracción de una obligación dentro del plazo en que debe ser cumplir la conducta exigida por la ley.

Por otro lado, en lo referido a la infracción del artículo 318, para la configuración de la práctica antisindical será necesario previamente la solicitud de información por parte del

---

<sup>183</sup> Artículo 320 del Proyecto de Reforma.

<sup>184</sup> Artículo 320 del Proyecto de Reforma.

<sup>185</sup> Según la nueva redacción del artículo 289 letra b) introducida al Código del Trabajo por el Proyecto de Reforma.

sindicato y, por otro, la omisión de respuesta, la no entrega o la respuesta negativa de entrega de información, todo lo anterior dentro del plazo 15 días desde que fue requerida.

En este contexto de tutela, la infracción a los derecho de información constituyen a su vez una infracción normativa que da a lugar una práctica antisindical dentro del proceso de negociación colectiva. En tal caso será una práctica desleal del empleador a las organizaciones sindicales “el incumplimiento de la obligación de suministrar la información señalada en los términos de los artículos 316 y siguientes, tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entregada”<sup>186</sup>.

El modelo propuesto por la reforma nos plantea el complejo problema de la tutela de la libertad sindical y su interacción con la facilidad instrumental en estudio en dos sentidos: ¿la infracción de las formulas de ejercicio del derecho de información se realmente se subsume en dos ilícitos laborales?, ¿las formas de ejercicio del derecho de información no contenidas en los artículos 316 y 318, constituyen una hipótesis de práctica antisindical?.

En el primer punto estimamos que la diferencia de las infracciones normativas anotadas dependerá estrictamente de la finalidad y funcionalidad otorgada por la organización sindical a la información negada o no entregada oportunamente por el sujeto obligado, por lo que la práctica se ponderara en razón de la faceta de la libertad sindical que se pretende tutelar (sustantiva o procedimental).

Respecto del segundo problema, creemos que existe una dualidad en términos de expresión del ilícito.

Por una parte existe una tipificación de la conducta de los hechos que son configuradores de conducta antijurídica, que se debe limitar a la concurrencia de la tipificación sin apreciación subjetiva ni de resultado, bastando el incumplimiento de la obligación de suministrar la información, tanto en su oportunidad como en su autenticidad.

Por otro lado, frente a la negativa o no entrega de información oportuna de información fuera del normas citadas, se produce una vulneración del artículo 289 inciso primero del Código del Trabajo que, a diferencia de la primera hipótesis típica, conlleva necesariamente un análisis de ponderación por la colisión de derechos fundamentales que conlleva, esto es, el conflicto sustancial entre la Libertad Sindical (derecho de información) y la propiedad privada (el derecho a no entregar la información) cuestión que debe dilucidarse en el sentido de determinar si la negativa de entregar la información solicitada por el sindicato es una decisión empresarial idónea, necesaria y proporcionada, de conformidad al artículo 5º y 485 del Código del Trabajo. En otros términos, si el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se ha ejercido sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto al contenido esencial de la libertad sindical, enmarcado en la efectividad de las funciones y finalidad otorgada a la información por la organización sindical de conformidad al artículo 220 del Código del Trabajo.

## 5. CONCLUSIONES

- 1) En relación a la normativa de la OIT con la vigente en Chile, podemos indicar que existe formalmente una escasa incorporación a su ordenamiento jurídico de los criterios y pautas fijadas por dicha organización, por cuanto el único texto ratificado

---

<sup>186</sup> Artículo 407 letra c) del Proyecto de Reforma.

es el Convenio 135/197, que por lo demás se contextualiza a mandatos generales y orientativos que no fijan un contenido concreto del Derecho de Información, a diferencia de otras convenciones que sí establecen criterios y definiciones de sus alcances formales y sustantivos, todo lo cual dificulta su exigibilidad y complementariedad.

- 2) En específico, el actual Código del Trabajo chileno contempla una configuración restringida del Derecho de Información, con una regulación escasa, limitativa, fragmentaria, dispersa e inorgánica sobre el reconocimiento, ejercicio y límites de dicha facilidad instrumental, como así también de los mecanismos para su tutela y garantía.

Actualmente en aquellas hipótesis en que se regula expresamente, su alcance es limitado, rodeado de imprecisiones y conceptos jurídicos indeterminados que poco aportan a facilitar el ejercicio de la función de representación. En efecto, el alcance objetivo del derecho de información es tasado, circunscrito a la información contable de la empresa (balances) y política de inversiones futura (siempre que no sea confidencial) en los procesos de negociación, donde nada se dice respecto de las condiciones en que se informa y su oportunidad.

Sumado a la escasa regulación, respecto de las restricciones que se plantean, éstas son amplias y a favor del empleador, con un claro contenido tutelar de los intereses de la empresa. Por su parte, en cuanto a las garantías y tutela de esta facilidad, podemos afirmar que se encuentra limitada, ya sea por la configuración de los ilícitos como así también por la falta de normas claras que permitan su exigibilidad directa. Respecto de las vías de tutela procesal, estas tienen un canal eficiente para su despliegue, pero que no deriva necesariamente de una configuración propia y atención a tutelar el derecho de información, sino que más bien se enmarca dentro de un proceso generalizado de reforma procesal laboral en el área individual y derechos fundamentales inespecíficos laborales, que no tuvo que ver con una reformulación del Derecho Colectivo.

Se ha planteado, sin embargo, sobre la base de algunos pronunciamientos de la Dirección del Trabajo y normas generales de la actuación propia de las organizaciones sindicales, que en Chile existe un Derecho de Información implícito, no obstante que su reconocimiento, sin el establecimiento de canales formales para su exigibilidad y delimitaciones conceptuales claras de su contenido y alcance, genera inconvenientes para su operatividad y efectividad por cuanto su tutela conlleva una excesiva judicialización, conspirando contra un desempeño rápido y eficaz de las funciones de representación, propio de la naturaleza instrumental del Derecho de Información.

- 3) La pregunta frente al escenario descrito es si la regulación de las formulas de ejercicio de derecho de información contempladas en el proyecto de reforma, cumplen con la finalidad propia como facilidad instrumental. En dicho esquema, el establecimiento de oportunidades y plazos para su ejercicio corrige los vicios de la legislación actual, en cuanto genera un modelo autoejecutable con amplias garantías de ejercicio que permiten su exigibilidad directa, pero deficiente en sus aspectos objetos.

Por otro lado, en cuanto modelo sustantivo, en especial en su alcance objetivo, se mantiene un modelo circunscrito a cuestiones estrictamente económicas y financieras, con una mayor amplitud de documentos específicos a los contemplados

en la actual regulación, dejando fuera materias laborales de otra naturaleza, siguiendo un modelo fuertemente vinculado a materias propias de los procesos de negociación colectiva. En este contexto su estructuración normativa, en cuanto técnica, se delimita por un modelo tasado de información que pese a lo limitado de su configuración, se ve favorecido por un sistema de reglas que permiten su exigibilidad directa. Por otro lado si comparamos el catálogo de información que se debe entregar a los sindicatos con la información que actualmente pueden solicitar, no existe diferencia sustancial más allá de formas de requerimiento, oportunidades y plazos de entrega, lo que nos genera dudas sobre el real aporte de la propuesta regulatoria del derecho de información en sus aspectos sustantivos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAYLOS GRAU, Antonio (1991): *Derecho del Trabajo: modelo para armar* (Madrid, Trotta).
- BAYLOS GRAU, Antonio (1992): “Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles”, en A.A.V.V., *Autoridad y Democracia en la Empresa* (Madrid, Trotta), pp.157- 177.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2014): “Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica del trabajo”, en A.A.V.V., *Modelo de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas* (Albacete, Editorial Bomarzo), pp. 15-53.
- BOZA PRO, Guillermo (1997): *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2006): “La Tutela Jurisdiccional de la Libertad Sindical”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, N°19, 1, pp. 77-104.
- CISTERNA, Lamberto; LARRAÍN, Patricio; ZAMORA, Luis (1979): *Nueva legislación laboral, comentarios y textos* (Santiago, Nenum).
- DÍAZ COÑECUAR, Luis (2014a): “El derecho de información de las organizaciones sindicales en Chile”, en A.A.V.V., *La organización sindical en Chile. XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago, Librotecnia), pp. 411-444.
- DÍAZ COÑECUAR, Luis (2014b) “El derecho de información de las organizaciones sindicales en Chile”, en A.A.V.V., *Temas de derecho del trabajo* (Santiago, Librotecnia), pp. 13-58.
- DÍAZ URTUBIA, Paola (2014) “El elemento subjetivo en las prácticas antisindicales: la doctrina y jurisprudencia en mundos opuestos”, en A.A.V.V., *La organización sindical en Chile. XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago, Librotecnia), pp. 169-194.
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Eduardo; MELLA CABRERA, Patricio (2012): “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39, pp. 177-219.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernández (1992): “El deber de sigilo de los representantes del personal”, *Actualidad laboral*, N° 1, pp. 125-143.
- GAMONAL, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo*. Segunda edición actualizada y revisada (Santiago, AbeledoPerrot).
- GARRIDO PÉREZ, Eva (1995): *La información en la Empresa* (Madrid, Consejo Económico y Social).
- JEAMMAUD, Antoine (1992): “Los Derechos de Información y Participación en la empresa. La ciudadanía en la empresa”, en A.A.V.V., *Autoridad y Democracia en la Empresa* (Madrid, Trotta), pp. 179-190.
- KORSH, Karl (1980): *Lucha de Clases y Derecho del Trabajo* (Barcelona, Ariel).
- MOLERO MARAÑÓN, María; VALDÉZ DAL- RÉ, Fernando (2014): *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas* (Granada, Comares).
- MONEREO PÉREZ, José Luis (1996): *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo* (Madrid, Cuaderno Civitas).

MONEREO, José Luis (1992): *Los Derecho de Información de los representantes de los trabajadores* (Madrid, Civitas).

MONTOYA MELGAR, Alfredo et. al. (2000): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (Madrid, Aranzadi).

PALOMEQUE, Manuel (2011): *Derecho del Trabajo e ideología* (Madrid, Tecnos).

PALOMO, Rodrigo (2014): “El sistema de garantías y facilidades para el ejercicio de la función sindical. Comentarios desde un enfoque dogmático y de derecho comparado”, en A.A.V.V., *La organización sindical en Chile. XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago, Librotecnia).

TOLEDO CORSI, César, (2013): *Tutela de la Libertad Sindical* (Santiago, ThomsonReuters)

UGARTE CATALDO, José Luis; CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2008) *Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico* (Santiago, LegalPublishing).

#### JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

*Inspección Comunal Trabajo Santiago Norte Oriente con United Plastic Corporation S.A. (2006)*: Corte Suprema, 19 de diciembre de 2006, Rol N° 6123-2006 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente con Promilinks S.A. (2014)*: Corte Suprema, 4 de diciembre de 2014, Rol N°3.514-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

#### JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2000) Ord. 4536/319, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2002) Ord. 1217/67, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2003) Ord. 4603/184, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2003) Ord. 4603/184, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2003) Ord. 1662/39, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2003) Ord. 0823/0020, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, (2014) Ord. 4536/319, disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-101774.html> [fecha de visita 13 de noviembre de 2015].

## PRESENTACIÓN TERCER PANEL DE LAS JORNADAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: LA HUELGA

CARMEN ELENA DOMÍNGUEZ\*<sup>187</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Para partir, y sin caer en la tentación de rememorar a los fenicios, quisiera recordar brevemente la gestación del Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo (en adelante el “Proyecto”) (Boletín N°9.835-13). El tan citado Programa de Gobierno de la Presidente Bachelet bajo la idea fuerza de “nivelar la cancha entre empleadores y trabajadores”, proponía luego de sus reformas “de fondo” (en materia tributaria, educacional y nueva constitución), “promover la capacidad y autonomía de las partes para negociar en igualdad de condiciones y al mismo tiempo con una cultura de colaboración”.

Se veía promisorio y convocante el horizonte, pues se declaraba contrario a la tradicional visión confrontacional que rodea a las relaciones colectivas de trabajo, a los “intereses contradictorios entre empleadores y trabajadores” que el profesor Raso nos llamaba a superar en su charla magistral; y más bien, nos situaba en la idea de colaboración... como ejemplificaba el profesor William Thayer, la imagen de empleadores y trabajadores, todos subidos en un bote, en el que para avanzar deben ponerse de acuerdo de hacia dónde remar y con qué ritmo hacerlo.

Para lograr este objetivo, el programa planteaba una serie de medidas:

- a) Fortalecer el sindicato y aumentar los trabajadores que pueden negociar colectivamente;
- b) Establecer y resguardar la titularidad sindical de la negociación colectiva;
- c) Establecer la extensión automática de beneficios a los nuevos sindicalizados;
- d) Sindicato más y mejor informado para negociar colectivamente;
- e) Simplificación del procedimiento de negociación colectiva;
- f) En materia de contenido de la misma: piso de negociación y “aumento de materias”;
- g) Ampliación de permisos sindicales y adjudicación de su “costo” a los empleadores.

En materia de huelga el programa era cauto, pues se limitaba a dar cuenta de los llamados de atención de la Organización Internacional del Trabajo respecto a nuestro sistema de reemplazo en huelga en razón del Convenio N° 87, comprometiéndose a “avanzar” en el respeto de la libertad sindical.

La pregunta entonces que subyace a la discusión de este panel es ¿cómo se manifestó en el Proyecto de Ley presentado por el gobierno ese “avanzar” hacia la promoción de la capacidad y autonomía de las partes para negociar en igualdad de condiciones y al mismo tiempo con una cultura de colaboración?

Básicamente, se pueden identificar cuatro ejes centrales que dan cuenta de cómo el Proyecto respondió a esta pregunta, y que por lo tanto, constituirían su núcleo programático: i) la definición de la huelga como un derecho; ii) el reemplazo en huelga; iii)

---

\* Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

una huelga sin descuelgue y; iv) Los servicios mínimos, los servicios esenciales, y los equipos de emergencia. Además de los puntos anteriores, es posible reconocer otra serie de modificaciones que propone al Proyecto y/o las indicaciones aún en discusión, a la regulación de la huelga actualmente vigente.

## 2. LA DEFINICIÓN DE LA HUELGA COMO UN DERECHO

El Proyecto de Ley incorpora al Código del Trabajo el capítulo VI titulado “Derecho a Huelga”, concebido dentro del título IV de la “Negociación Colectiva Reglada”.

Entendemos que con la sola incorporación de este título por el Ejecutivo, el mismo realiza una declaración que constituye sin duda un avance en materia de libertad sindical, por cuanto hasta la fecha en nuestro texto constitucional y en el propio Código del Trabajo, no se explicitaba la naturaleza de la huelga como un derecho, sin perjuicio del reconocimiento del mismo a través de la aplicación del artículo 5 de la Constitución Política de la República<sup>188</sup> y la suscripción por Chile del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el año 2001<sup>189</sup>, o de interpretaciones judiciales como la sostenida por la Excma. Corte Suprema en fallo de reciente data quien entendía que de la incorporación de la huelga dentro del listado de derechos del artículo N°19 de la Constitución, era posible deducir su naturaleza protectora<sup>190</sup>.

Cabe señalar, que el Ejecutivo no se limita a definir la huelga como un derecho, sino que además, le incorpora el adjetivo calificativo de “pacífica”. Así, en el mensaje presidencial se definía a la huelga como “un derecho, que debe ser ejercido colectivamente **y pacíficamente**”. Esta nomenclatura fue eliminada del texto aprobado en general por el Senado, escuchando las voces de los trabajadores quienes avizoraban en este adjetivo una supuesta “criminalización” de la huelga mientras otros veían en él una declaración formal del cómo debe ser ejercido el derecho, sin embargo, la discusión sobre su mantención en el texto definitivo de la ley sigue siendo álgida en la Comisión de Trabajo<sup>191</sup>.

## 3. EL REEMPLAZO EN HUELGA

---

<sup>188</sup> Que a contar de la Ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989, que modifica el artículo 5° de la Constitución Política de la República, establece como deber de los órganos del Estado, el respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea de aquellos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>189</sup> Este Pacto, ratificado por Chile el año 1989, establece en su artículo 8.1 la protección del *derecho* en los siguientes términos: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:... d) El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”. Asimismo, el 5 de junio de 2001 Chile suscribió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En él los Estados Partes se obligan a adoptar “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias*” para “*la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*”, entre los cuales se encuentra el de huelga, consagrado en su artículo 8.1, al disponer: “*Los Estados partes garantizarán:... b. el derecho a la huelga*”.

<sup>190</sup> Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks Sociedad Anónima (2014).

<sup>191</sup> Cabe señalar que ante la Comisión del Senado se han presentado indicaciones que buscan reinstalar la palabra “pacífica” en la definición del derecho a huelga como, asimismo, la identificación como práctica antisindical del ejercicio de la huelga de forma violenta. Ver indicaciones de los Senadores Prokurika y Araya.

El texto legal actual establece una prohibición relativa al remplazo en huelga. Relativa, porque en definitiva permite el reemplazo, sujetándolo al cumplimiento de ciertas condiciones a ser cumplidas por el empleador en su última oferta; a decir: el que la última oferta cumpla con idénticas estipulaciones a las del contrato, convenio o fallo arbitral anterior, que cuente con una reajustabilidad mínima y que ofrezca un bono de reemplazo de cuatro unidades de fomento por trabajador reemplazado. En definitiva, se deja a la decisión del empleador el reemplazar o no, lo que dista mucho de ser una prohibición propiamente tal.

En tal sentido no debe sorprendernos que el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo nos haya hecho observaciones por el incumplimiento del Convenio N° 87, dado que en definitiva el reemplazo en huelga, al menos formalmente, está permitido en nuestra legislación bajo el cumplimiento de ciertas condiciones de naturaleza fundamentalmente económicas.

El Proyecto de Ley en comento, frente a esta temática decide “avanzar”, dándole realidad a esta prohibición, y por lo tanto, eliminando las hipótesis que ubican en el campo decisonal del empleador la facultad del reemplazo. El Proyecto establece lisa y llanamente una prohibición de reemplazar los *puestos de trabajo*, sancionando el incumplimiento como una práctica desleal grave y habilitando a la Inspección del Trabajo a requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes por parte del empleador, pudiendo denunciar su actuar ante los Tribunales competentes en caso de negativa.

El Proyecto en los términos actualmente vigentes en la Comisión de Trabajo del Senado, centra el debate, en consecuencia, ya no sobre si es posible reemplazar o no, cuándo sí y cuando no; sino más bien, sobre qué se entenderá por “reemplazar”.

Esta discusión enmarcada por las numerosas indicaciones introducidas al Proyecto de Ley por el Ejecutivo y los Honorables, se centran por lo tanto en dilucidar esto: ¿qué entendemos por reemplazo?

Así por ejemplo, el senador Navarro entenderá que al prohibir el reemplazo se está proscribiendo tanto el reemplazo interno como el externo. Asimismo, el senador Araya entenderá que esta prohibición también alcanza al fenómeno de la subcontratación, vetando el reemplazo que podría hacer la empresa principal ante una huelga de los trabajadores de su empresa contratista mediante la contratación de otra empresa contratista.

Otros, en cambio, (como el Senador Horvath), entenderán que la reasignación de funciones entre los trabajadores de la empresa no cabe dentro del concepto “reemplazo”, y por ende, el reemplazo interno no cabe dentro de esta prohibición. Sostendrán, sin embargo, que para proteger la garantía se deberán tomar ciertos resguardos para evitar que la norma prohibitiva sea burlada, como por ejemplo: el establecimiento de requisitos objetivos para la realización de las reasignaciones, tales como, la antigüedad previa de los trabajadores que serán “reassignados” y la utilización de este cambio de funciones en el marco de lo establecido en el artículo 12 del Código del Trabajo<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Así por ejemplo, el senador Horvath se muestra partidario de la prohibición del reemplazo con trabajadores externos, pero admite el reemplazo con trabajadores internos. En su primera indicación incorporaba ciertos requisitos:

- a. Sean trabajadores de la empresa al momento de iniciarse la huelga;
- b. No participen de la negociación colectiva;
- c. Que hayan sido contratados para desempeñarse en funciones similares a aquellas que deben ser objeto del reemplazo; y



Finalmente, tan bien es posible observar en el Congreso, las voces que buscan establecer “diversas intensidades de la prohibición al reemplazo”, debilitando la facultad de la Inspección del Trabajo para ordenar el retiro de los reemplazantes en las micro y pequeñas empresas, otorgándoles a éstas el derecho a solicitar al tribunal que califique la naturaleza de las funciones de los trabajadores reemplazados antes de ordenar el retiro de los reemplazantes<sup>193</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho de forma precedente, en cuanto a que el debate en este pilar estaría más bien centrado en el concepto de reemplazo y no así en si se prohíbe o no el mismo, y bajo qué condiciones, cabe señalar que se encuentran sobre la mesa de la Comisión de Trabajo del Senado actualmente, algunas indicaciones de Honorables que buscan “perfeccionar” la regulación actualmente vigente en esta materia, manteniendo la prohibición relativa al reemplazo en huelga pero encareciendo su uso a través del aumento del bono de reemplazo<sup>194</sup>.

#### 4. UNA HUELGA SIN DESCUELGUE

La legislación nacional vigente permite el descuelgue individual de los trabajadores vinculados a un proceso de negociación colectiva -ya sea sindicalizados o adherentes al mismo-, a contar del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga, si la última oferta cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 381 inciso 1° del Código del Trabajo, y si no los cumplió, a contar del trigésimo día contado desde la misma oportunidad, siempre y cuando haya mediado el ofrecimiento de pago del bono de reemplazo que describe el artículo referido.

El Proyecto de Ley del Ejecutivo omitía esta alternativa, por lo cual debe entenderse que desconoce el descuelgue como derecho y manifestación de la libertad de trabajo.

Básicamente, las opciones que se están discutiendo en el Senado apuntan a:

- a) Reestablecer la opción del descuelgue, sin exigencias adicionales<sup>195</sup>;
- b) Reestablecer la opción de descuelgue, dividiendo la desvinculación del proceso de huelga<sup>196</sup> y la reincorporación a la empresa (sujetando esta última acción a que el 20% de los trabajadores en huelga quiera seguir estándolo o quiera no continuar la huelga).

---

d. Que trabajen en el mismo establecimiento.

La Senadora Pérez, a su vez, añadirá en sus indicaciones que los trabajadores que pretendan ser reasignados deben haber sido contratados con al menos 60 días de anticipación, y se respeten los límites del artículo 12 del Código del Trabajo.

<sup>193</sup> Ésta es parte de las indicaciones “Pro Pyme” que presentó un grupo de Senadores de distintas bancadas políticas como los Senadores Tuma, Allamand, Larraín, Pizarro, Zaldívar, Guillier y Quinteros.

<sup>194</sup> En este sentido, las indicaciones de los Senadores Coloma, García Huidobro y Pérez Varela, proponen admitir el reemplazo en huelga pero condicionándolo a una última oferta con las condiciones actualmente vigentes (idénticas estipulaciones reajustadas, reajustabilidad mínima anual y bono), aumentando el bono de reemplazo a 6 UF por trabajador reemplazado.

<sup>195</sup> El Senador Ossandón, propone mantener el derecho a descuelgue a contar del décimo quinto día y sin condiciones.

<sup>196</sup> Al respecto hay algunas indicaciones que mantienen el décimo quinto día contado desde la huelga, mientras otras, lo establecen a contar del quinto día.

- c) Reestablecer el descuelgue, en términos similares a los hoy vigentes, aumentando el bono de reemplazo y disminuyendo los plazos para poder ejercerlo.

En consecuencia, la discusión en este eje se debate entre dos concepciones distintas: el descuelgue es una manifestación de la libertad de trabajo y del propio de derecho de negociar colectivamente en cuanto derecho individual de manifestación colectiva o más bien es un derecho colectivo de manifestación colectiva que prima por sobre el derecho del individuo.

## 5. LOS SERVICIOS MÍNIMOS, LOS SERVICIOS ESENCIALES Y LOS EQUIPOS DE EMERGENCIA

Es quizás este eje el que ha generado mayor discusión en los últimos días, tal vez, porque en este ámbito el Proyecto avanza incluso más que el ente internacional especializado.

Cuando hablamos de servicios esenciales nos referimos a aquellos cuya paralización pone en peligro la vida, salud y seguridad de la población, en palabras de la OIT y, por lo tanto, se admite que los Estados puedan limitar e, incluso, restringir el derecho a huelga en estos casos. Pero, además, es posible concebir dentro de este concepto, una versión más amplia de servicios que devienen en esenciales pese a no serlos en su origen; los “servicios esenciales por extensión” dirá la doctrina, y los llamaremos en esta sesión como por “analogía”. Respecto a éstos, se permite la limitación del derecho, a través de la obligación que recae sobre el sindicato en huelga de suministrar equipos de emergencia que permitan cubrir los servicios mínimos que eviten daños en los servicios de utilidad pública para la población e incluso daños irreparables para la empresa.

Las hipótesis reconocidas por la Organización Internacional del Trabajo para estos casos son:

- a) Los trabajadores que laboren en empresas que atiendan servicios de utilidad pública.
- b) Los trabajadores de aquellas empresas cuya paralización, por su naturaleza, cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Pues bien, el Proyecto debería, bajo la consigna del avance en la protección de la libertad sindical, acercarse a la comprensión restrictiva de aquellas hipótesis que hacen operable la limitación del derecho a huelga tanto absoluta (prohibición) como relativa (servicios mínimos), sin embargo el avance propuesto por el Proyecto resulta un poco curioso. Y la curiosidad, a mi parecer, descansa en que incorpora al concepto de servicios esenciales por “analogías” cuestiones que exceden con creces esta tendencia restrictiva impuesta por la Organización Internacional del Trabajo.

El Proyecto elimina la referencia a los servicios esenciales, y lo reemplaza por la enumeración de una serie de criterios que, en algunos casos coinciden con el concepto de servicios esenciales de la Organización Internacional del Trabajo; en otros, abarca los servicios mínimos; y en otros, excede ambas concepciones.

Así entonces, el Proyecto entiende como justificantes al otorgamiento de servicios mínimos los siguientes motivos:

- proteger los bienes e instalaciones de la empresa;
- la prevención de accidentes (rompe la lógica de daño actual, pero va en la línea de irreparable);
- la garantía de prestación de servicios de utilidad pública (servicio esencial);

- la atención de las necesidades básicas de la población, relacionadas a la vida, seguridad o salud de las personas (servicio esencial);
- prevención de daños ambientales o sanitarios (amplifica la hipótesis del daño más allá de la empresa, y reconociendo como bien superior a proteger, el medio ambiente).

Por otra parte, el Proyecto determina que la calificación y determinación de los equipos de emergencia debe ser realizada por las partes previo a la negociación colectiva, dando a entender que dicha calificación y determinación no quedaría sólo limitada a las particularidades del equipo de emergencia sino a las hipótesis que harían procedente el uso de los mismos, lo que de cierta forma relativiza la discusión anterior, pues sitúa al tema en el ámbito de la autonomía de las partes, pero también relativiza la protección al derecho porque lo hace disponible.

#### 6. LA REANUDACIÓN DE FAENAS POR DECRETO PRESIDENCIAL. SE CAMBIA A SEDE JUDICIAL

Actualmente se concibe la posibilidad de que el Presidente de la República decrete la reanudación de faenas cuando la huelga o el lock – out por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios a la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (artículo 385 del Código del Trabajo).

El Proyecto traslada la decisión de esto al órgano jurisdiccional, con lo cual se enfrenta la temática más desde la lógica de la colisión de derechos que de la imposición del orden público, manteniendo las hipótesis de afectación.

Navarro y otros senadores, prefieren mantenerlo como prerrogativa presidencial, exigiendo la firma de tres ministros y un árbitro.

Es interesante la indicación que suma al medio ambiente dentro de las hipótesis que hacen operable la reanudación forzada de actividades, la que resulta coherente con su incorporación como “servicios mínimos”.

#### 7. REQUISITOS, EFECTIVIDAD Y MANTENCIÓN DE LA HUELGA

- a) Requiere nuevamente que se haga efectiva, pero aumenta al quinto día.
- b) Cambia el derecho de hacer asamblea el día de la votación.
- c) Por indicación, se busca introducir mecanismos de reafirmación de la huelga: En cualquier momento se podrá convocar a votar la censura de la comisión, mantención de la huelga o aceptación última oferta (20%).

Además de las modificaciones comentadas que tienen que ver con la etapa de ejecución de la huelga, ya sea el Proyecto actualmente aprobado en general por el Senado o las indicaciones introducidas, el Proyecto también concibe modificaciones de la etapa de convocatoria y aprobación de la huelga que tal vez nuestros expositores vayan a comentar.

En consecuencia, tenemos un Proyecto que en materia de huelga se debate entre la protección del derecho, la inmunidad del derecho y la referencia al derecho, cuestión que en cualquier caso debería resolverse en el sentido de reconocer el derecho a huelga como un derecho fundamental cuyas delimitaciones deben ser establecidas de manera que su ejercicio no vulnere en su esencia otros derechos fundamentales como la libertad de trabajo y el libre desarrollo de actividad económica.

Pero sin ánimo de seguir entreteniéndolos (espero sinceramente que haya sido así y si no igual aplica como ironía) quiero dejar hasta acá esta mera presentación para darle la palabra a los expositores de este panel, primero el profesor Gamonal, luego el profesor Humeres y luego el profesor Pereira, para luego conducirnos al café y volver con las comunicaciones de las ponencias, un breve tiempo de comentarios o réplicas para terminar con una ronda de preguntas de los asistentes.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks Sociedad Anónima (2014): Corte Suprema, 4 de diciembre de 2014, Rol N° ° 3.514-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

# LA HUELGA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL SISTEMA DE RELACIONES SINDICALES

HÉCTOR HUMERES NOGUER\*<sup>197</sup>

## 1. EL CONCEPTO DE LA HUELGA Y SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Es muy difícil encontrar una definición universal acerca de lo que es la huelga como fenómeno jurídico; ello se debe, fundamentalmente, a la circunstancia de que la huelga como tal, puede asumir numerosas y diversas formas de materializarse.

En efecto, y sin pretender agotar el tema pueden citarse las siguientes clasificaciones al efecto:

- a) Según las personas que puedan iniciarla:
  - Trabajadores dependientes del sector privado
  - Funcionarios públicos
  - Prestadores de servicios sin vínculo contractual
  - Cualquier particular
- b) Según el objetivo del conflicto en que se encuentran inmersas:
  - De intereses o económica
  - Social o de derecho
  - Política
  - revolucionaria
- c) según las formalidades a que debe encontrarse sujeta
  - anunciadas
  - sin anuncio
  - pacíficas
  - violentas
  - manifestación
  - de advertencia
  - relámpago
  - escalonada o progresiva
- d) Según el fin perseguido:
  - Ofensivas
  - Defensivas
- e) Según su extensión:
  - De empresa
  - Por actividad
  - Nacionales
  - Internacionales
- f) Según afecten al Derecho y la Justicia:
  - Lícitas o Ilícitas
  - Legales o ilegales

---

\* Profesor Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- Justas o injustas
- Directas o indirectas o de solidaridad

A más de ello, en los últimos años se han incorporado otras variaciones, como las vinculadas a fenómenos transnacionales.

Ante tamaña amplitud y diversidad, ningún Convenio de la OIT contiene algún concepto acerca de la huelga, en especial ni el N° 87 referido a la Libertad Sindical como tampoco el N° 98 que trata de la Negociación Colectiva, lo que no significa que la desconozcan como fenómeno social. Han sido tanto el Comité de Libertad Sindical como el de Expertos los que se han referido en extenso al tema de la huelga y a todas sus implicancias, teniendo la oportunidad de explicitar sus términos y alcances en numerosas resoluciones emanadas de las mismas instancias.

Mucho se ha discutido, sin que los autores hayan logrado ponerse de acuerdo en cuál es la verdadera y exacta naturaleza jurídica de la huelga. Algunos –Carnelutti entre ellos– sostienen derechamente que se trata de un acto antijurídico; otros, que la huelga es un derecho tan respetable como el de propiedad y los demás que se rigen por el Derecho Privado, y, por último, un tercer grupo, que sostiene que la huelga no es un derecho, sino que es un hecho.

A este respecto, hay que recordar que, inicialmente, las huelgas eran consideradas como una expresión de la intención de poner término al contrato de trabajo; más tarde cobró vigencia la tesis de la suspensión del contrato de trabajo, que equivale a una falta contractual pero que no cuenta con la envergadura suficiente como para justificar el cese de la relación laboral.

Intentando avanzar en una definición, podríamos estimar que la huelga es la suspensión temporal, concertada y colectiva del trabajo, sea por causa económica, de derecho, o de intereses, y que persigue obtener logros que satisfagan dichas aspiraciones.

En todo caso, y tomando en consideración lo anteriormente explicitado en cuanto a las diversas corrientes del pensamiento existentes al respecto, nos parece que carece de relevancia la circunstancia de que no exista un concepto de la huelga, ya sea a nivel constitucional o legal; en el hecho, son numerosas las naciones que no la tienen conceptualizada como tal (Bélgica, Alemania, Chile), sin que por ello se ponga en duda en éstas su existencia.

Más relevante pareciera ser el tema relativo a determinar a quién corresponde la titularidad de la huelga. En efecto, se debate si ello corresponde a la organización sindical, al trabajador o trabajadores, o a ambos. En doctrina existen ardientes defensores para todas estas posiciones y al analizar diversas regulaciones normativas, es posible arribar a la misma conclusión.

En el caso nacional, nuestra Carta Fundamental lo establece como un derecho de los trabajadores, pero al conjugarlo con la efectivización de la huelga, es posible apreciar que ello queda entregado a la representación que la corresponde ejercer al Sindicato (art. 220 N° 1 del Código del Trabajo).

Dado lo anterior, es posible colegir que el derecho de huelga tiene el carácter de individual, pero su materialización queda entregada al Sindicato, quien asume a su respecto la titularidad de su realización, asumiendo el rol de depositario del interés colectivo; es lo que algunos autores han denominado “*un derecho individual de ejercicio colectivo*”<sup>198</sup>.

Así, la titularidad del derecho es de cada uno de los trabajadores, siendo a la vez un

---

<sup>198</sup> GIUGNI (2008) p. 229.

derecho reconocido de interés colectivo, y que, en su ejercicio tiene el carácter de tal.

Es del caso señalar que el mismo Comité de Libertad Sindical de la OIT le ha reconocido tal carácter, el indicar que se trata de un derecho de carácter dual, como un derecho tanto de los trabajadores como de sus organizaciones<sup>199</sup>; es una característica de bititularidad, individual y colectiva.

El Proyecto de Reforma<sup>200</sup> al referirse a esta materia, consigna que la huelga es un derecho que debe ser ejercido en forma colectiva por los trabajadores, a través de la negociación colectiva llevada a efecto por sus organizaciones sindicales.

Ello pareciera enmarcarse dentro de la política de fortalecer las organizaciones sindicales, pero cabe preguntarse si ello no debiere estar revestido de un grado mínimo de representatividad, ya que puede significar que un grupo minoritario de trabajadores que forman un sindicato, virtualmente monopolicen el derecho a negociar y, por ende, el derecho a declarar la huelga.

Nos parece que ello atentaría en contra el derecho de los demás trabajadores de la empresa, a lo cuales se les privaría – a menos que pertenezcan al sindicato – a ejercer libremente su derecho a negociar y, dentro de ella, su derecho a huelga; algunas indicaciones al proyecto en actual trámite especifican un porcentaje de afiliación mínima al sindicato de un 50%. Nos parece que ello constituiría un piso mínimo para desatar una obligatoriedad en esta materia.

En efecto, creemos que exigir que los trabajadores necesariamente deban afiliarse a un sindicato poco representativo para poder negociar colectivamente y así tener el derecho a huelga, violenta la libertad sindical en su vertiente individual y puede terminar desconociendo las diversas realidades laborales correspondientes a distintas faenas o establecimientos.

## 2. EL DERECHO DE HUELGA Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Uno de los puntos más debatidos en doctrina reside en definir si el derecho a huelga debe estar o no reconocido a nivel de carta fundamental; por ende, la situación tiene muchos matices y una diversidad de criterios.

Son numerosas las Constituciones que reconocen expresamente entre los derechos individuales o garantías constitucionales el derecho de los trabajadores a declararse en huelga; puede citarse en dicho sentido el caso de Argentina, Francia e Italia. Pero en diversos países, no existe un reconocimiento explícito en la Carta Fundamental, pudiendo citarse a tal efecto el caso de Bélgica, Alemania y Reino Unido.

En el caso de Chile, la Constitución de 1925, en su artículo 10, inciso 2º, reconocía “el derecho de huelga”, en conformidad a la ley.

La actual Constitución Política de la República que data del año 1980 no lo contempla en forma expresa, y se prestó a muchos debates este aspecto, y hasta que la jurisprudencia no sentó sus reales, algunos fueron de la opinión que no lo reconocía.

Sólo después de diversos fallos en idéntico sentido se pudo concluir que la Carta Fundamental lo reconocía en forma tácita. Al efecto, se concluyó que **el artículo 19, N° 16,**

---

<sup>199</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 521 y 522.

<sup>200</sup> Mensaje de la Presidenta de la República N° 1055-36, de 29 de diciembre de 2014

**inciso 5º**, al señalar que: “*no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso*”, estaría tácitamente reconociendo el derecho de huelga a todos aquellos a quienes no se lo ha impedido expresamente.

Personalmente compartimos este criterio y creemos que es el modo más equitativo, a la vez que ajustado a derecho, de interpretar la citada norma constitucional. En consecuencia, somos de la opinión que el derecho está consagrado a nivel constitucional en forma tácita.

Sin perjuicio de ello, es del caso consignar que al haberse publicado en Chile, con fecha 27 de mayo de 1989, el D.S. N° 326, que promulgó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, el cual en su artículo 8º, letra d), reconoce “*el derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*” y, en virtud de lo prescrito en el artículo 5º de la Constitución Política, este derecho no tendría ya un reconocimiento tácito, sino expreso.

En efecto, la citada norma fundamental expresa que es deber del Estado el respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, así como los garantizados por “*los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”.

Siendo así el caso del Pacto en análisis, no cabría sino concluir que el derecho a huelga ha obtenido, por esta vía, un reconocimiento expreso en nuestra legislación; no obstante, un sector estima que esta interpretación excede el marco constitucional.

Con todo, hay que dejar sentado el hecho de que la circunstancia que eventualmente no se encuentre consignado en algún país en forma expresa el derecho de huelga, ello no ha impedido en modo alguno su legítimo ejercicio. En efecto, ante la inexistencia de norma constitucional, ha sido la ley la que lo ha consagrado – ya sea mediante su reconocimiento en un proceso de negociación colectiva, como el caso chileno – o bien en leyes específicas que se han referido la materia, como el caso Belga, o bien a través de la jurisprudencia de Tribunales, como es el caso de Alemania.

Por ende, pareciera que el tema de fondo, más que apuntar a dudar de la existencia del derecho por la circunstancia de que la Constitución Política no se refiera formalmente a él, apunta a la prioridad que la Sociedad quiera otorgarle a este derecho fundamental o esencial en relación a otros aspectos de la vida ciudadana.

Creemos que en el caso nacional, dado que Chile ha suscrito diversos Pactos Internacionales que sí reconocen este derecho, por lo que tácitamente se encuentra incorporado a nuestra Carta Fundamental, sería preferible optar por idea de incorporarlo en forma expresa.

Nos parece que ello contribuiría a eliminar eventuales cuestionamientos y evitar dificultades tanto del orden legislativo como judicial, guardando concordancia con la tradición jurídica de nuestro país.

### 3. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Así como las Constituciones o bien las legislaciones o sino la jurisprudencia tienden



a consagrar el derecho de huelga, existen también ciertas situaciones que imponen restricciones o límites a este derecho fundamental, en razón del interés de la colectividad en la continuidad de los servicios que le son indispensables.

La mayoría de ellas, generalmente aceptadas, hacen relación con los denominados *servicios esenciales*, ya sea proscribiéndola derechamente o bien imponiendo a su respecto una serie de mecanismos procedimentales, lo que ha suscitado no pocos debates en torno a su validez.

Otro aspecto de interés es el relativo a la afectación de otros derechos subjetivos y de las libertades derivadas de estos, necesarios en una sociedad democrática, ya fuere que se trata de personas individualmente consideradas o del denominado interés público, la seguridad nacional, la salud o la moral pública.

En relación a este aspecto, se ha debatido en Doctrina la posibilidad de aplicarle a la huelga la denominada “prueba de proporcionalidad”, esto es, verificar que ella se encuentra en proporción a sus objetivos.

Ello llama a reflexionar acerca de cuál es el tipo de regulación apropiada en torno a esta materia: la impuesta por el Estado? La acordada por las partes?

La dificultad central y básica en esta materia pareciera ser la vinculada con que debe entenderse por estos denominados servicios esenciales, sin que sea relevante para estos efectos el que ellos sean prestados ya sea por Estado o por los particulares.

Una orientación básica a este respecto la encontramos radicada en los organismos pertinentes de la OIT, en especial esto es el Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, los que han prescrito al efecto que deben estimarse como esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad, o la salud de la persona en toda o parte de la población, asumiendo a su respecto una visión de carácter restringido, por estimar que constituye una limitación al derecho de huelga.

Debe tenerse presente que el daño que provoca una huelga puede afectar no tan sólo a la empresa en que se declara, sino que también a terceros ajenos completamente al conflicto, para quienes dichos efectos son ciertamente injustos, con lo cual este deja de ser necesariamente solo bilateral.

Ello se traduce en una alteración de la paz social y es especialmente relevante cuando afecta a determinados sectores vulnerables de la población en lo que se refiere a los denominados servicios esenciales.

La preservación adecuada de derechos tan fundamentales como es la vida, la seguridad personal, la salud o las condiciones vitales de los ciudadanos es un tema difícil y que pone en jaque los objetivos absolutos de la huelga; lo que complejiza más aun el tema es la circunstancia de que no es fácil escindir lo que son servicios esenciales de aquellos que tienen el carácter de públicos, lo que provoca no pocas controversias. Ello hace necesario deslindar ambos aspectos.

En cuanto a este punto, debe consignarse que esta materia ha sido objeto de preocupación por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el que ha señalado diversos lineamientos en cuanto a que es lo que debe entenderse por Servicios Esenciales, señalando al respecto que debe entenderse por estos a aquellos cuya falta representen una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, pero especificando que la calificación depende en gran medida de las condiciones propias

de cada país<sup>201</sup>.

Diversas legislaciones consignan esta materia, utilizando diversos criterios sobre el particular, optando una gran parte de ellos por regulaciones legales o fallos de Comisiones Mixtas o de la Justicia, y con injerencia tanto de las empresas como de los sindicatos.<sup>202</sup>

El Proyecto de Reforma, en relación a esta materia, hace referencia a los equipos de emergencia y a los servicios mínimos, calificando los primeros como aquellos estrictamente necesarios para proteger los bienes e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, vinculando los segundos a la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población o garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. Algunas indicaciones lo han vinculado también a la subsistencia de la empresa o el daño económico al emprendimiento. La OIT ha señalado recientemente que aquí se ha producido una confusión de conceptos, entre los llamados servicios esenciales y los servicios mínimos; los primeros atiende al bien público; los segundos, a la sobrevivencia de la empresa. Creo que estamos de acuerdo con esta afirmación.

No obstante, acertada parece la norma que prevé el Proyecto en relación a los servicios mínimos en cuanto a establecer con la debida antelación una formulación previa de esta clase de requerimientos, ya que ello tiende a evitar conflictos mayores, pero nos parece que ella es incompleta en su formulación, en cuanto no establece sanción alguna ante el eventual incumplimiento por parte de los trabajadores de ejecutar las acciones destinadas a proveer los mencionados equipos con la cantidad de trabajadores necesarios o bien su elusión mediante el envío de personas que no cuenten con la calificación necesaria para prestarlos de manera adecuada. Ello puede traducirse en una fuente de conflictividad durante el proceso de negociación colectiva, la que necesariamente derivaría en su judicialización.

Señala al respecto que deberá ser el sindicato quien deberá destinar a los trabajadores para atender esta situación, recibiendo el nombre de equipo de emergencia. Y que, en caso de no proveerlo así la entidad Sindical, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender dichos servicios.

Agrega el Proyecto (artículo 360) que la calificación de estos servicios mínimos deberá iniciarse con 180 días de antelación al inicio del proceso de negociación colectiva; de no lograrse acuerdo con el Sindicato deberá requerirse la intervención de la Dirección del Trabajo, la que resolverá sin ulterior recurso.

Asimismo, el Proyecto establece en el mismo artículo que será la propia Dirección del Trabajo la que, en el mes de abril de cada año, establecerá los estándares técnicos de carácter general que servirán de base para la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia. Esta solución también parece adecuada.

Otro aspecto relevante a analizar en relación a esta materia es el vinculado con aquellas actividades que no pueden declarar la huelga, aspecto recogido tanto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT<sup>203</sup> como en diversas legislaciones tanto en relación a las Fuerzas Armadas como respecto de los servicios públicos y los denominados servicios esenciales.

---

<sup>201</sup> <sup>201</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 581 a 594.

<sup>202</sup> Se puede ver consultar al efecto: STEWART Y BELL (2009).

<sup>203</sup> <sup>203</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 570 a 604.

Es del caso consignar que nuestra Carta Fundamental (artículo 19 N° 16) entrega dicha responsabilidad al Legislador, el que la recoge en el actual artículo 384 del Código del Trabajo, indicándose en él que no podrán declarar la huelga los trabajadores de las empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización, por su naturaleza, cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, dejando entregada la calificación a que se ha hecho mención, a una Resolución conjunta de los Ministerios del Trabajo Economía y Defensa Nacional.<sup>204</sup>

En nuestro país, al igual que otros países del continente americano, se ha optado por la potestad del gobierno de confeccionar un listado anual, por medio de un decreto de carácter triministerial, en el que se consignan una serie de empresas que se estiman pueden negociar colectivamente pero no declarar la huelga, sujetándolas a un procedimiento arbitral obligatorio en caso de no obtener una solución consensuada entre las partes en conflicto. En otras latitudes, europea preferentemente, se ha preferido una regulación a través de los convenios colectivos o en directrices emanadas de los propios sindicatos.

En el texto de la reforma se ha optado (artículo 360) por continuar con dicha idea, dejando entregado el procedimiento a un requerimiento de parte a los Ministerios ya referidos, quienes deberán efectuar la respectiva calificación cada dos años; en una innovación de importancia, la nueva normativa propuesta establece que efectuada de esta manera la calificación de encontrarse la empresa en la antedicha situación, solo por causa sobreviniente y a solicitud de parte, podrá revisarse su permanencia en el aludido listado, dando con ello la idea de que se desea una cierta estabilidad en dicha nómina.

El procedimiento sugerido nos parece transparente y debidamente sujeto a la actividad de las partes, pero se echa de menos la opción de que pueda existir una instancia de carácter judicial para proceder a su revisión, evitando así una desmedida intervención del Estado sobre esta materia, como también la existencia de la alternativa de calificación por entidades técnicas (como pueden ser los Organismo Fiscalizadores especializados); ello guardaría consonancia con estándares preconizados tanto por la OIT como diversas legislaciones en el mundo en relación a esta materia.

Otro punto de interés reside en determinar que ocurre con la eventual colisión del derecho a huelga con la existencia de otros derechos igualmente relevantes; en especial es de destacar el caso de los derechos de libre iniciativa económica y de propiedad, consagrados en nuestra Carta Fundamental (artículo N° 19, numerales 21 y 24).

El Proyecto de Reforma nada dice sobre este particular, pareciendo deseable que ello fuere considerado bajo *el principio de la proporcionalidad*, establecido al efecto en diversas legislaciones, los que fundamentalmente se refieren al debido equilibrio y respeto que deben conjugarse entre el derecho a huelga con otros derechos y libertades (“prueba de proporcionalidad”). En pocas palabras, el derecho a huelga no puede estimarse como un derecho absoluto, sin limitaciones; así por ejemplo lo consignan la ley o jurisprudencia de países como Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos y Reino Unido.<sup>205</sup>

Nos parece que sería de interés consultar una disposición a este respecto; en efecto, el daño a otros legítimos derechos como los mencionados nos parece que deben ser considerados como una medida de racionalidad, ante huelgas excesivas o desmedidas, que

---

<sup>204</sup> La más reciente de estas Resoluciones corresponde la N° 123 exenta, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de agosto de 2015, en cuya nómina figuran 115 empresas.

<sup>205</sup> Puede consultarse al efecto: STEWART Y BELL (2009).

pueden perjudicar gravemente a terceros. Quizá una fórmula alternativa de solución pudiese explorarse en relación a que, cuando la huelga excediese ciertos marcos pre establecidos, las partes en conflicto necesariamente debiesen recurrir a un arbitraje obligatorio o someterse a una decisión de carácter judicial, que pudiese precaver daños irreparables a otra clase de derechos.

#### 4. LICITUD DE LA HUELGA

Cuando tiene el carácter de lícita una huelga? En relación a esto la posición más aceptada se vincula a su ocurrencia dentro de procedimientos legales destinados a resguardar un estándar mínimo y de cumplimiento de ciertos requisitos, como son ciertos avisos previos a la empresa que afectará y la adopción de medidas destinadas a resguardar la correcta aplicación de la libertad sindical individual.

El cumplimiento de estas medidas nos permiten diferenciar las huelgas de aquellos hechos que simplemente constituye paros o tipos de huelga que exceden el ámbito del derecho; de un tiempo a esta parte se ha recurrido a ciertos eufemismos tendientes a evitar el aura de ilegalidad de que es propietario el paro, tales como “manifestaciones” o “movilizaciones”, pero que no desvirtúa lo que efectivamente es, un acto fuera de la legalidad, que habitualmente suele ir acompañado de la violencia, dando lugar a lo que se denomina “la huelga salvaje”.

Afortunadamente hasta ahora ello no es de ordinaria ocurrencia en nuestro país, al menos en el sector privado – salvo connotadas excepciones en el ámbito minero y portuario - donde ha primado la razonabilidad y se ha creado una cierta cultura de enmarcar el fenómeno de la huelga en el proceso de negociación colectiva; donde más ha menudeado ha sido en el sector público, afectando de manera grave y muy perjudicial a la ciudadanía, la que ajena por completo a la situación laboral que se quiere “visibilizar”. Ejemplos contundentes los hemos tenido recientemente en paros como de Gendarmería y Registro Civil y otros servicios públicos esenciales. Quizá la clave de este fenómeno radique en la circunstancia de que el sector público se encuentra impedido de negociar colectivamente y dentro de él hacer uso de esta *última ratio*.

Ello pone en evidencia lo que consideramos una grave omisión del Estado de Chile, ya que pese a haber ratificado nuestro país el Convenio N° 151 de la OIT el 17 de julio del año 2000, los sucesivos Gobiernos a contar desde esa fecha no lo han puesto en ejecución; los artículos 7, 8° y 9° del citado instrumento son claros en establecer el derecho de los servidores públicos en poder instalar una negociación colectiva y dentro de ella, naturalmente, el hacer uso del derecho a huelga, regulada y con todos los resguardos que se estimen del caso establecer.

Cabe señalar en este sentido que el Comité de Libertad Sindical ha sido explícito en consagrar este derecho, entendiendo que la prohibición de la huelga en este caso, solo debe limitarse a los funcionarios que ejercen *funciones de autoridad en nombre del Estado*<sup>206</sup>.

Al encontrarse privados los empleados públicos de dicha herramienta y ante la circunstancia de no ser escuchados en su legítimas aspiraciones o el incumplimiento de acuerdos logrados con la Autoridad, recurren a los paros, que atentan contra la paz social y

---

<sup>206</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 574, 575, 577 y 578.

crean graves complicaciones a los usuarios de los esenciales servicios a cargo de los organismos del Estado.

Las razones que se han esgrimido para proceder de dicha manera se vinculan al hecho de que resulta difícil establecer los baremos de la negociación que debería llevarse a cabo, pero nos parece ello un muy baladí argumento, que no admite sustento. No puede la dificultad de la regulación constituir una justificación suficiente como para no dar cumplimiento a la obligación que tiene nuestro país y desatender de esta manera aun sector laboral de tan trascendente relevancia para nuestro país.

Asimismo, cabe señalar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sido de una claridad meridiana en esta materia al señalar que las declaraciones ilegalidad no deben corresponder al Gobierno –como lo han proclamado ciertas Autoridades de Estado - sino a órganos independientes de éste<sup>207</sup>.

Otro aspecto vinculado al tema de la legalidad, es el relativo a considerar si las huelgas deben o no estar dotadas de la característica de ser pacíficas o no, si se pueden o no cometer actos ilícitos durante su ejecución.

Sobre este particular, cabe consignar que dicha característica se encuentra recogida en diversas decisiones el Comité de Libertad Sindical de la OIT<sup>208</sup>.

Similar premisa se encuentra recogida en la muchos de los países que es dable analizar (Bélgica, Francia, Alemania) <sup>209</sup> y podemos también entenderlo enmarcado en nuestra Carta Fundamental, cuando a raíz de la Negociación Colectiva (art. 19 N° 16) establece que la ley establecerá las modalidades y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y *pacífica*, expresión que nos parece de una claridad meridiana y que debería servir de orientación a la legislación que rija la materia.

En dicho sentido nos parecía un notorio avance lo expresado en el Mensaje a que se ha hecho alusión anteriormente, cuando se expresaba en el proyectado artículo 347 que la huelga es un derecho que debe ser ejercido colectiva y *pacíficamente*, término que fue eliminado del articulado posteriormente por la férrea oposición de la CUT, la que señaló que ello podría dar lugar a una penalización hacia el Sindicato.

Si bien ello es efectivo, no es menos cierto que en diversas legislaciones se prevé dicha situación, lo que constituye un efectivo llamado hacia los dirigentes de encauzar debidamente el derecho a huelga, evitando los actos violentos que solo tienden a desnaturalizarla y apartarla de sus legítimos objetivos.

Nos parece que dicha eliminación constituye un retroceso en el ámbito de licitud en que debe enmarcarse el derecho a huelga. En efecto, si existe una clara coincidencia a nivel nacional es reconocer este derecho pero también con un claro repudio a ejercerla mediante actos violentos.

En abono de dicha posición, puede citarse la incorporación, vía Indicación de la Presidenta de la República, en al carácter de practica antisindical, “*el uso de la fuerza física o moral durante la negociación colectiva*” (artículo 407 literal e), en la que debemos considerar también comprendida la ejecución del derecho a huelga; nos parece un paso en el sentido correcto y la buena doctrina habría armonizado perfectamente con aquella norma

---

<sup>207</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 628 a 631.

<sup>208</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 649 a 653.

<sup>209</sup> STEWART Y BELL (2009).

que se ha eliminado y a la que se he hecho alusión anteriormente.

Respecto a la *licitud de la huelga*, nos parece oportuno, finalmente, por la innegable autoridad moral que reviste San Alberto Hurtado<sup>210</sup>, su preclaro pensamiento sobre el particular: “En sí misma, la huelga no es intrínsecamente mala. Es un medio de presión que puede ser legítimo. Los dirigentes sindicales han de examinar, en primer lugar, si la huelga está prohibida por una ley justa, como sería en tiempo de guerra o por el grave daño que acarrea al bien común o por un acto previo libremente establecido por las partes, por ejemplo mediante un Convenio Colectivo que esté en vigencia.

Si tal prohibición no existe, piensen bien los promotores los bienes ciertos o seriamente probables que pueden obtener de la huelga. Recuerden que no es lícito provocar un daño grave por motivos fútiles o sin valor; y comparen estos bienes que pueden conseguir con los daños reales que la huelga va a acarrear. Así, no sería lícita una huelga que pusiera en peligro la seguridad de la nación, o que llevara al país al caos. Mediten luego si existe una probabilidad seria de éxito, pues sería criminal llevar al hambre a muchos hogares, para dejarlos después en situación más miserable. Tengan conciencia de haber puesto en juego todos los medios pacíficos antes de llegar a la huelga. Si todas esas circunstancias se reúnen, la huelga es legítima. En tal caso, el trabajador puede, y, en algunas circunstancias debe, ir a ella a luchar por una vida más digna para sí o para sus compañeros de trabajo.

Los medios empleados durante la huelga deben revelar de parte de los obreros conciencia y responsabilidad. Se debe evitar toda acusación injusta o falsa, aun toda exageración que se aparte de la estricta verdad; toda provocación al odio, a la venganza. Se deben recomendar a los huelguistas el respeto a la autoridad y a sus oficiales. Si éstos no son correctos, señálense los defectos a sus superiores, pero no se proceda por la violencia.

Los sindicatos deben tener sumo cuidado al elegir al comité de huelga, que lo formen hombres prudentes, de experiencia, fuertes, de voluntad, de prestigio real ante los obreros, invendibles. Que sean capaces de considerar la situación de la industria y que en sus peticiones no se dejen llevar de la demagogia, del deseo del aplauso, sino del bien común; que en sus discursos se expresen sin odios, con dignidad, de manera que quede más en claro la justicia de su causa y conquisten el apoyo de la opinión pública.

Lo que se ha dicho de la huelga vale también para el lock-out. Que los patrones mediten estos principios antes de declarar tan grave mal como es el cierre de la industria” (HURTADO, 2009, pp. 302 – 303).

## 5. EFECTOS DE LA HUELGA

Sobre este particular, existen algunos aspectos que me parece de interés explorar, y acerca de cuya resolución existen claras controversias en relación al Proyecto de Reforma.

b) Un primer aspecto a considerar, hace relación el derecho a huelga y su necesaria relación con los diversos medios de solución de los conflictos colectivos del trabajo. ¿Será posible evitar la huelga prematura y considerarla solo como una *última ratio*, dado el quiebre que ella supone en el estado de la relación laboral?

A este respecto, cabe considerar que la Comisión de Expertos de la OIT ha

---

<sup>210</sup> San Alberto Hurtado, chileno, destacado defensor de los más necesitados, fundador de la destacada obra social El Hogar de Cristo, institución que ha ejercido con amplitud y generosidad extrema una profunda labor, de amplias repercusiones en la sociedad nacional.

establecido que el procedimiento de declaración de la huelga debe seguir un derrotero que cumpla las siguientes obligaciones:

- 1) dar un preaviso;
- 2) recurrir a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario como condición previa a la declaración de huelga;
- 3) que la votación sea secreta;
- 4) respetar quórum y obtener mayoría para declaratoria;
- 5) respetar los reglamentos de seguridad y prevención de accidentes;
- 6) mantener un servicio mínimo en determinados casos;
- 7) respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas<sup>211</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical<sup>212</sup>.

En el caso nacional, todos estos predicamentos, salvo el consignado en el numeral 2) relativo a los medios de solución alternativos, en general se cumplen, con algunas excepciones en casos puntuales que alteran la eficacia general.

Esta costumbre quizá encuentra su arraigo en la evolución de los conflictos colectivos en el país. Al efecto, es necesario recordar que durante la vigencia del Código del Trabajo de 1931, primero estallaba el conflicto y luego se daba paso a negociación; debe anotarse el exitoso rol que jugaron entes como las denominadas Juntas de Conciliación, como también algunas negociaciones perdurables en el tiempo y que evitaban las huelgas, como la del Cuero y Calzado.

El sistema comenzó a cambiar con la dictación del Estatuto de la Gran Minería del Cobre, el que invirtió el proceso e instauró la negociación colectiva, dejando la huelga como una *ultima ratio*; dicho esquema fue recogido posteriormente por el Decreto Ley N° 2758, traspasado al Código del Trabajo vigente y ha sido recogido también, con algunas modificaciones, pero manteniendo su estructura central, en el Proyecto de Reforma.

Esta estructura contempla los denominados Buenos Oficios (que no es más que una Mediación) por parte de la Dirección del Trabajo, una vez que está votada la huelga, la que también ha tenido una notable tasa de éxitos; también se contemplan tanto en el Código como en el Proyecto la existencia de la Conciliación y el Arbitraje, tanto voluntario como aquel que no lo es. Este último es aceptado por el Comité de Libertad Sindical tan solo por acuerdo entre partes o en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de los funcionarios que ejercen funciones de Autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales o cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona o de toda la población<sup>213</sup>.

El Proyecto de reforma contempla todas estas instancias, pero mantiene tanto en la Mediación como en la Conciliación, una actividad preponderante por parte de la Dirección del Trabajo, sin que se contemple eventual participación de otro tipo de entidades en esta materia; sería deseable que se abriese dicha opción, a fin de evitar una indebida injerencia del brazo estatal en esta clase de materias.

En lo tocante al Arbitraje ocurre algo similar, ya que si bien el Tribunal está compuesto por personas naturales idóneas y calificadas, su organización y supervigilancia

---

<sup>211</sup> ARESE (2011) p. 234.

<sup>212</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafos 549 a 554.

<sup>213</sup> OIT, la Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006, párrafo 564.

quedan igualmente entregadas el Estado; en el hecho, se recurre muy rara vez a este medio de solución, lo que denota una falla en su gestación y aplicación.

Nos parece que en todo este ámbito debería, siguiendo los planteamientos efectuados por el Comité de Expertos anteriormente citado, darse paso a una amplia gama de posibilidades entre las que pudieren optar las partes, debiendo consignarse entre ellas a personas o entidades que tengan la capacidad suficiente como para llevar a efecto una positiva Mediación, Conciliación o Arbitraje; en la medida que estas estén realmente capacitadas y gocen de la confianza de las partes, estos medios de solución podrían tener alto impacto y dejar la huelga realmente como una última opción, evitando así el quiebre de las confianzas, elemento necesario para mantener la paz social.

b) En un sentido diverso pero complementario a la vez, en las Indicaciones formuladas por la Presidenta de la República al Proyecto de Reforma (numeral 402) se contempla la creación de un Consejo Superior Laboral, como instancia de participación tripartita, cuya objetivo reside en colaborar con los Ministerios de Hacienda y de Trabajo y Previsión Social, en la discusión, análisis y emisión de recomendaciones en materias relacionadas con el adecuado desenvolvimiento de las relaciones laborales y del mercado de trabajo. En cumplimiento de dichas funciones, se establece la de efectuar propuestas que permitan fomentar una cultura de relaciones laborales modernas, justas y equilibradas.

Creemos que se trata de una buena idea, pero fallida en dos aspectos: 1) si se desea establecer una instancia de dialogo social verdadera que tienda a evitar la conflictividad debería construirse la entidad como un ente autónomo y no meramente asesor Ministerial; la falta de independencia atentará en contra de su adecuado funcionamiento y de la consecución de sus objetivos; 2) su objeto ya señalado debería ser más explícito en lo concerniente al diseño de políticas que tiendan a evitar la conflictividad en el ámbito colectivo y no simplemente procurar establecer una cultura de buenas relaciones laborales. Ello podría significar un muy potente mensaje para todos los actores de la relación colectiva de trabajo.

c) Otro aspecto de interés dice relación con el reemplazo de trabajadores. En relación a esta materia, nuestra actual legislación, si bien en principio prohíbe esta figura (artículo 381 del Código del Trabajo), para luego permitirla, previo pago por parte del empleador de 4 UF por cada trabajador reemplazado. La Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en contra de esta última posibilidad, tanto en el plano externo como interno<sup>214</sup>, y el Proyecto de Reforma viene siguiendo el mismo derrotero (artículo 347).

Ahora bien, pareciera que una corriente mayoritaria en el mundo se inclina por no permitir el reemplazo externo –salvo en casos muy especiales - porque lo estiman que atenta en contra de los objetivos perseguidos por la huelga, pero diverso es el caso del reemplazo interno, en el cual la tendencia es a la inversa.

Esta última posición encuentra su asidero en que una prohibición al empleador de disponer del personal que no se encuentra involucrado en la huelga durante el curso de esta última, presenta diversas objeciones, a saber:

1) Afecta el normal desarrollo del contrato individual de trabajo de los trabajadores no huelguistas y su continuidad, al impedirles, a virtud de la libertad de trabajo,

---

<sup>214</sup> Véanse al efecto los siguientes fallos de la Cuarta Sala de la Corte Suprema: Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente con Promilinks S.A. (2014); Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal y Empaques S.A. (2015); Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con RGM Mallas de Alambre Ltda (2015).



desempeñar otras funciones que le encomiende su empleador. A este respecto cabe señalar que en el Proyecto de Reforma se incorpora un nuevo concepto, cual es el de “puestos de trabajo”, sin definirlo, quedando así entregado su determinación a diversas interpretaciones. ¿Se refiere al puesto físico? ¿Se trata de un símil de la función desempeñada?

Asimismo, en otra Indicación (N° 365), la Presidenta ha señalado que “el cambio de sitio o recinto en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga” constituye una Práctica Antisindical.

No obstante, la Presidenta ha agregado, en sus Indicaciones un inciso nuevo al artículo mencionado, señalando que “la huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella ni la ejecución de los servicios pactados en sus contratos de trabajo”.

¿Cómo se concilia esta última afirmación con las prohibiciones ya reseñadas? ¿Podría legítimamente un trabajador que tenga pactadas en su respectivo contrato diversas funciones desempeñarlas sin violentar la prohibición del puesto de trabajo? Pareciera del todo evidente que aquí existe una grave confusión, que se hace necesario aclarar.

2) Ello se torna tanto más evidente cuando se examina este aspecto a la luz del *ius variandi* y de la polifuncionalidad; ambas figuras son lícitas, no obstante lo cual, durante el período de huelga, el empleador se encontraría inhibido de poder utilizarla. ¿por qué? ¿no es legítima la primera y no forma parte de la libertad contractual la segunda?

Pareciera que habría sido preferible evitar todas esta clase de disquisiciones y si lo que se deseaba era evitar el reemplazo tanto externo como interno, haberlo expresado derechamente y con toda claridad. La fórmula planteada solo traerá complicaciones prácticas inevitables que desembocarán en disputas de todo tipo.

3) En el mismo orden de ideas, altera también la capacidad de gestión del empleador y de ejercitar por parte de este su poder de mando para organizar la empresa del modo que estime más conveniente; ello vulnera *la regla de la proporcionalidad* que ya hemos comentado anteriormente, vulnerando así otros derechos subjetivos, como son los de la propiedad de la empresa y la libertad de la actividad económica.

En este orden de ideas hay que señalar también que se ha incorporado vía Indicación una nueva norma de práctica antisindical, al establecer en el artículo 406 que tendrá dicho carácter “la contratación de trabajadores durante la negociación colectiva y a partir de los 30 días previos al inicio de ella, para reemplazar a los trabajadores en huelga”. Ello implica limitar seriamente la gestión de aquellas empresas que, por el carácter propio de su actividad, tienen un alto nivel de rotación sobre todo en las Pymes, lo que afectará gravemente la operatoria de las mismas.

Nos parece que la figura de impedir el reemplazo interno implica amparar la huelga *in extremis*, y lleva a una suerte de monopolio sindical durante la huelga por la vía legal, haciendo tabla rasa de otros derechos, lo que en nada contribuiría a fomentar un sindicalismo de base verdadero, el que debe basarse en la acción sindical efectiva y no fomentada en forma artificiosa.

En efecto, si bien apoyamos la idea de la existencia de los Sindicatos, nos parece que contraría la lógica que el legítimo ejercicio del derecho a huelga de un grupo de trabajadores pueda afectar la relación laboral de aquellos que no están con ellos y afectar los también legítimos derechos de los empleadores en la gestión de sus empresas.

4) Un último aspecto a considerar se refiere al descuelgue de trabajadores, situación expresamente contemplada en la actual legislación, luego de 15 días y cumpliendo la

Última Oferta con ciertos requisitos (artículo 381 del Código del Trabajo), posibilidad que se elimina en el actual Proyecto de Reforma.

Se ha planteado al respecto que ello vulnera el derecho de huelga, ya que es cierto que el trabajador hizo uso de ella al incorporarse a la huelga, pero también es efectivo que dicho derecho se plasmó en un ejercicio colectivo del mismo, mediante la votación del Sindicato, al cual él pertenece. Existe aquí una real colisión de derechos, cuya solución no es sencilla.

Pareciera que es difícil sostener lo individual sin vulnerar lo colectivo, ya que atentaría contra la pertenencia al Sindicato y el acatamiento democrático de sus decisiones.

Nos parece útil a este respecto la facultad que se establece en el Proyecto de Reforma que puedan existir nuevas ofertas de parte del empleador, las que deben ser votadas en forma obligatoria por el Sindicato (nuevo artículo 357 bis del Proyecto de Reforma); creemos que ello, a la par de resguardar debidamente la democracia sindical, representará una oportunidad para el trabajador disidente de hacer primar su opinión.

En dicho sentido, creemos que la única opción que podría ejercer el trabajador sería proceder al descuelgue simultáneamente con su desasimilamiento al Sindicato, opción que en forma expresa le reconoce el nuevo artículo 324 del Proyecto de Reforma.

Podría estimarse que ello atentaría contra la Libertad en su vertiente colectiva y que tendría repercusiones prácticas insoslayables, pero de esa forma resguardaría su derecho individual de permanecer en la huelga, criterio que estimamos debe primar, tanto más cuanto que guardaría consonancia con su libertad de trabajo, la que también merece resguardarse.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARESE, César (2011): *Sistemas de prevención y composición de conflictos colectivos* (Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni).

GIUGNI, Gino (2008): *Diritto sindacale* (Bari, Cacucci Editores).

HURTADO, Alberto (2004): *Moral social. Escritos inéditos del padre Hurtado* (Santiago, Ediciones UC).

OIT (2006): *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta Edición (Ginebra, OIT).

STEWART, Arabella; BELL, Mark (2009): *Estudio de la legislación nacional en seis Estados de la Unión Europea* (Instituto de Derechos del Empleo). Disponible en: [www.ier.org.uk](http://www.ier.org.uk) [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

#### JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

*Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente con Promilinks S.A. (2014)*: Corte Suprema, 4 de diciembre de 2014, Rol N°3.514-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal y Empaques S.A. (2015)*: Corte Suprema, 29 de enero de 2015, Rol N°10.444-2014 (acción de práctica antisindical). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con RGM Mallas de Alambre Ltda (2015)*: Corte Suprema, 12 de mayo de 2015, Rol N°15.293-14 (acción de práctica antisindical). Disponible en:

<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

# JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de un sistema para la prevención y resolución de controversias en materia de conflictos colectivos, constituye una herramienta estratégica para un ejercicio efectivo de la garantía fundamental en que incide: la libertad sindical con su trilogía básica de derecho de sindicación, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga.

La judicialización del conflicto colectivo económico o de intereses, afecta el libre y directo entendimiento entre las partes involucradas y, desde esta perspectiva, no asegura dicha garantía.

En la presentación que sigue nos referiremos a: a) Los medios de solución del conflicto colectivo en la experiencia comparada, b) evolución de los medios de solución del conflicto colectivo en Chile, c) los cambios esperados con el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales (Boletín 9835-13) y d) algunas conclusiones.

## 2. MEDIOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO DESDE UN PUNTO DE VISTA DE LA EXPERIENCIA COMPARADA

### a. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR CONFLICTO COLECTIVO?

Para Alonso Olea y Casas Bahamonde, es toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo en su más amplio sentido.<sup>215</sup> Este amplio concepto nos acomoda mucho, porque permite incluir a toda la gama de conflictos que, con ocasión del ejercicio de la libertad sindical, pueden plantearse en un lugar de trabajo<sup>216</sup>.

La mayoría de los países hacen una distinción entre los distintos tipos de conflicto laboral y han establecido procedimientos separados para manejarlos. En cada país tales

---

\* Profesora Asociada del Departamento de Derecho del Trabajo y DE Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>215</sup> ALONSO Y CASAS (2009) p. 1207.

<sup>216</sup> Preferimos utilizar el concepto de “*lugar de trabajo*” en lugar de “*empresa*”, pues si bien en nuestro modelo constitucional actual el derecho de negociación colectiva está radicado en la empresa que contrata trabajadores conforme al Código del Trabajo, ciertamente la práctica laboral local va mucho más allá, incorporando funcionarios públicos, trabajadores subcontratados que negocian con la empresa principal, entre otros.

distinciones y procedimientos reflejan, evidentemente, el desarrollo histórico particular de su propio sistema de relaciones laborales<sup>217</sup>.

Las dos distinciones que más se aplican son las existentes entre<sup>218</sup>:

- los conflictos individuales y los colectivos, y
- los conflictos de derechos y los conflictos de intereses (conocidos también como conflictos económicos). Es precisamente esta última distinción la que caracteriza a los mecanismos de resolución de conflictos de muchos países.

Un *conflicto de derechos* es aquel que se refiere a la violación o interpretación de un derecho (u obligación) plasmado en una ley, un convenio colectivo o un contrato individual de trabajo. En tales casos se alega, fundamentalmente, que un trabajador o un grupo de trabajadores no pueden ejercer los derechos que les corresponden.

Un *conflicto de intereses* es aquel que se suscita por diferencias relativas a la determinación de derechos y obligaciones futuras y, por lo general, es el resultado del fracaso de la negociación colectiva. Este tipo de conflicto no surge de un diferendo acerca de un derecho existente, sino del interés de una de las partes de crear dicho derecho, plasmándolo en un convenio colectivo, y el interés de la otra parte de no hacerlo.

La distinción entre *conflictos individuales y colectivos* es más difícil de establecer. Uno de los motivos es debido a que un conflicto individual puede convertirse o dar lugar al surgimiento de un conflicto colectivo, en especial si está involucrada una cuestión de principios y si la acción es asumida por un sindicato. Sin embargo, en términos generales, una controversia individual es aquella que involucra a un trabajador o un grupo de trabajadores que actúan de manera individual (o se refiere a la ejecución de sus contratos individuales de trabajo). Una controversia colectiva es aquella que involucra a una cantidad de trabajadores en forma colectiva (es decir, relativo a cuestiones que les conciernen en forma grupal).

Es claro que tanto los conflictos individuales como los colectivos pueden versar sobre derechos. Un empleado puede sentirse agraviado si no ha sido tratado conforme a su contrato laboral, y un sindicato puede sentirse agraviado si sus afiliados no reciben un trato con arreglo a las cláusulas del contrato colectivo en el que el sindicato actúa como parte. No obstante, los conflictos de intereses poseen necesariamente un carácter colectivo; Son típicos conflictos de intereses aquellos sobre remuneraciones, horarios de trabajo y condiciones de trabajo.

Existen también otras diferencias entre los distintos tipos de disputas laborales. En general, estas se pueden establecer con respecto a las condiciones particulares objeto de la controversia. En muchos países, por ejemplo, ciertos tipos de conflictos están sujetos a procedimientos especiales de resolución. Entre ellos se encuentran los conflictos sobre el reconocimiento del sindicato y el derecho/obligación de negociar, y las controversias relativas a las acciones discriminatorias contra los trabajadores por razón de su afiliación a un sindicato y la realización de actividades sindicales. Otro ejemplo común es la función de determinados tribunales que conocen de las controversias relacionadas con la discriminación por raza o sexo.

---

<sup>217</sup> En torno a la clasificación de los conflictos en individuales y colectivos, jurídicos y de intereses, seguiremos: OIT (2001).

<sup>218</sup> OJEDA (2007).

Desde un punto de vista comparado y en materia de prevención y solución del conflicto colectivo, han ido ganando terreno los medios de solución alternativos o complementarios al modelo judicial en Europa. El método judicial puede considerarse “conflictivo” desde que es adversarial y parece más lógico utilizar medios más “abiertos” y “plurales” para resolver los conflictos. Esto tiene la ventaja de favorecer la democracia al interior de la empresa, por el principio que debe inspirar las relaciones colectivas que es el de la “autonomía colectiva”.

Ojeda Avilés<sup>219</sup> expresa que la globalización de la economía ha traído como consecuencia el recelo hacia los conflictos laborales. Las grandes compañías compiten por el mercado y necesitan hacerlo con la mayor tranquilidad. De ahí que las medidas de solución de conflictos adquieran especial relieve.

En los últimos 20 años han crecido las técnicas de solución alternativa de litigios laborales y de empleo. Algunos explican esto por la mayor tolerancia social a las huelgas y por la gran cantidad de litigios en los tribunales de justicia.

Como quiera que sea, estos medios alternativos o extrajudiciales son más rápidos, más económicos y al mismo tiempo más dinámicos.

b. EL MARCO DE LA OIT.

Hay diversos instrumentos de la OIT relacionados al tema, siendo de carácter non-self executing en general y las recomendaciones pueden calificarse como soft law:

- Convenio N° 98 sobre sindicación y negociación colectiva de 1949.
- Convenio N° 144 sobre consulta tripartita de 1976.
- Convenio N° 151 sobre sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública de 1978.
- Convenio N° 154 sobre fomento de la negociación colectiva de 1981.
- Recomendación N° 81 sobre Inspección del Trabajo de 1947.
- Recomendación N° 92 sobre Conciliación y Arbitraje voluntarios de 1951.
- Recomendación N° 130 sobre examen de reclamaciones 1967.
- Recomendación N° 133 sobre Inspección de Trabajo en la Agricultura de 1969.
- Recomendación N° 158 sobre Administración Laboral de 1978.
- Recomendación N° 159 sobre derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública de 1978.
- Recomendación N° 163 sobre negociación colectiva de 1981.

Sobre estas bases la OIT a través del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha generado un conjunto de doctrina. Por ejemplo, el arbitraje forzoso en la negociación colectiva viene condenado en varias decisiones del CLS, a menos que se trate de servicios esenciales, considerando como tales “aquellos cuya interrupción pone en peligro la vida y seguridad o salud de todo o parte de la población.” Es por la limitación al derecho a huelga que involucra.

En el caso de los funcionarios públicos, el Convenio N° 151 señala que la solución de conflictos debe lograrse mediante la negociación colectiva o a través de procedimientos imparciales e independientes, como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

En las recomendaciones la regulación es más detallada. Destacamos dentro de esta larga lista la Recomendación N° 163 sobre negociación colectiva, porque aboga por

---

<sup>219</sup> OJEDA (2007).

establecer procedimientos de solución de conflictos laborales para asistir a las partes a encontrar por sí mismas arreglo al conflicto.

Cabe destacar que la OIT carece de un modelo único de solución de conflictos, de manera que estos instrumentos dan una pauta más o menos general.

Hay otros organismos internacionales que se ocupan, pero en forma menos relevante del tema: la ONU, la OCDE o el Consejo de Europa en el ámbito europeo.

c. LOS MODELOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO<sup>220</sup>.

Es posible distinguir entre medidas preventivas del conflicto y medidas de solución. Como medida preventiva por excelencia está la negociación colectiva. Dentro de las de solución: la conciliación, la mediación y el arbitraje, que llamaremos alternativos, más los medios judiciales.

Estos medios de solución reconocen una gran clasificación entre aquellos “alternativos”, “auxiliares” o extrajudiciales (también llamados subordinados o auxiliares a la decisión de las partes), y los judiciales (también llamados dirimientes, en donde estarían los procedimientos jurisdiccionales clásicos y el arbitraje forzoso).

En materia de modelos, el modelo norteamericano recurre mucho a árbitros privados, no hay reglas para su nombramiento, procedimiento a seguir o naturaleza de los laudos, por lo que se rigen por el convenio respectivo, el compromiso y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Su nota característica es no requerir intervención relevante de instituciones públicas. Pareciera que Canadá, Japón y Sudáfrica siguen este modelo.

Las diferencias entre los países se explican por el tamaño geográfico y económico, la situación democrática, el idioma y curioso: la religión.

La religión católica puede marcar sus preferencias por organismos dirimientes públicos. Los protestantes por medios de solución privados; las asiáticas por la sumisión no conflictiva del individuo al grupo y la musulmana no tiene modelos ni puntos de apoyo, sólo un marcado individualismo.

Algunos países incluso mezclan los métodos: conciliación y mediación (Reino Unido con la advisory mediation) o bien mediación y arbitraje (Filipinas y Rusia).

Procedimientos subordinados, alternativos o auxiliares:

a) *El registro de los pactos de terminación del conflicto.*

No es muy habitual en las legislaciones. El caso más notorio se encuentra en Estados Unidos, donde la Oficina de Estadísticas Laborales del Ministerio del Trabajo debe mantenerlo actualizado y en otros países existe algo similar.

La finalidad es entregar una didáctica de la resolución de conflictos para que otros puedan consultarlos y resolver directamente sus diferencias, en lugar de someterse a un nuevo arbitraje por ejemplo.

Algo de ello trae nuestro Proyecto de Reforma Laboral en el artículo 387, cuando contempla que el informe de mediación en la Inspección del Trabajo será público.

b) *La votación de la huelga.*

Por parte de los trabajadores de la unidad de trabajo afectada o entre los afiliados al sindicato que pretende convocarla. En el caso de Canadá, un Ministro de fe puede convocarla para conocer el grado de aceptación de alguna oferta que viene haciendo la empresa, y concluir allí el conflicto.

---

<sup>220</sup> Siguiendo en esta parte también a: OJEDA (2007).

c) *Notificación y preaviso de la huelga.*

En este sistema se notifica a la contraparte de que existe una discrepancia en torno a un problema concreto que, de continuar sin respuesta satisfactoria, puede desembocar en medidas de presión. La notificación permite a la contraparte reaccionar y buscar soluciones. Una huelga no comunicada se considera en este sistema como huelga por sorpresa, contraria al *fair play* y por ello se sujeta a sanciones. Esto se debe hacer con anticipación de días, horas o semanas, por escrito y con indicación de los motivos alegados.

d) *Período de enfriamiento.*

Es algo similar al anterior sistema. Se le llama *cooling – off period*, tal vez sean sinónimos, pero en este caso es algo más, porque en él se pone en marcha la maquinaria dirimente prevista por los organismos públicos para la ocasión. En Estados Unidos en casos excepcionales el Presidente de la Nación puede nombrar una oficina de encuesta para determinar las circunstancias de una huelga, asignándole para la tarea el plazo que estime oportuno.

e) *La huelga como último recurso.*

Se trata de que tenga lugar una vez agotados todos los mecanismos de solución del conflicto colectivo.

f) *Códigos de Conducta.*

Aparecen en algunos países anglosajones para orientar un tema especialmente conflictivo que emanan de los órganos institucionales dedicados a la solución de conflictos o al diálogo social. Son sinónimos de códigos de prácticas, códigos de buenas prácticas, códigos de buena fe o códigos de conducta laboral. La eficacia jurídica en cualquier caso es mínima.

g) *Comisiones de encuesta, instrucción de hechos probados.*

Comisiones creadas para la investigación de lo realmente ocurrido o de lo que está sucediendo en un conflicto, u organismos con la función de determinar las circunstancias de un caso. Existen en todos los países, y a veces han tenido una importancia decisiva para clarificar lo sucedido en períodos oscuros, como han demostrado las Comisiones de la Verdad en diversos países latinoamericanos.

Posiblemente el país con mayor experiencia en el método sea el Reino Unido, donde algunos informes han marcado un antes y un después en la materia abordada, como sucedió con el Informe Beveridge de 1942 y la Seguridad Social. Fueron intervenciones preventivas del poder público, en el sentido de hacer frente anticipadamente a un problema de grandes magnitudes que aún no había desembocado en crisis, pero iba camino de hacerlo, como podemos fácilmente deducir por las fechas en que surgen.

Estados Unidos posee también una regulación antigua, contenida en la Ley Taft-Hartley de 1947, al tenor de la cual el Presidente de la Nación puede nombrar una comisión de encuesta en caso de que amenace o se haya declarado una huelga o un cierre patronal de ámbito interestatal y que pueda poner en peligro la seguridad o salud nacionales. El objetivo de la comisión consiste en clarificar los hechos, causas y circunstancias relacionados con el conflicto, incluyendo las posiciones de las partes, “pero no contendrá recomendaciones”.

Los datos indican una escasa presencia en las relaciones industriales, y los expertos dudan sobre su efectividad para solventar conflictos, a menos que la designación de quien



lleve a cabo la tarea recaiga en una personalidad de prestigio. La Comisión Meller del año 2008 en Chile es un buen ejemplo de esto.

h) *La conciliación.*

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. El núcleo de la figura es el conciliador como tercero neutral a quien las partes respetan y que trata de obtener con sus buenos oficios la amigable composición entre ellas. Y esa amigable composición, como es definida expresamente por algunas leyes, proviene en exclusiva de las partes, una vez que el conciliador ha despejado el camino. Su función empieza y acaba en recorrer ese camino para dejar a las partes listas para resolver, pero entre sus tareas no entra la de ofrecer soluciones, acaso por la convicción de que una sugerencia externa puede ser mal recibida y romper la frágil bonanza a que pudiera haberse llegado.

El conciliador debe tener un mínimo ascendiente sobre ellas para que acepten sus críticas y sugerencias. Por ello que a veces se adscriban funciones conciliadoras a quienes ostentan autoridad en el ámbito de las relaciones laborales, a pesar de que sus competencias principales tengan otro objeto. La importancia de la Inspección de Trabajo en la solución de posibles conflictos es puesta de relieve por los autores, incluso en países en donde no tienen expresamente reconocida dicha labor.

Esto plantea el inconveniente de confundir el rol fiscalizador con el de conciliador de la Inspección del Trabajo. La OIT por ello mantiene la incompatibilidad funcional entre estas labores de la Inspección del Trabajo.

Esta solución atraviesa por una crisis que ha llevado a sustituirla por otras formas, como los tratos directos o bien por la forma de la mediación.

Hay en la actualidad proliferación de leyes que exigen a los convenios colectivos la inserción de cláusulas sobre procedimientos de solución de conflictos, como por ejemplo en Canadá, España, República de Corea o Azerbaiyán, compensan en un punto no determinado la tendencia a sustituir conciliación por mediación.

i) *La Mediación.*

Teóricamente la diferencia con la conciliación radica en el equilibrio existente ahora entre el mediador y las partes en orden a la consecución de un acuerdo. Si en la conciliación veíamos que el conciliador sirve de apoyo a las partes para llegar a la avenencia, en la mediación el tercero imparcial asume ya el protagonismo, tanto en las sesiones como en el resultado de las mismas, aun cuando no podrá imponer su punto de vista, sino únicamente ofrecerlo a las partes para su aceptación.

La información asimétrica, origen de multitud de conflictos y de situaciones en general en el ámbito de las relaciones industriales, mejora ostensiblemente en el curso de las reuniones si el mediador cumple eficazmente con su cometido y trata de llegar hasta el fondo en el análisis de las circunstancias: el mediador funciona como una central de intercambio de informaciones que disuade a las partes de posiciones arbitrarias o irreales.

Es conveniente tener en consideración que en materia laboral no existe un único tratamiento a la conciliación y a la mediación. En muchos países se utilizan indistintamente como conceptos sinónimos, e incluso así aparece en instrumentos técnicos de la OIT. Sin embargo, la mediación se distingue a veces de la conciliación como método separado de solución de controversias en el cual, aunque la resolución debe ser por acuerdo

entre las partes en conflicto, el tercero tiene un rol más activo que en la conciliación e incluso podrá tener más facultades (y en algunos casos el deber) de presentar propuestas formales para la resolución del conflicto<sup>221</sup>.

Debemos hacer notar que en algunos países se observan mecanismos de solución de conflictos que pueden resultar inusuales y ajenos al Derecho del Trabajo, como es el caso de Estados Unidos y Reino Unido, en que se han planteado soluciones a los conflictos colectivos dentro del ámbito de las normas sobre libre competencia.

### 3. EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO EN CHILE

La negociación colectiva se regula por primera vez en Chile en el Código del Trabajo de 1931, el cual a partir de su artículo 502 contempló un apartado especial denominado “conflictos colectivos del trabajo”. A través de estas normas no se reguló un procedimiento de negociación, porque su desarrollo quedó entregado enteramente a la autonomía colectiva de sindicatos y empleadores. Solo fijó un mecanismo de resolución del conflicto colectivo para el caso que las partes no alcanzaran por sí mismas un acuerdo.

Las principales características de esta época fueron:

- La Negociación Colectiva tenía un carácter administrativo ya que se realizaba ante las llamadas Juntas de Conciliación que se organizaban a nivel de Departamentos;
- Las Juntas estaban integradas por tres representantes de los trabajadores y tres representantes de los empleadores del respectivo Departamento;
- Las Juntas eran presididas por el Inspector del Trabajo, quien contaba con derecho a voto;
- Los conflictos colectivos no resueltos por las partes en la negociación debían someterse a un mecanismo de solución alternativo ante la Junta de Conciliación, lo que constituía un requisito necesario para un posible ejercicio posterior del derecho a huelga;
- La Junta de Conciliación proponía una fórmula para dirimir el conflicto, bastando que una parte no lo aceptara para que no prosperara la negociación;
- El Inspector del Trabajo podía dirimir los conflictos en caso de empate, lo que en último término le restaba legitimidad al sistema, pues se trataba de un funcionario público dependiente de la administración del Estado que actuaba de acuerdo con los lineamientos generales del gobierno de turno.

Más tarde vino la Ley de Sindicación Campesina, Ley N°16.625 (D.O. de 29 de abril de 1967) que creó las Juntas Especiales de Conciliación Agrícola, además, de innovar fuertemente en aspectos como la titularidad sindical y la negociación por rama de actividad. No tuvo la eficacia esperada.

Hacia fines de 1960, con la Ley N°17.074 (D.O. de 31 de diciembre de 1968)<sup>222</sup> se facultó al Presidente de la República para crear Comisiones Tripartitas compuestas por tres representantes del Estado, tres de los empleadores y tres de los trabajadores, según cada rama de actividad, lo que permitió ir poco a poco institucionalizando un nuevo sistema, que funcionó hasta el año 1973, en el cual las Comisiones Tripartitas establecían un sistema de

---

<sup>221</sup> OIT (2001).

<sup>222</sup> Derogada por DL N° 2758 (D.O. 6 de julio de 1979).

fijación de remuneraciones y de condiciones de trabajo mínimas por rama de actividad, lo que se llamó “tarifado” de modo que al menos en estas áreas, no existiesen mayores conflictos que debieran resolverse, dado que en sus aspectos patrimoniales y remuneracionales, las condiciones venían fijadas de esta manera.

El siguiente hito es el Plan Laboral con el DL N° 2758 de 1979 en lo que interesa. Creó un modelo de negociación colectiva radicada en la empresa sin intervención del Estado, de manera que se hizo necesario el establecimiento de un sistema de solución de conflictos. Declaró en su preámbulo que *“el proceso de negociación tiene por naturaleza la finalidad de evitar conflictos o facilitar su solución, lo que requiere, además, que aquél sea responsable e integrador, con cuyo objeto es preciso que las partes puedan convenir mecanismos de mediación y arbitraje, de modo que el recurso de la huelga sólo se adopte en casos en que sea imposible lograr una solución”*.

Se reguló por primera vez un procedimiento de negociación colectiva, muy similar al que hoy tenemos, con los siguientes sistemas de solución del conflicto, que más o menos se han mantenido hasta hoy.

A continuación nos referiremos en particular a los medios auxiliares y a los medios judiciales de solución del conflicto colectivo.

a. MEDIOS AUXILIARES DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO.

a) *La mediación voluntaria.*

Las normas vigentes en el Código del Trabajo las transcribimos<sup>223</sup> a continuación.

Artículo 352: *“En cualquier momento de la negociación, las partes podrán acordar la designación de un mediador. Este deberá ajustarse al procedimiento que le señalen las partes o, en subsidio, al que se establece en los artículos siguientes”*.

Artículo 353: *“El mediador estará dotado de las facultades indicadas en el artículo 362, salvo acuerdo en contrario de las partes”*.

Artículo 354: *“El mediador tendrá un plazo máximo de diez días, o el que determinen las partes, contados desde la notificación de su designación, para desarrollar su gestión”*.

*“Al término de dicho plazo, si no se hubiere logrado acuerdo, convocará a las partes a una audiencia en la que éstas deberán formalizar su última proposición de contrato colectivo. El mediador les presentará a las partes una propuesta de solución, a la que éstas deberán dar respuesta dentro de un plazo de tres días. Si ambas partes o una de ellas no aceptase dicha proposición o no diese respuesta dentro del plazo indicado precedentemente, pondrá término a su gestión, presentando a las partes un informe sobre el particular, en el cual dejará constancia de su proposición y de la última proposición de cada una de ellas, o sólo de la que la hubiese hecho”*.

Artículo 362: *“El tribunal podrá requerir los antecedentes que juzgue necesarios, efectuar las visitas que estime procedentes a los locales de trabajo, hacerse asesorar por organismos públicos o por expertos sobre las diversas materias sometidas a su resolución, y exigir aquellos antecedentes documentales, laborales, tributarios, contables o de cualquier otra índole que las leyes respectivas permitan exigir a las autoridades de los diversos servicios inspectivos”*.

*Al hacerse cargo de su gestión, el tribunal recibirá de la Inspección del Trabajo toda la documentación que constituye el expediente de negociación existente en dicha repartición”*.

Ciertamente este mecanismo no ha tenido aplicación práctica.

b) *Los buenos oficios.*

---

<sup>223</sup> DFL N°1 de 31 de julio de 2002.

El artículo 374 bis del Código del Trabajo, introducido por la Ley N°19.759 (D.O. 5 de octubre de 2001) estableció un nuevo mecanismo de solución del conflicto denominado buenos oficios. Establece la norma lo siguiente: *“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de acordada la huelga, sin que se haya recurrido a mediación o arbitraje voluntario, cualquiera de las partes podrá solicitar al Inspector del Trabajo competente la interposición de sus buenos oficios, para facilitar el acuerdo entre ellas. En el desempeño de su cometido, el Inspector del Trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo. Transcurridos cinco días hábiles desde que fuere solicitada su intervención, sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, el Inspector del Trabajo dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán acordar que el Inspector del Trabajo continúe desarrollando su gestión por un lapso de hasta cinco días, prorrogándose por ese hecho la fecha en que la huelga deba hacerse efectiva”*.

Los buenos oficios no están definidos en la ley, pero podemos decir que se trata de una especie de conciliación desde la autoridad fiscalizadora – a la que no se refiere de manera explícita el código laboral vigente, quien tiene la misión de “acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo” pero no las propone. En la práctica constituye una herramienta para lograr mayor plazo en la negociación una vez votada la huelga y no aporta mayormente a la solución del conflicto colectivo.

Francisco Walker Errázuriz ha sostenido que habría sido preferible que los buenos oficios se efectuaran por profesionales independientes pagados con fondos estatales, elegidos de una nómina de técnicos de alto nivel<sup>224</sup>.

c) *El arbitraje.*

Desde el DL N° 2758 de 1979 se contempla el arbitraje voluntario, acordado por las partes en cuanto a su existencia, árbitro y procedimiento (el que también puede ser fijado por el árbitro), con entera libertad y en cualquier estado de la negociación.

El arbitraje obligatorio se estableció para el caso de empresas en que no es posible declarar la huelga ni el lock out.

Su regulación actual se encuentra en el Título V del Libro IV del Código del Trabajo, artículos 355 a 368, con las siguientes características:

- cumplidos los plazos de negociación (de 45 o 60 días) sin que exista acuerdo entre las partes, la Inspección del Trabajo cita a un comparendo para los efectos de designar al árbitro;
- las negociaciones sometidas a arbitrajes obligatorios serán resueltas en primera instancia por un tribunal arbitral unipersonal, que será designado de entre la nómina de árbitros laborales a la que nos referiremos enseguida;
- el procedimiento arbitral será fijado por las partes o, en caso de desacuerdo, por el tribunal;
- el tribunal arbitral, en los arbitrajes obligatorios previstos en los artículos 384 y 385, estará obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes en el momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su

---

<sup>224</sup> Boletín de la Dirección del Trabajo N°171 de 2003, pp. 5-28.

integridad. En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte;

- el fallo arbitral será apelable ante una segunda instancia constituida por una Corte Arbitral integrada por tres miembros, designados en cada caso por sorteo, ante la Inspección del Trabajo, de entre la misma nómina de árbitros;
- en los casos en que proceda arbitraje obligatorio, si éste afecta a tres mil o más trabajadores el tribunal arbitral de primera instancia estará integrado por tres árbitros laborales;
- en cualquier estado del proceso arbitral, las partes podrán poner fin a la negociación y celebrar el respectivo contrato colectivo.

En cuanto a la nómina de árbitros laborales, está regulada entre los artículos 397 a 413 del Código del Trabajo. Sus características son: el número de los integrantes del Cuerpo Arbitral es veinticinco, el Presidente de la República sólo puede aumentarlo; corresponderá al Presidente de la República el nombramiento de los árbitros laborales, a proposición del propio Cuerpo Arbitral, en terna por cada cargo a llenar.

Con el tiempo ha presentado diversos inconvenientes que han contribuido a su desprestigio: el listado actual de árbitros no alcanza el número considerado por la ley; lo integran personas que en su mayoría no tienen experiencia o conocimientos específicos en materias laborales; la remuneración de los árbitros es de cargo de las partes debiendo ser del Estado; ha habido situaciones de pagos de honorarios no considerados.

b. MEDIOS JURISDICCIONALES PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO.

El Código del Trabajo contempla las siguientes disposiciones relacionadas con la solución del conflicto laboral:

a) *En negociación colectiva.*

Trabajadores que no pueden negociar colectivamente: el Juez del Trabajo resuelve en única instancia (artículo 305).

En cuadrillas de emergencia: resuelve la Inspección del Trabajo, de lo que es posible reclamar ante Juez del Trabajo (artículo 380).

El Título IX del Libro IV del Código del Trabajo se denomina “Del procedimiento judicial en la negociación colectiva”, cuyos artículos 391 a 396 pretendieron establecer normas especiales en esta materia, que han tenido poca aplicación; acá conoce el juez del trabajo si no hay cláusula compromisoria.

b) *En la aplicación contrato colectivo.*

Tiene mérito ejecutivo un ejemplar del contrato colectivo: se ejecuta ante Juez del Trabajo (artículos 349 – 463 y siguientes).

c) *Norma de competencia general.*

En la interpretación y aplicación contratos colectivos y fallos arbitrales y en la aplicación de normas organización sindical y negociación colectiva en que haya remisión expresa (Art. 420).

d) *El uso de la vía jurisdiccional como estrategia de negociación colectiva.*

En los últimos años es posible apreciar una tendencia de confundir los conflictos de intereses con los conflictos jurídicos, en lo referido a los medios de su solución.

Hemos señalado que el conflicto jurídico debe ser conocido por los tribunales de justicia, no así el conflicto económico o de intereses, al que se corresponde la negociación

colectiva, en donde las diferencias que puedan surgir entre las partes deben ser resueltas por ellas directamente, en una lógica de autocomposición, con ayuda de los que hemos llamado medios auxiliares o alternativos de solución del conflicto colectivo.

Pretender que los tribunales de justicia resuelvan conflictos económicos o de intereses solo contribuye a acrecentar el conflicto, con el mayor costo que ello significa a las partes intervinientes y también para el país, por el desgaste de jurisdicción, dado que el juez laboral no tendrá las herramientas – y tampoco es su tarea – para dar solución a un conflicto que no es de derecho.

Demuestran estas aseveraciones los siguientes casos documentados por esta autora, de negociaciones colectivas de gran envergadura: Minera Collahuasi y Ultraport.

#### CASO MINERA COLLAHUASI:

El 21 de septiembre del año 2010 se inició en la Tercera Región de Chile un proceso de negociación colectiva reglada en la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi. Llegado el momento de aprobar la última oferta del empleador o la huelga, los trabajadores optaron por esta última opción, la que se hizo efectiva el 5 de noviembre de 2010. Cuatro días después comenzaron a presentarse acciones por ambas partes del proceso de negociación, ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, todas referidas a alguna dimensión de la libertad sindical. Ninguna de estas acciones prosperó según el cuadro que se presenta a continuación. El conflicto concluyó por acuerdo directo de las partes con fecha 7 de diciembre de 2010.

Fecha	Acción	JLT Iquique	Materia	Estado actual
09-11-2010	Sindicato demanda práctica desleal	0-338-2010	Reemplazo ilegal trabajadores / art. 381 y 372 CT	<b>Sentencia</b> 09.05.11, <b>rechaza</b> demanda (ejecutoriada)
15-11-2010	Sindicato demanda tutela	T-49-2010	Reemplazo ilegal trabajadores/der echo a huelga/ art. 381 y 387 c) ,CT	Partes se desisten 05.09.11
15-11-2010	Empresa denuncia práctica antisindical	S-10-2010	Multa en caso de descuelgue de negociación / caso Spence /art. 389 CT	Partes de desisten 05.09.11
22-11-2010	Sindicato denuncia práctica desleal en negociación colectiva	T-52-2010	Empresa formula ofertas atractivas en forma individual /art. 387, a) y d), CT	<b>Sentencia</b> 10.06.2011, <b>rechaza</b> demanda (ejecutoriada)
29-11-2010	Sindicato demanda tutela	T-55-2010	Presiones indebidas por trabajadores a trabajadores / art. 388 b), CT	Partes de desisten 05.09.11

09-12-2010	Empresa demanda práctica desleal	S-11-2010	Trabas a reintegro individual de trabajadores / art. 388 b), CT	<b>Sentencia</b> 14.06.2011, <b>rechaza</b> demanda (ejecutoriada, única condena en costas)
------------	----------------------------------	-----------	---	---

#### CASO ULTRAPORT:

En el año 2013 comenzó en la norte de Chile una movilización que luego se extendió a todo el país, en el que los trabajadores portuarios eventuales reclamaban por el pago retroactivo de un bono de colación. La Dirección del Trabajo intervino en el proceso, emitiendo el Oficio Ord. N° 1186/013 de 22 de marzo de 2013, en el que decía de modo expreso que este tema debía ser resuelto por negociación directa entre las partes, lo que lejos de calmar el conflicto lo acrecentó. Al año siguiente correspondió iniciar un proceso de negociación colectiva en la Segunda Región del país, durante el cual también se apreciaron acciones judiciales ejercidas ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, esta vez con participación de la autoridad fiscalizadora como se observa en el cuadro siguiente. Todo ello mientras se gestaba una solución legislativa al tema, que vino a plasmarse en la Ley N°20.779 (D. O. 17 de septiembre de 2014).

<b>RIT causa</b>	<b>Acción</b>	<b>Materia</b>
I-15-2014	Ultraport en contra de IPT Antofagasta	Reclamo de multa
O-31-2014	Ultraport en contra de Orellana	Separación provisional del trabajador - desafuero
O-166-2014	Ultraport en contra de Orellana	Desafuero
O-218-2014	Ahumada en contra de Ultraport	Despido antisindical
S-1-2014	IPT Antofagasta en contra de Ultraport	Denuncia práctica antisindical
S-2-2014	IPT Antofagasta en contra de Ultraport	Denuncia práctica antisindical
S-4-2014	IPT Antofagasta en contra de Ultraport	Denuncia práctica antisindical
S-6-2014	IPT Antofagasta en contra de Ultraport	Denuncia práctica antisindical
S-14-2014	Correa y otros contra Ultraport	Denuncia práctica antisindical
S-15-2014	Varas en contra de Ultraport	Denuncia práctica antisindical

#### 4. LOS CAMBIOS ESPERADOS CON EL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES

En una apreciación general, se mantienen los medios de solución del conflicto vigentes hasta ahora, esto es, la mediación, los buenos oficios y el arbitraje, como medidas auxiliares; y la vía judicial para nuevas situaciones.

##### a. EN LA MEDIACIÓN.

Se mantiene la mediación voluntaria, en términos similares a los conocidos hoy, de modo que hacemos similar advertencia en torno a su eficacia.

Se introducen nuevas normas sobre “mediación laboral de conflictos colectivos”, entre los artículos 384 y 387, dentro de las que se subsumen los actuales buenos oficios. Destacamos los siguientes aspectos: cualquiera de las partes puede recurrir a la Inspección del Trabajo para solicitarla, y la Inspección podrá también intervenir de oficio. Esto significa que se mantiene la opción por la mediación de la autoridad administrativa.

En el ejercicio de su labor mediadora la Inspección del Trabajo podrá solicitar asesoramiento e información a entidades públicas y privadas y ordenar medidas destinadas a contar con la mayor información necesaria para contribuir a resolver el conflicto.

En caso que no prospere la mediación la Inspección del Trabajo levantará un informe con las características del conflicto, la posición de las partes, las fórmulas de mediación analizadas y las posturas de las partes respecto de ellas. Este informe será público, aspecto que para algunos desincentivará la expresión de las posturas efectivas de las partes en el proceso de acercamiento, para evitar que se hagan públicas.

##### b. EN EL ARBITRAJE.

Acá encontramos la modificación más sustancial, porque se introducen elementos que pueden hacer posible su uso más amplio, además, de dotar a esta institución de mayor transparencia y legitimidad.

Así, se contempla que el Ministerio del Trabajo y Previsión Social determine, a través de un reglamento que llevará la firma del Ministerio de Hacienda, las condiciones, plazos y formas por las cuales se llevará a cabo la contratación de los árbitros y las demás normas necesarias para el cumplimiento de su cometido. Ello porque el cuerpo arbitral pasa a ser financiado por el Estado, con excepción de la gran empresa.

Será obligatorio el arbitraje en empresas en que esté prohibida la huelga y cuando se determine la reanudación de faenas.

El tribunal arbitral será colegiado y estará obligado a fallar a favor de la proposición de alguna de las partes, cuestión que nos parece objetable, porque impide al árbitro resolver conforme a su real y efectivo parecer, respecto de posturas que pudieran tener el “tejo pasado” o el “tejo retirado” según se trate del colectivo de trabajadores o del empleador. Mientras no se notifique el fallo arbitral, las partes mantienen la facultad de celebrar directamente un contrato colectivo.

Otro detalle importante es que la Secretaría del Cuerpo Arbitral estará radicada en la Dirección del Trabajo, la que será responsable de llevar el registro de árbitros. Celebramos esta medida.

Para inscribirse en el registro de árbitros habrá requisitos objetivos, cuyo cumplimiento bastará para quedar comprendidos dentro de la nómina.

Constituido el árbitro, suscribirá con la dirección del trabajo un contrato de prestación de servicios de honorarios.



c. MEDIOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN.

Como novedades podemos señalar que se considera el procedimiento monitorio para objeciones de nóminas de trabajadores y servicios mínimos en huelga; respecto del derecho a información de los trabajadores para un proceso de negociación colectiva; el ejercicio del lock out por parte del empleador; la reanudación de faenas en caso de huelga o lock out.

Respecto de empresas impedidas de ejercer el derecho a huelga, resolverá la Corte de Apelaciones respectiva, trayendo los autos en relación.

Cualquier otra controversia será tramitada por el procedimiento ordinario laboral.

En caso de denuncia por reemplazo en huelga, se faculta al tribunal para disponer como medida de reparación una indemnización del daño causado a los afectados. No se entregan parámetros para establecerlo. También habrá una multa.

Otra medida importante es que los procedimientos judiciales podrán suspender el curso de una negociación colectiva. Así se evitará probablemente la práctica de recurrir de protección como vía más ágil con las órdenes de no innovar que conlleva.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Primera conclusión: Se mantienen los medios de solución del conflicto colectivo vigentes hasta ahora, pero con ajustes. Dentro de ellos, las mejoras que se pretenden para el arbitraje y mayor injerencia de los tribunales de justicia, que conocerán de asuntos que hasta ahora estaban entregados a la decisión administrativa.

Segunda conclusión: No se aprecian incentivos ni la implementación de medidas que en derecho comparado han resultado eficaces, como es el caso de los paneles de expertos y una amplia utilización del arbitraje. La judicialización del conflicto colectivo debe evitarse con medidas que promuevan un arreglo directo entre las partes, cuestión en la que se requiere de un mayor esfuerzo legislativo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAHAMONDE, María Emilia (2009): *Manual de Derecho del Trabajo*. 26° edición (Madrid, Thomson Reuters).

OJEDA AVILÉS, Antonio (2007): *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: un estudio internacional* (Ginebra, OIT).

OIT (2001): Guía sobre la legislación del Trabajo, Capítulo IV. Disponible en: <http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/index.htm> [fecha de visita 18 de octubre de 2015].

## ALGUNAS IDEAS SOBRE RELACIONES COLECTIVAS, JUDICIALIZACIÓN Y MONITORIO

DANIELA MARZI MUÑOZ

La presente ponencia busca instalar en el debate algunas ideas generales sobre la relación del Sindicato y el proceso, para en forma posterior abordar la judicialización -por la vía del llamado proceso monitorio- de las relaciones colectivas en Chile, intentando mostrar la desmesura e inadecuación del Proyecto de Ley\*.

### 1. SINDICATO Y PROCESO: REFLEXIONES DE APERTURA

La relación entre Sindicato y proceso ha sido, desde el punto de vista de este último, enriquecedora, ya que contribuyó en forma potente a romper su configuración individualista, propia de la codificación del siglo XIX. Se ha dicho, en otros ordenamientos jurídicos, que la intervención del Sindicato en el proceso “es una manifestación de la incardinación de nuestro sistema procesal laboral dentro de un modelo de Estado democrático” (CRUZ, 1991a, p. 75). Sin embargo:

“el reconocimiento de las presentes facultades de actuación como parte o como representante procesal ha encontrado históricamente obstáculos de entidad, que se corresponden con los mismos frenos que opuso el Estado liberal al otorgamiento de carta de naturaleza jurídica y política a todo tipo de organizaciones de masas que pretendían actuar en representación de intereses colectivos. Ello se produjo con mayor fuerza, si cabe, en el ámbito de las normas procesales; primero se alcanzó el reconocimiento de la libertad sindical en el plano de los derechos sustantivos y sólo posteriormente ello se fue extendiendo a la vertiente adjetiva del Derecho” (CRUZ, 1991b, p. 274).

El Derecho Procesal fue más resistente todavía que el Derecho del Trabajo a los elementos colectivos, pues su tendencia es a la individualización del conflicto jurídico, influyendo “sobremanera la ideología individualista subyacente del proceso civil. Como se ha señalado, todos los conceptos claves del proceso civil estaban estrechamente conectados a la estructura de los derechos subjetivos, los cuales a su vez, estaban fundados sobre concepciones individualistas del liberalismo económico clásico” (CRUZ, 1991b, p. 76). Pese a ello, no pudo hacerlo por mucho tiempo. Como se ha explicado el proceso de trabajo:

“no podrá permanecer de espaldas a esta realidad, manteniendo una situación forzada de querer individualizar cualquier tipo de litigio que se produzca en el seno de las relaciones laborales. En la medida que se llegan a crear instituciones jurídicas de expresión de los diversos intereses colectivos que se presentan en la realidad social, el control judicial de tales situaciones será un resultado ineludible de la consideración unitaria del ordenamiento jurídico” (CRUZ, 1991b, p. 297).

---

\* Agradezco a Paola Díaz Urtubia y a José Luis Ugarte Cataldo sus observaciones durante la elaboración de este material.

Un problema distinto es el de la postura del Sindicato respecto de la intervención judicial, entendida como una “agresión” a su autonomía<sup>225</sup>. Más allá de cierta contraposición conceptual, dicha valoración será funcional según cada época, ya que por ejemplo, actualmente el conflicto jurídico en Europa ha adquirido mayor relevancia en las estrategias defensivas de los colectivos, proporcional a la caída de su poder negociador, por lo mismo, no parece razonable abrazar la autonomía o la heteronomía a ultranza, sino que el interés se debiera centrar en plantear los modelos con ambos componentes presentes, de un modo al menos suficiente y compensado, dando un resultado eficaz de protección.

A esta suficiencia y compensación dirigida a la protección de la organización sindical, en el proyecto de reforma, estarán dedicadas las líneas que siguen.

## 2. JUDICIALIZACIÓN Y AUTONOMÍA COLECTIVA

Judicialización es un término preciso y revelador respecto de la opción que ha adoptado el redactor de la Reforma que prometía “Modernizar” las relaciones laborales en Chile, cuya tramitación se inicia el 29 de diciembre de 2014, por medio del Boletín N° 9835-13. Porque judicializar corresponde a la acción de judicializar, que significa: “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”<sup>226</sup>. La negociación colectiva es un instrumento que se encuentra a medio camino entre lo privado y lo político, el que dependiendo de las circunstancias basculará más hacia un lado que a otro. Es por ello que ha sido explicada en los siguientes términos:

“la negociación colectiva representa el principal instituto de los modernos sistemas de relaciones industriales y consiste en el proceso de reglamentación conjunta (sindicatos-patronal) de las relaciones de trabajo (...). Con el tiempo se ha difundido la tendencia a adoptar una noción amplia de negociación colectiva, hasta comprender todo el conjunto de las relaciones, también si no estrictamente negociales, y más o menos formales, que circulan entre los diversos agentes del sistema de relaciones industriales (sindicatos de trabajadores y de empleadores, empleadores individuales, Estado) en orden a la reglamentación de las relaciones de trabajo. Semejante noción extendida de negociación vuelve indeterminada la zona de confín entre ésta y otras formas de acción o de reglamentación, como la consulta, las relaciones de tipo cogestional o participativo en la empresa y la misma iniciativa legislativa bajo presión sindical” (CARINCI et. al., 2009, pp. 143 – 144).

Se trata, entonces, no sólo de un instrumento dirigido a distribuir riqueza, sino que su valor principal se encuentra en la forma en que ese objetivo –que no es único- se logra, y ello tiene que ver con que el cumplimiento del programa trazado es el resultado de un ejercicio de la autonomía colectiva.

“Si la negociación colectiva es un derecho social relevante para dar cumplimiento con la ‘promesa de sociedades justas’ o ‘más igualitarias’ que se suelen hacer en los textos constitucionales, entonces, su expansión es especialmente importante en el derecho latinoamericano. En efecto, en sociedades tozudamente desiguales, la negociación colectiva opera, al decir de Arendt, como un ‘derecho para obtener derechos’ para un grupo especialmente desaventajado como son los trabajadores asalariados. La negociación colectiva mejora podríamos decir, dando un paso

---

<sup>225</sup> CRUZ (1991b) p. 274.

<sup>226</sup> Primera acepción de la RAE.

adelante, un derecho social preferente, en cuanto presenta aspectos estructurales ventajosos respecto de otros derechos de la misma categoría: es un derecho social que permite acceder a otros derechos sociales y económicos (vg. alimentación, vivienda, educación etc.), pero que al mismo tiempo, maximiza la autonomía de sus titulares, en cuanto, son ellos quienes decidirán en qué bienes invertirán su renta de negociación colectiva, evitando de paso la estandarización propia de los derechos sociales. Y todo esto, sin coste para el Estado” (UGARTE, 2015, pp. 131 – 132).

Los recién descritos son efectos palpables y visibles de la redistribución de poder producto de la asociación.

Yendo un poco más lejos, la importancia de la asociación y las dinámicas que moviliza es que es en sí misma una forma de articular la sociedad inherente a la democracia: para Arendt, las sociedades atomizadas son el germen del que puede surgir el totalitarismo, pues requieren de hombres-masa cuya característica principal no es ni la brutalidad ni el atraso, sino su aislamiento y su falta de relaciones sociales normales: en ese sentido, las asociaciones por intereses comunes proporcionan una cierta estructura a la sociedad<sup>227</sup>.

En línea de síntesis sobre el profundo valor de la autonomía, nos podemos quedar con las palabras claras de Sinzheimer:

“nadie puede negar las ventajas de la autonomía. El Estado es aligerado de su carga. La formación jurídica se hace más móvil y flexible. El camino a recorrer entre la necesidad y la regulación jurídica deviene más corto. No se requiere ya ese rodeo en torno al Estado que permite crear también normas. Con ese camino directo se aumenta la capacidad de expresión del Derecho. Penetra más íntimamente en las relaciones humano-vitales que se captan, menos en sus formas abstractas, que en su concreta diversidad. Por eso debe ser perfeccionado el Derecho del Trabajo autónomo: tiene que ocupar un primer rango en la futura legislación laboral” (SINZHEIMER, 1984, p. 57).

Apostar por las relaciones colectivas como motor de los sistemas democráticos tiene sentido entonces, si es que se va a entregar a los actores sociales la conducción de sus conflictos, tan diversos como lo que puede ser cubierto por la noción de interés colectivo. Por lo tanto, el diseño que lo quiera asumir como objetivo, se deberá centrar en fortalecer suficientemente al actor sindical, en una acción tendiente a hacer posible y plausible una dinámica de fuerzas con su contraparte social, esquema dentro de lo cual, el recurso a los tribunales debe tener un ámbito acotado. En esta óptica de promoción y fortalecimiento del actor sindical, las materias que usualmente se han llevado a la sede judicial han sido “la represión de la conducta antisindical del empresario; los despidos de los representantes

---

<sup>227</sup> ARENDT (2011) pp. 445 – 447. Con gran precisión concluye: “Lo que llamamos aislamiento en la vida política se llama soledad en la esfera de las relaciones sociales. El aislamiento y la soledad no son lo mismo. Yo puedo estar aislado – es decir, hallarme en una situación en la que no pueda actuar porque no hay nadie que actúa conmigo – sin estar solo; y puedo estar solo – es decir, en una situación en la que yo, como persona me siento abandonado de toda compañía humana – sin hallarme aislado. El aislamiento es ese callejón sin salida al que son empujados los hombres cuando es destruida la esfera política de sus vidas donde actúan conjuntamente en la búsqueda de un interés común (...). El hombre aislado, que ha perdido su lugar en el terreno político de la acción, es abandonado también por el mundo. Ya no es conocido como *homo faber*, sino como *homo laborans* cuyo necesario ‘metabolismo con la naturaleza’ no preocupa a nadie. Entonces el aislamiento se torna soledad”, ARENDT (2011) pp. 635 – 636.

sindicales de la empresa y, en fin, los promovidos como consecuencia de trato económico discriminatorios” (PALOMEQUE, 2004, p. 285).

El redactor de la Reforma tenía algunas líneas principales que explorar para provocar esta vigorización de las relaciones colectivas. A la primera de ellas, incluir la negociación colectiva por rama, cuya incorporación habría ubicado una serie de temas en un lugar menos preponderante del que han tenido (extensión de beneficios, titularidad sindical, por nombrar algunos), estaba explícitamente cerrado. La segunda, simplificar la hiper procedimentalización de la negociación colectiva, no la adoptó y sobre esa decisión se desconocen las razones, pero el hecho es que el procedimiento incluso aumenta los que ya eran cerca de 110 artículos. La tercera, más estructural como la primera, era fortalecer el derecho de huelga, y en este punto basta ver cómo una norma preexistente, como la de servicios mínimos, ha pasado a ser un objeto central de la discusión parlamentaria, explicable sólo en que es uno de los posibles escapes al haber prohibido el remplazo tanto externo como interno y por lo mismo se anuncia como un gran surtidor de litigiosidad<sup>228</sup>.

Es en este contexto que hablamos de judicialización, porque al no haberse optado por la autonomía, el aumento de intervención de los Tribunales sólo suma a esta patológica procedimentalización, heteronomía y falta de dinamismo.

Veamos ahora dentro de la propuesta de reforma, qué materias han sido judicializadas, en particular, por medio de la técnica monitoria. Como se explicará a continuación, la técnica monitoria ha tenido un despliegue inédito dentro del sistema procesal laboral chileno, lo que trae consigo ciertas dificultades adicionales a las que por sí sola aporta la opción por la resolución heterónoma del conflicto colectivo.

### 3. MONITORIO: UNA APLICACIÓN CHILENA LLEVADA A SU EXTREMO

Las formas monitorias, como explica el profesor Pérez Ragone, pertenecen a los procesos simplificados que tienen por (1) objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; (2) mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago) (3); contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (técnica del *secundum eventum contradictionis*); y (4) solo en caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento (estructura de la inversión del contencioso)<sup>229</sup>. Uno de sus principales objetivos, como se dirá, explicable, en su origen histórico, “es obtener el pago de sumas de dinero adeudadas, de un monto no muy elevado” (PEREIRA, 2010, p. 12)<sup>230</sup>, asumiendo como premisa que la baja cuantía equivale a baja densidad del conflicto jurídico.

En el ordenamiento jurídico chileno el monitorio se incorpora con la Reforma Procesal Penal que entró en vigor el año 2000. El Código Procesal Penal en su artículo 392 lo incluye como regulación especial dentro del procedimiento simplificado para el conocimiento de las faltas. Su supuesto es que si el fiscal sólo solicita pena de multa y el juez estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa,

---

<sup>228</sup> Sobre el punto se puede consultar: MARZI (2015). En prensa.

<sup>229</sup> PÉREZ (2006).

<sup>230</sup> “No obstante se debe advertir que el procedimiento monitorio de la Unión Europea, para demandas transfronterizas, no tiene límite de cuantía”, PEREIRA (2010) p. 12.

deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare. Si el imputado no reclama la multa, ya sea sobre su procedencia o monto, dentro del plazo de 15 días desde que fue notificada, se entenderá que se acepta su imposición. Si el imputado dentro de plazo reclama, se proseguirá con el procedimiento simplificado aplicable al conocimiento y fallo de faltas. A la Reforma Procesal Laboral<sup>231</sup> fue incorporada por moción parlamentaria del diputado y penalista Juan Bustos. En la historia de la Ley N° 20.260 quedó consignada su fundamentación principal, al indicarse que el procedimiento monitorio laboral “busca entregar un importante instrumento a los trabajadores cuyos créditos son de escaso monto”<sup>232</sup>.

Es importante tener estas ideas de base presentes, a la hora de reflexionar sobre su propuesta de aplicación chilena en problemas colectivos del trabajo, verificados entre organizaciones sindicales y empleadores.

### 3.1. CAUSAS DEL SURGIMIENTO DE LA TÉCNICA MONITORIA: NECESIDADES DE LA RIQUEZA DINERARIA.

El origen histórico del monitorio no tiene ninguna vinculación con la búsqueda por parte del proceso laboral, de afinar sus propias técnicas de protección a la parte trabajadora. Su nacimiento se explica y determina por las formas principales de riqueza dentro de una sociedad.

“Mientras las sociedades mantuvieron un reducido tráfico comercial, la preocupación por las llamadas acciones ejecutivas se mantuvo relativamente poco desarrollada, cediendo éstas, en favor de aquellas que aseguraran otros bienes jurídicos que no decían relación precisamente con el crédito o las sumas de dinero que se adeudaban (...) en la Alta Edad Media y con el creciente auge de la burguesía y el comercio, se comienza a crear una nueva forma de Derecho, al amparo de las necesidades de gremios de comerciantes y banqueros. Se hizo necesaria la introducción de fórmulas más efectivas que garantizaran adecuadamente el tráfico comercial. Ya en 1306, el Papa Clemente V había dictado la *Saepe Contingent*, cuyo objeto fue la agilización de los juicios. Sin embargo, es sólo con la aparición de los estatutos de las ciudades italianas que se implementan en la práctica ciertos procedimientos abreviados: ‘*proceotum o mandatum da solvento cum clausula instificativa*’ base del actual monitorio”, que fue una sub-clase del proceso sumario, surgido para superar el proceso ordinario. Se expande al Derecho germano entre los siglos XIV y XVI, quienes lo rediseñaron siguiendo principios informadores que reglan su ordenamiento jurídico propio y fueron estableciendo formas y soluciones, y decantaron la doctrina y jurisprudencia existente, logrando su consolidación definitiva en Europa” (CÁRDENAS, 2008).

Existen casos muy diversos en cuanto a su consagración dentro de los sistemas nacionales Europeos. En Italia es una posibilidad de cobro de créditos laborales desde el año 1940, sin límites de cuantía, justificado en que se presume la premura por el carácter

---

<sup>231</sup> Articulada en la Leyes N°s 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas del año 2005 y la Ley N° 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006.

<sup>232</sup> PEREIRA (2010) p. 43.

alimentario de los créditos. Se encuentra incorporado al ordenamiento italiano en el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, pero sin haber sido una figura muy relevante al haber siempre habido alternativas procesales en que era posible un debate jurídico más amplio que el cobro de sumas de dinero, como las del despido injustificado de las Ley N° 604 de 1966, y los artículos 18 y 28 del Estatuto de los Trabajadores de 1970, en que se regulan las acciones vinculadas a la reincorporación del trabajador en caso de despido injustificado<sup>233</sup> y de represión ante la conducta antisindical, respectivamente.

En España la técnica monitoria se incorpora al sistema procesal laboral apenas en el año 2011, por medio del artículo 101 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, sin que haya acaparado mayor atención por parte de la doctrina, presumiblemente por todavía tener una cuantía baja con respecto a los niveles salariales (6000 euros), cosa que podría cambiar próximamente, además, por ser más exigente en tanto es fuertemente documental<sup>234</sup>. Países como Luxemburgo tienen expresamente prohibido el monitorio en materias del trabajo.

En la Unión Europea retomó fuerza por parecer adecuada para la regulación del mercado europeo: la fluidez y seguridad de su tráfico jurídico, tal como en sus orígenes, particularmente civil y mercantil (razón por la que es tratado en el Libro Verde de la Comisión Europea, publicado en el año 2002).

### 3.2. IDEAS RECTORAS DEL MONITORIO Y SU REGULACIÓN EN CHILE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE QUE SE CONSTITUYA COMO VÍA DE JUDICIALIZACIÓN EN MATERIAS RELACIONADAS A LA LIBERTAD SINDICAL.

Como antes se dijera, la monitoria es una técnica y no constituye un procedimiento especial. Surge para el cobro de sumas de dinero de baja cuantía, sobre el supuesto que la escasa cuantía implica poca complejidad de la controversia jurídica. En términos generales, se reduce a la posibilidad de que el juez, con la sola presentación de la parte, acoja o rechace la petición de cobro de deuda. Por lo mismo, la regulada en el sistema laboral chileno (artículos 496 a 502 del Código del Trabajo) tiene varias disposiciones que:

“en parte desnaturalizan la técnica monitoria. En efecto, el Juez en su primera resolución –sobre el fondo de la demanda –puede citar a audiencia, lo que derechamente se aleja de la técnica monitoria. Además estableció que la impugnación judicial de determinadas resoluciones administrativas se haría por la vía de este procedimiento, haciendo aplicable una técnica procesal a contiendas para las cuales no está diseñado” (PEREIRA, 2010, p. 5.

Esto último se refiere a la posibilidad de resolver la impugnación judicial establecida en el Código del Trabajo u otros cuerpos legales, respecto de resoluciones administrativas de la Inspección del Trabajo o Dirección del Trabajo (artículo 504 del Código del Trabajo); las que imponen multas de cuantía igual o inferior a 10 ingresos mínimos mensuales (artículo 503 inciso 4° del Código del Trabajo) o la reincorporación de la trabajadora con fuero maternal o el trabajador o trabajadora adoptante cuando se le ha

---

<sup>233</sup> Rótulo que se ha desfigurado con las reformas desde el año 2012 y la reciente de 2015 llamada “Reforma Renzi” o Jobs Act.

<sup>234</sup> Se deben acompañar copia del contrato, recibos de salarios, comunicación empresarial o reconocimiento de deuda, certificado o documento de cotización o informe de vida laboral, u otros documentos análogos de los que resulte un principio de prueba de la relación laboral y de la cuantía de la deuda.

confiado el cuidado personal del menor o se le ha otorgado la tuición, en los casos en que han sido despedidos sin autorización previa del Tribunal en juicio de desafuero (artículos 201, 496, 503 inciso 4° y 504 del Código del Trabajo).

La tramitación de la separación ilegal de la trabajadora con fuero es una operación en principios, bastante simple (se limita a saber si hubo juicio de desafuero y si había estado de embarazo al momento del despido), por lo que es un verdadero acierto la decisión de tramitarla vía monitorio, más considerando los bienes jurídicos en juego y la imperiosa necesidad de celeridad en la actuación del Tribunal.

Respecto de las materias relacionadas a actuaciones de la Administración del Trabajo, la cuestión requiere un análisis más detenido. Sin embargo, a causa de ellas se puede decir que el sometimiento a monitorio de controversias jurídicas complejas –o al menos distintas al cobro de sumas de baja cuantía-, es parte del monitorio chileno. Por lo mismo, no es fácil adoptar una postura en cuanto a qué tramitación darle a la impugnación judicial de las resoluciones administrativas que no tienen una reclamación establecida en la ley que, siguiendo la literalidad de la norma debieran ir a Aplicación General<sup>235</sup>. Un argumento a favor del monitorio sería la parificación, dándosele a todas las impugnaciones de resolución administrativa (señaladas o no en la ley) tramitación en este monitorio “con particularidades”, como es el nuestro. La garantía al debido proceso sería la que justifica en general al monitorio: la posibilidad de abrir audiencia única (tanto porque el juez lo decida en su primera resolución, como por la reclamación de la parte). A favor de esta postura estaría evitar que las resoluciones administrativas tengan tratamientos procesales diversos sin que la materia objeto de conocimiento judicial lo explique. Dilucidar casos en que la ley laboral establece un procedimiento especial de reclamación, como el de menoscabo del artículo 12 del Código del Trabajo; la prohibición de trabajo en horas extraordinarias en ciertas faenas; la procedencia o composición de los equipos de emergencia en empresas cuya paralización signifique daños actuales e irreparables en sus bienes, o un daño a la salud de los usuarios en establecimientos asistenciales o de salud que presten servicios esenciales, por señalar algunos, no parece ni más ni menos simple que resolver aquellos casos de resoluciones que, de acuerdo a la ley vigente, no tienen procedimiento de reclamación nombrado en la ley laboral, como la impugnación contra la resolución de las objeciones de legalidad de la Inspección del Trabajo; o la que resuelve respecto de la última oferta del empleador en negociación colectiva, para efectos de habilitarlo a contratar reemplazantes desde el primer día de huelga<sup>236</sup>. El primer problema detectable no es tanto el monitorio sino que existan tantos momentos, como se puede apreciar, de intervención y decisión de la Inspección del Trabajo, en el ejercicio de la Libertad Sindical, lo que redundaría en la posibilidad de que sus determinaciones sean revisadas en tribunales, como segunda intervención heterónoma.

Se puede sostener que el monitorio respecto del Procedimiento de Aplicación General aporta algo de celeridad a la ralentización estructural y patológica del sistema de

---

<sup>235</sup> En el siguiente apartado, a propósito de la impugnación de la nómina de trabajadores con derecho a negociar que expresamente es reclamable en monitorio de acuerdo al actual proyecto de reforma, veremos un contundente fallo de la Corte Suprema con argumentos en favor de que toda decisión de la Administración Laboral que incida en el ejercicio de la Libertad Sindical deba ser conocida en monitorio.

<sup>236</sup> Sobre este tema en específico se puede ver: MARZI (2014) pp. 126 – 137.



relaciones colectivas chileno<sup>237</sup>, que se agudiza con la reforma en curso. Este aspecto excede las posibilidades de la ponencia pero es claro que el procedimiento no se simplificó y en cambio, agregó momentos de intervención administrativa y judicial.

Llegados a este punto hay que revisar con detenimiento qué materias entran al monitorio, dado que la ya abundante intervención heterónoma de la Inspección del Trabajo se intensifica, pero además, otras figuras que ya existían es muy probable que adquieran una importancia decisiva. Ninguna de estas materias es simple como el cobro de una suma de dinero de baja cuantía de manera que su conocimiento por el Tribunal y potencial decisión en el primer pronunciamiento, parece una opción poco meditada. Más aún si estas materias complejas e importantes, de conocerse en monitorio, pueden ser resueltas por medio de una sentencia que se debe dictar al final de la audiencia, que en la letra de la ley no debe cumplir con el requisito de contener “el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación” (artículo 501 del Código del Trabajo)<sup>238</sup>. Además, y muy determinante, quedan fuera del recurso de unificación de jurisprudencia que resuelve la Corte Suprema (artículo 502 del Código del Trabajo chileno). Esta no participación de la Corte Suprema como decisión del redactor podría explicarse en que, dentro de la sola disyuntiva de decidir cómo judicializar, el monitorio en relación al Procedimiento de Aplicación General aporta prontitud en la respuesta, pero sumados los aspectos ya enumerados, más determinante que una forma de compensar la incompensable falta de dinamismo y autonomía de las relaciones colectivas chilenas, lo que debió haberse considerado es que esta opción del proyecto significa que materias claves y complejas no llegarán a ser unificadas por la Corte Suprema en su función nomofiláctica, provocando el grave resultado de que sea cada Tribunal de Chile, especializado o no, el que decida su interpretación sin el referente de la unificación.

#### 4. EL MONITORIO EN LA REFORMA LABORAL 2015

En primer lugar mencionaremos algunas materias que se incorporan sin que merezcan una particular crítica porque su conocimiento se adjudique al monitorio, salvo el alcance que siendo relevantes no contarán con criterio de unificación de jurisprudencia. En esta situación está el derecho a requerir información por vía administrativa y judicial (artículo 320 del Proyecto de Ley), en que si no prospera la gestión ante la Inspección del Trabajo, el o los sindicatos afectados pueden recurrir vía artículo 504 del Código del Trabajo (procedimiento para toda reclamación expresa establecida contra resolución administrativa distinta de multa); o el reclamo de multa por incumplimiento al mérito

---

<sup>237</sup> Sobre esta crítica se puede consultar, entre otros: ROJAS (2007) pp. 195 – 221; GAMONAL (2007) p. 229 ss.; CAAMAÑO Y UGARTE (2008) pp. 2 – 3.

<sup>238</sup> Esto que puede ser corregido asumiendo la lectura indicada por el Tribunal Constitucional en cuanto a que “basta que exista un razonamiento, aunque sea mínimo y entendible, de la forma en que el juez respectivo alcanzó el grado de convicción que la ley exige si se establece la obligación de dictar sentencia al término de la audiencia”, esto es, explicitar consideraciones jurídicas (las que debiera entenderse funcionales a la complejidad de la materia resuelta). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el sistema permite decisiones como las de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que acepta sentencias en monitorio que carecen de razonamiento jurídico alguno, sin ver en ello ni vulneración al debido proceso o al sistema de valoración de la prueba que rige, esto es, la sana crítica (artículo 456 del Código del Trabajo), el cual por sus características exige mayores esfuerzos en la fundamentación: si no hay razonamiento no hay forma ni siquiera de deducir cómo se dieron probados los hechos como puede hacerse en un sistema de prueba tasada. Véase: Mejía Quituisaca, Karina con Eduarte Alarcón, Ernesto (2014).

ejecutivo de los instrumentos colectivos (artículo 327 del Proyecto de Ley), que se rige según el sistema sancionatorio general del artículo 506 del Código del Trabajo, cuya cuantía varía de acuerdo al tamaño de la empresa<sup>239</sup>.

En el supuesto de la impugnación de la nómina de trabajadores incluidos en el proyecto de contrato colectivo (artículo 342 c) del Proyecto de Ley), lo que recoge es algo que se había dado en algunos casos en Tribunales, en que se le dio tramitación vía monitorio pese a que no fuera una reclamación expresamente prevista en la ley<sup>240</sup>, mostrando un rasgo favorable que es la celeridad del monitorio en dar la respuesta judicial al conflicto. Sin embargo, con la normativa vigente se presentaron discrepancias respecto a si los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes dado que no existe una norma que mencione expresamente una reclamación judicial para la decisión administrativa respecto de las objeciones de legalidad. Este problema jurídico fue analizado en un Recurso de Queja que revisaremos debido a que provee un criterio respecto a la posibilidad de revisión por los Tribunales Laborales de las decisiones de la Inspección del Trabajo sin reclamación judicial expresamente nombrada en la ley, que puede ilustrar la situación de la calificación de los servicios mínimos. De acuerdo al proyecto de reforma en su última redacción, lo que se pretende es cerrar la controversia en la administración, lo que diremos desde ya resulta improbable pues se trata de una figura que limita un derecho fundamental como el de la huelga, que es el principal argumento del fallo de la Corte Suprema que pasamos a examinar.

Ante todo se debe tener en cuenta que en el problema de la reclamación contra decisiones de la Inspección del Trabajo lo que subyace es la preocupación por un problema práctico: si se acepta que son reclamables todas las decisiones de la Inspección del Trabajo que fijen derechos para las partes, existe el riesgo de inundar los Tribunales con impugnaciones a un casi impredecible número de resoluciones administrativas que en algún sentido se pueda sostener determinadas posiciones jurídicas favorables o desfavorables a los usuarios, enervando, en consecuencia, la acción de la administración y de los Tribunales. Sin embargo, en el caso de las resoluciones producidas por la aplicación del libro IV, tenemos la característica, como ya se dijera patológica, de la alta procedimentalización e intervención administrativa de nuestro sistema jurídico en el ejercicio de la libertad sindical, que determina su potencialidad de bloquear el ejercicio de derechos fundamentales como la negociación colectiva y la huelga, por lo que es indiscutible que están cubiertas por la garantía del artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

El conflicto jurídico que da origen al Recurso de Queja Rol N°12.027 de 11 de marzo de 2014, versa sobre las objeciones de legalidad en que la Inspección Comunal

---

<sup>239</sup> La mayoría debiera ir a monitorio: 10 ingresos mínimos mensuales son cerca de \$2.410.000 y el tope máximo de la gran empresa en multa es 60 UTM que corresponde aproximadamente a \$2.630.880.

<sup>240</sup> Por ejemplo, una sentencia interesante en esta materia es la que resuelve la impugnación del sindicato de la decisión de la Inspección del Trabajo de las objeciones de legalidad, debido a que el empleador no aceptó a todos los trabajadores de la nómina en la negociación y el ente administrativo acogió parcialmente la solicitud del Sindicato, cuestión que fue revertida por el Segundo Tribunal Laboral de Santiago en la sentencia Sindicato Nacional de Trabajadores Empresa Mutual de Seguridad con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción (2012), en que, además, mediaba la calificación de la unidad económica de la empresa.

determinó que el proyecto de contrato colectivo presentado por un grupo negociador era extemporáneo, cuestión argumentada por la Inspección Comunal del Trabajo Poniente. Reclamada la decisión por el grupo negociador, la Inspección sostuvo que la ley entregaba a su competencia exclusiva dicha decisión por lo que el Tribunal Laboral carecía de competencia en razón de materia, fundándose en los artículos 420 letra e) y 504 del Código del Trabajo<sup>241</sup>.

El artículo 420 del Código del Trabajo señala que serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, en su literal e): “*las reclamaciones que procedan contra resoluciones administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social*”. El argumento aquí sería que las que proceden son las que expresamente establezca la ley. Por su parte, el artículo 504, como ya se explicara, consagra que en todos aquellos casos que en virtud del Código del Trabajo u otro cuerpo legal se establezca reclamación judicial en contra de resoluciones de la Dirección del Trabajo distintas a la multa o reconsideración de la misma, ésta se sustanciará en monitorio. Es decir, en la lectura sostenida por la Inspección del Trabajo, la norma pediría que la reclamación judicial haya sido establecida en la ley para que sea procedente caso en el cual deberá conocerse en monitorio. Esta interpretación fue acogida por la sentenciadora del Primer Juzgado de Letras del Trabajo declarando su incompetencia en la audiencia única que abrió al efecto. A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de apelación interpuesto lo que determinó su arribo vía queja a la Corte Suprema.

Si bien el máximo Tribunal rechazó el recurso por considerar que lo que había no era un problema de abuso o falta por parte de los jueces sino una diversa interpretación jurídica, adoptó todos los argumentos del voto de minoría de la magistrada Gloria Ana Chevesich –para quien si hubo abuso o falta grave- y ejerció sus facultades anulatorias de oficio (artículo 538 del Código Orgánico de Tribunales y 429 inciso 2° del Código del Trabajo). Así, en este fallo encontramos los fundamentos no sólo para entender que las decisiones de la Inspección del Trabajo son revisables por los Tribunales Laborales, sino para defender que la ley establece que deben ser conocidas en monitorio.

Una primera cuestión que la magistrada Chevesich despejó en su argumentación es que la tesis en esta ocasión sostenida por la Inspección del Trabajo y acogida por la Corte de Apelaciones significa alegar falta de jurisdicción del Tribunal Laboral, por lo que la Corte de Apelaciones de Santiago se encontraba en el deber de indicar cuál era el Tribunal competente<sup>242</sup>, cuestión que no hizo. Esta omisión, y esta es la tierra firme en la que se posa el argumento, está incidiendo en el ejercicio de un derecho fundamental. La sentenciadora enfatiza que el artículo 331 del Código del Trabajo junto con la mayor parte de las normas del Libro IV, corresponde a la redacción de la Ley N°19.759 de 2001, cuyo objetivo era “perfeccionar las normas sobre organizaciones sindicales y prácticas desleales, mejorar el respeto de los derechos fundamentales (...) además de modernizar las relaciones colectivas del trabajo, a insertar a la economía nacional en el mercado moderno, otorgando un rol

---

<sup>241</sup> Causa RIT I- 311-2013 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

<sup>242</sup> Algo que no se debatió en el Recurso de Queja es que si se considera que la decisión de la Inspección del Trabajo debe ser revisable ante los Tribunales y se estima que la jurisdicción especial del Trabajo no es la competente, tendría que considerarse que el Tribunal civil-de competencia común- lo es, lo que es absurdo desde el punto de vista de la calificación para comprender y juzgar la materia especial –es decir, afectando severamente la calidad de la solución jurídica que proveería el Poder Judicial- pero además manteniendo y más bien profundizando el entorpecimiento del funcionamiento de la Administración y de los Tribunales.

preponderante a la generación de mecanismos de diálogo al interior de la empresa, según se lee de los Informes de la Comisión del Trabajo y Previsión Social, pero en modo alguno se pretendió soslayar o impedir la participación de la jurisdicción cuando la naturaleza de los conflictos planteados así lo requiriera (...) Que, debe considerarse además que el tenor del citado artículo 331 se ubica en un contexto de reparación o composición de las objeciones planteadas dentro de los plazos allí señalados, para proseguir con el proceso de negociación colectiva. En ningún caso, se ha especificado allí la situación de que dio cuenta el presente reclamo judicial, esto es, que la decisión adoptada por la Inspección del Trabajo sea conclusiva en orden a que impida la prosecución o ponga término a dicho proceso de negociación, circunstancia que, habiendo así operado, corresponde que sea revisada por Tribunales dotados de la especialidad necesaria al efecto, precisamente, porque importa discutir acerca de una de las derivaciones de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 19 de la Carta Fundamental<sup>243</sup>. En síntesis, es absolutamente procedente el recurso judicial a la decisión administrativa que niega el ejercicio de un derecho fundamental, como en este caso, por lo que el mismo artículo 420 letra e) invocado por la tesis contraria es la norma sobre la cual fundar la competencia del Tribunal Laboral, en relación a la letra b) de la misma norma, que dice que serán de su competencia “las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia laboral”.

Finalmente, la sentenciadora, una vez establecida de la manera ya señalada la competencia del Tribunal Laboral, sostiene que queda todavía por dilucidar el procedimiento, y en su lectura éste es el monitorio en virtud del artículo 504 del Código del Trabajo “de modo que su aplicación a la divergencia de que se trata no resulta procedente. En efecto, el artículo antes referido se limita a señalar el procedimiento a aplicar ante determinados reclamos. En este sentido cobra relevancia traer a colación la Historia de la Ley N°20.260, específicamente la indicación 38 ter presentada por el ejecutivo, en que el Asesor de la Subsecretaría del Trabajo, para explicar la inclusión del artículo 504 bis, señala al incluir la referida norma que se precisa que las reclamaciones judiciales en contra de resoluciones de la Dirección del Trabajo, distintas a las multas sí tienen un procedimiento, esto es, el monitorio. (Historia de la Ley N°20.260 Página 305 de 451. Segundo Informe de la Comisión del Trabajo del Senado)”<sup>244</sup>.

En base a todo lo sostenido la magistrada Chevesich representa en su voto dos cosas adicionales de la mayor relevancia: la primera es que esta interpretación es acorde con el deber constitucional de inexcusabilidad de los Tribunales (artículo 76 de la Constitución Política en relación al artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales), como se explicara en extenso, para decidir respecto de la posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental. Y la segunda, es la contradicción de la Inspección del Trabajo, en un conflicto jurídico tan clave –respecto del cual tiene un deber promocional como el ejercicio de la Libertad Sindical- al sostener aquí una tesis que cierra el ejercicio del derecho, en circunstancias de

---

<sup>243</sup> Considerandos 5° y 6° de la sentencia Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014).

<sup>244</sup> Considerando 8° de la sentencia Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014).

que en otros casos ha afirmado una tesis contraria<sup>245</sup>. Movilidades interpretativas que dejan a la luz los problemas de la incisiva y decisiva intervención de la Inspección en ámbitos propios de la autonomía sindical. Lo que queda en abierta evidencia si se considera que fallado el caso concreto que dio origen a esta controversia por el Juzgado de Letras del Trabajo no inhabilitado, acogió la demanda del grupo negociador calificando que su proyecto fue presentado oportunamente (según las reglas del complejo artículo 322 inciso segundo del Código del trabajo), declarando nada menos que su derecho a negociar colectivamente.

Otro caso de judicialización vía monitorio lo constituye el reclamo de la declaración de lock-out (artículo 356 del Proyecto de Ley), que en rigor, se mantiene en monitorio (ya que actualmente es su cauce procesal según el artículo 376 inciso 2° del Código del Trabajo). El problema para hablar con propiedad del asunto es que no existe mayor jurisprudencia proveniente de casos concretos que sirva de parámetro para valorar la adecuación del monitorio para aplicar, en la primera resolución o en una eventual audiencia única, los supuestos de hecho de la norma. Y la duda es si acaso estos casos se van a activar en el sistema post reforma. Tenemos el supuesto del lock out referido a que más del 50% del total de trabajadores de la empresa o establecimiento estén involucrados, cuestión respecto de la cual podría bastar el informe de la Inspección del trabajo. Pero la siguiente, y aquí ya nos adentramos en juicios más complejos, implica la calificación de que se hayan paralizado actividades imprescindibles, que son de índole no tanto jurídica sino económica, por lo que las posibilidades de prueba se vuelven cruciales. Piénsese entonces, en que de abrirse audiencia, la contestación se presenta en audiencia, por lo que las posibilidades de ofrecer y pedir prueba pertinente se ven dificultadas porque falta la mitad de la explicitación de la controversia –la contestación se hace en la audiencia única<sup>246</sup>, que en este caso no es predecible como eventualmente puede ser el cobro de sumas de dinero proveniente de una relación de trabajo. Todas estas características del llamado procedimiento monitorio, ahora además, se verán enfrentadas por Sindicatos que tienen un acceso más difícil a la defensa judicial que el que pueden darse sus contrapartes empresariales.

Más crítico es lo que sucede con lo constituye la entrega de un juicio eminentemente político a la decisión del juez –eventualmente en su primera resolución– como lo es la solicitud al Tribunal Laboral que ordene la reanudación de faenas (artículo 362 del Proyecto de Ley). Históricamente esta decisión ha estado en manos del Presidente de la República, quien debe soportar los efectos políticos de tomar dicha decisión. La

---

<sup>245</sup> “Que en atención a lo ya indicado y ante el silencio de la ley en cuanto a la posibilidad de recurrir judicialmente respecto de las resoluciones que dicte la Inspección del Trabajo en el contexto del artículo 331 del Código Laboral, no cabe sino concluir que los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes al efecto, resultando del todo improcedente la excepción de incompetencia opuesta por la autoridad administrativa, la que, en los términos planteados, importa más bien una alegación de falta de jurisdicción, defensa esta última que, en cuanto tal, resulta también inadmisibles. Así se ha fallado reiteradamente por esta Corte Suprema, en las causas Nos. 6.744-11, 613-2012 y 11.974-2011.

Sobre el particular resulta relevante destacar que la Inspección del Trabajo, en las dos últimas causas citadas, al informar el recurso de protección respectivo sostuvo, para solicitar el rechazo de la acción constitucional, que respecto de las resoluciones que ella dicte, en el contexto del artículo 331 del Código del Trabajo, procede la reclamación judicial que ahora niega”, considerando 9° de la sentencia Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014).

<sup>246</sup> Véase: artículos 500 y 501 del Código del Trabajo.

naturaleza de la valoración que se exige para fundamentar la reanudación de faenas es evidente con la sola lectura de los supuestos de la norma. Estos corresponden a que en caso de producirse una huelga o lock-out en empresas que ante todo no son las llamadas “estratégicas” (por la exclusión del derecho de huelga que opera en virtud del artículo 384 del Código del Trabajo), deberá determinarse que si por sus características, oportunidad o duración es capaz de producir efectos tan radicales como grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. Tan político es el juicio que en la norma vigente, el artículo 385 del Código del Trabajo, se exige que sea suscrito por los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa y Economía, Fomento y Reconstrucción, quienes -debe suponerse- habrán concurrido al análisis de la situación que conduce al decreto de reanudación.

En la propuesta de ley, la solicitud al Tribunal puede ser presentada por la empresa, la Inspección del Trabajo o el Sindicato. Extraña esta última legitimación activa, salvo que se piense abrir la puerta a la opinión que un sindicato ajeno al conflicto tenga sobre las materias que habilitan a la reanudación de faenas, lo que es tan incomprensible como en los otros legitimados, pero que en este caso es peor porque crea una oportunidad de intervención a sindicatos rivales del que se encuentra en conflicto o a sindicatos amarillos, generando un efecto bastante perturbador en la dinámica de las relaciones laborales. Pues bien, estos legitimados -que en su opinión consideren que algunos de estos supuestos como que la seguridad o economía nacional están sufriendo graves daños-, ejercerán la acción, que se tramitará en monitorio y será decidida por el Juez Laboral competente, de acuerdo a los artículos 496 y siguientes del Código del Trabajo (pero sin el requisito del previo reclamo administrativo).

No es razonable que esta medida política sea trasladada a un Tribunal, porque el juez no tiene los elementos de juicio como para saber qué puede dañar a la economía del país o la seguridad nacional, la salud o el abastecimiento del país. Tan delicada es que no ha sido adoptada en los últimos 25 años y es difícil explicarse la razón del cambio, salvo que forme parte de un escenario para contrarrestar la huelga -que supuestamente el proyecto busca fortalecer<sup>247</sup>-, caso en el cual es útil trasladar la decisión a un sujeto que no debe responder políticamente ante los ciudadanos, neutralizando falsamente la medida.

El último caso es el de la determinación de los servicios mínimos, que al día de hoy debería ser conocida en monitorio en razón del art. 380 inciso final del Código del Trabajo. En la propuesta original del 29 de diciembre, la reclamación de la definición de los servicios mínimos (artículo 360 del Proyecto de Ley), preveía dos posibilidades: que éstos fueran pactados antes de la negociación colectiva o fueran incorporados en ella dentro de la contestación al proyecto que presenta el empleador. En ambos casos de no haber acuerdo se recurría a la Inspección del Trabajo. La resolución de la Inspección sería reclamable ante el Tribunal de Trabajo, dentro de los 5 días siguientes a su notificación, y se conocería en monitorio.

Actualmente, tenemos que esta calificación de servicios mínimos de acuerdo a las indicaciones del Gobierno de 12 de setiembre de 2015, deberá realizarse antes de la negociación colectiva, cuestión que se ha justificado en parte como una forma de hacer crecer la cultura negociadora. Pero esto, que no suena mal, plantea el problema de que serán negociaciones sin fuero, lo que debe necesariamente ponerse en relación con el

---

<sup>247</sup> Sobre este punto se puede consultar: MARZI (2015).

régimen de despido libre pagado que existe en Chile<sup>248</sup>. Considerado ese elemento dentro del análisis es posible que más que la instancia para negociar con más perspectiva, antes de la tensión de la negociación colectiva propiamente tal, constituirá el primer momento de medición de fuerzas entre las contrapartes sobre un objeto que es absolutamente decisivo, ya que el equipo de emergencia condicionará la eficacia de la huelga.

En la última propuesta del gobierno, se establece que la calificación de servicios mínimos podrá ser impugnada ante la Dirección Regional del Trabajo competente, eliminándose la referencia a la posibilidad de reclamo judicial vía monitorio. Pareciera que la idea es que la discusión se cierre en la Administración, ya que se señala que “sólo será reclamable ante el Director Nacional” (ver el extenso art. 360 de las indicaciones de 12 de septiembre). Lo anterior, además, de mostrar poca preocupación por la sobrecarga de tareas de la Inspección del Trabajo y la dificultad técnica de hacer calificaciones de este tipo, no se hace cargo de las dimensiones e importancia que en virtud del Proyecto de Reforma ha adquirido la figura de los servicios mínimos<sup>249</sup>, transformándose en foco de conflictividad que va a crear. Sin embargo, pese a la redacción del Proyecto, es poco probable que le cierre las puertas a las partes de recurrir a un Tribunal, ya que en las democracias modernas impera la idea de que cualquier decisión de la Administración que fije derechos a las personas debe poder ser revisado por un Tribunal<sup>250</sup>. Si esto es entendido así, significa que de ser judicializada, deberá ser conocido vía monitorio, por los argumentos ya señalados a propósito del caso de las objeciones de legalidad, ya que se trata del mismo nivel de relevancia de la decisión administrativa cuestionada: determina directamente la eficacia del ejercicio del derecho fundamental de huelga. La judicialización parece incuestionable por lo que, eventualmente, lo que puede ser objeto de debate es si el procedimiento es el monitorio o bien, el de Aplicación General. En cualquier caso, recordemos que el proyecto establece que la determinación de los servicios mínimos -a diferencia del reclamo de las objeciones de legalidad- sí tiene efectos suspensivos respecto de la negociación colectiva.

## 5. CONCLUSIONES

A partir de las ideas expuestas y dentro de la provisionalidad de una reflexión dedicada a un Proyecto de Ley en tramitación, podemos señalar que:

- 1) El proceso judicial ha sido importante como una vía más dentro de las formas de actuación del Sindicato, en particular respecto de ciertas materias como particularmente en la represión de las conductas antisindicales, dentro de ordenamientos jurídicos que han entendido la importancia de la consagración, tutela y promoción de la autonomía colectiva como elemento central de las democracias occidentales. Esto significa que la determinación y conducción del conflicto de intereses es llevado a cabo por los agentes sociales, dotados de real poder negociador, en que las intervenciones judiciales son periféricas y no distorsivas de ese trayecto que deben recorrer los agentes negociadores, que debe ser breve y

---

<sup>248</sup> UGARTE (2004) p. 40.

<sup>249</sup> Sobre este punto se puede consultar: MARZI (2014).

<sup>250</sup> Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007).

dinámico. Una reforma modernizadora de las relaciones colectivas debiera centrarse en estos aspectos.

- 2) El Proyecto de Reforma a las relaciones colectivas en curso, en contra de lo que declara, no apuesta por fortalecer las relaciones colectivas entre los agentes sociales, ya que diversos momentos de conflicto dentro de la negociación colectiva los resuelve en la Administración del Trabajo y, en consecuencia, potencialmente en los Tribunales, lo que corresponde precisamente a lo que la judicialización es. Este esquema se explica en que no habiendo real vigorización de la autonomía colectiva, obliga a incrementar la heteronomía como respuesta al conflicto colectivo.
- 3) El monitorio ha sido una figura que ha trazado una carrera particularísima en Chile, esto es, no sólo enfocada al cobro de sumas de dinero de baja cuantía. Con el proyecto se mantiene ese derrotero (que materias de mayor complejidad jurídica se resuelvan por esa vía), que es al menos discutible, sino que en entra de lleno a un campo en que la mayor parte de las veces los intereses en juego no son preponderantemente jurídicos, sino políticos y económicos. Esa especial característica es la que hace que debiera potenciarse su resolución en el ámbito de las negociaciones de los agentes y, excepcionalmente, en los razonamientos judiciales que pueda proveer, en este caso, cada Tribunal, el que además, ni siquiera podrá acceder a criterios de unificación por parte de la Corte Suprema. Con todo, por y pese a lo dicho, cerramos con las palabras de Mancini recuperadas por Palomeque sobre sindicato y Tribunales: “de sus encuentros con la justicia en un siglo de historia, el sindicato –rojo, pero también blanco y hasta negro- ha recabado sobre todo cicatrices” (PALOMEQUE, 2004, p. 286).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENDRT, Hannah (2011): *Los orígenes del totalitarismo*. Quinta impresión (traducc. Guillermo Solana, Madrid, Alianza Editorial).
- CARINCI, Franco et. al (2009): *Diritto del Lavoro. 1. Il Diritto Sindacale*. Sexta edición (Turín, UTET).
- CAAMAÑO ROJO Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis (2008): *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico* (Santiago, LegalPublishing).
- CÁRDENAS PÉREZ, Rodrigo (2008): *La eficacia del procedimiento monitorio laboral establecido por la Ley 20.087 como garantía procesal del derecho del trabajo*. Tesis de Licenciatura (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (1991a): “Constitución y proceso del trabajo”, en A.A.V.V. *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral* (Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones).
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (1991b): “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, en A.A.V.V. *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral* (Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2007): *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago, LexisNexis).
- MARZI MUÑOZ, Daniela (2014): “Sobre el monitorio en controversias difíciles y el Recurso de Queja: la cultura de llegar a la Corte Suprema”, *Revista laboral y de la Seguridad Social* Vol. II. Año 2, pp. 126-137.
- MARZI MUÑOZ, Daniela (2015): “Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de Reforma al Derecho Colectivo: el sendero de un legislador sin convicción”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social*, Vol. 4, año 3. En prensa.



PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel (2014): “Sindicato y proceso de trabajo”, en A.A.V.V. *Derecho del trabajo y razón crítica: libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo aniversario como catedrático*, (Salamanca, Editores Caja Duero).

PEREIRA LAGOS, Rafael (2010): *El procedimiento monitorio laboral*, (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing).

PÉREZ RAGONE, Álvaro (2006): “En torno al procedimiento monitorio desde el Derecho procesal Comparado Europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”, *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. 19, N° 1. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100009](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009) [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

ROJAS MIÑO, Irene (2007): “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 2.

SINZHEIMER, Hugo (1984): “El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo”, A.A.V.V. *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo* (Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social).

UGARTE CATALDO, José Luis (2004): *Derecho del trabajo, Flexibilidad laboral y Análisis Económico del Derecho* (Santiago, LexisNexis).

UGARTE CATALDO, José Luis (2015): “El trabajo en la Constitución chilena”, en A.A.V.V. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago, LOM).

#### JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

*Sindicato Nacional de Trabajadores Empresa Mutual de Seguridad con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción (2012)*: Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4 de octubre de 2012, RIT I – 272 – 2012 (acción reclamo judicial resolución administrativa). Disponible en: <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [fecha de visita 5 de diciembre de 2013].

*Alvarado y otros con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte (2014)*: Corte Suprema, 11 de marzo de 2014, Rol N° 12.027 – 2013 (recurso de queja). Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [fecha de visita 20 de septiembre de 2015].

*Mejía Quituisaca, Karina con Eduarte Alarcón, Ernesto (2014)*: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de marzo de 2014, Rol Reforma Laboral N° 45 – 1014 (acción de despido injustificado). Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de visita 15 de septiembre de 2015].

## JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LA LUZ DEL PROYECTO DE REFORMA LABORAL

MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA\*

Antes que nada debo aclarar que mi visión técnica con respecto al tema que nos convoca, viene desde la disciplina de la mediación, de la negociación y, en términos generales, de la llamada “resolución colaborativa de conflictos” y desde esa perspectiva, me referiré más bien a la “desjudicialización” de los conflictos colectivos en materia laboral, a la luz de lo considerado en el Proyecto de reforma del Código del Trabajo.

Los conflictos y divergencias de intereses en el desarrollo de relaciones permanentes ya sea familiares, entre países y más aún en el ámbito laboral, siempre se generarán y por tanto, un sistema de resolución estructurado en base a la confrontación es muy difícil que produzca efectos constructivos para las partes. Por ello, no es casual que en materia laboral se encuentren contemplados diversos sistemas colaborativos de resolución de conflictos.

Voy siguiendo, además, en este análisis a William Ury, autor norteamericano quien en su libro “Como resolver las disputas”<sup>251</sup> desarrolla los elementos que deben considerarse para diseñar un sistema de resolución de conflictos de bajo costo y efectivo, basándose fundamentalmente en los problemas laborales de las industria del carbón en la década del 70, planteándonos que en términos generales es posible resolver las disputas o diferencias jurídicas de tres maneras: la primera en base al poder, esto es, la imposición de una de las partes respecto de la otra; la segunda en base al derecho, ya sea a través de procedimientos ordinarios o bien un arbitraje, pero siempre interviniendo un tercero que determine quién tiene la razón y desde esta perspectiva asociaremos esta forma de resolución al concepto judicialización; y la tercera en base a la conciliación de intereses, lo que se realiza a través de la negociación directa entre las partes, de la mediación o en su caso a través de la conciliación. Considerando, los costos de la transacción; la satisfacción con los resultados; el efecto sobre la relación; y la recurrencia de las disputas, Ury termina concluyendo que el diseño más adecuado para la resolución de una disputa laboral es la conciliación de intereses, constituyendo la forma menos costosa y más satisfactoria en cuanto a los resultados obtenidos para la continuidad de la relación entre las partes.

Claramente ello, a nivel nacional se visualiza en materia laboral y por ello en 1994 la Dirección del Trabajo consideró como un objetivo estratégico “Fomentar el diálogo y la acción asociativa de empresarios y trabajadores para la solución autónoma de conflictos” y el año 2001 decide adoptar el procedimiento de la mediación en los conflictos entre empleadores y dos o más trabajadores (grupal), generando un espacio en que las controversias pudiesen ser zanjadas entre las partes evitando la judicialización innecesaria de las controversias, ayudadas por un tercero calificado que responde a un perfil y a una formación técnica en mediación, y particularmente en materia laboral<sup>252</sup>.

---

\* Profesora Asistente del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>251</sup> URY et. al (1995) pp. 1-51.

<sup>252</sup> FALCO (2013) pp. 3-4.

Por ello, en una primera lectura resulta plenamente coherente el Mensaje<sup>253</sup> que da el vamos al proyecto de “modernización del sistema de relaciones laborales”, donde se hace un correcto diagnóstico de la situación existente, en el sentido de manifestar que las normas que regulan actualmente la negociación colectiva son extremadamente formales y rígidas y más que fomentar los acuerdos los obstaculizan. Agregando, que la experiencia indica que mientras más asimetría y rigidez procedimental exista en la negociación colectiva, más intervendrá el Estado para garantizar la tutela de la parte más débil de la relación laboral. Por el contrario, mientras mayor equilibrio exista en la relación laboral, con sindicatos más robustos y representativos, mayor autonomía podrá concederse a las partes con el fin de lograr acuerdos simétricos y beneficiosos.

¿Y por qué digo que es acertado? Porque la igualdad en el campo de la negociación es de carácter sustancial, y ¿a qué me refiero con esto?, a que en materia jurisdiccional contenciosa consideramos como garantía del procedimiento la bilateralidad, es decir la igualdad de oportunidades para hacer efectiva mis alegaciones en los tiempos del proceso, sin importar que una de las partes tenga una buena defensa, preparada, quizás pagada y la otra carezca de un abogado con las condiciones necesarias para enfrentar un procedimiento. En cambio, en materia de mediación, el mediador tiene el deber de constatar que ambas partes están en un pie de igualdad, fundamentalmente en cuanto a la información necesaria para adoptar decisiones. Si ello, no es así este mediador debe instar a las partes para que realicen todas las acciones necesarias para solucionar estas falencias. De lo contrario el acuerdo que se adopte, no será sustentable en el tiempo y lo más probable es que genere nuevos conflictos, por cuantos quienes lo suscribieron no entendieron el alcance de este.

Así las cosas, conforme al Mensaje ya señalado, uno de los propósitos del Proyecto es constituir una oportunidad para generar una cultura de diálogo y colaboración estratégica entre los actores, de manera tal que a través del diálogo permanente, la colaboración, la buena fe, más allá de las legítimas diferencias, se generen mejores condiciones laborales y de productividad, en una lógica constructiva y de mutuo beneficio, favoreciendo el acuerdo y los mecanismos de resolución de controversias y por ello se señala que es necesario “fortalecer a la Dirección del Trabajo para que pueda cumplir sus nuevas funciones, especialmente las vinculadas a la resolución de controversias”.

Desde esta perspectiva, el articulado debiera ser coherente a dichos objetivos, que claramente se alejan de la judicialización de los conflictos y en alguna medida encontramos algunas modificaciones que van en ese sentido obviamente, y dado que aún se encuentra pendiente el paso del Proyecto por el Senado, tomaré como referencia el articulado que salió de la Cámara de Diputados en el mes de junio<sup>254</sup>.

Por ejemplo:

1. La nueva normativa (artículo 316) consagra el derecho de información periódica, por el que las empresas grandes y medianas deberán entregar a los sindicatos que existan en ellas el balance general, el estado de resultados y los estados financieros, auditados si los tuvieren, dentro del plazo de treinta días contado desde que estos documentos se encuentren disponibles.

---

<sup>253</sup> Mensaje N°1055-362/, de 29 de Diciembre de 2014, con el que se inicia la tramitación del Proyecto de Ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo.

<sup>254</sup> Oficio N° 11.968 de 17 de junio de 2015, por el que la Cámara de Diputados aprueba el Proyecto de Ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, dirigido al Honorable Senado.

Las grandes empresas, además, deberán entregar a los sindicatos toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligadas a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta información deberá ser entregada dentro del plazo de treinta días contado desde que se ponga a disposición de la Superintendencia.

Se mantiene el derecho de información específico para la negociación colectiva (dentro de los noventa días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente), ampliándose el número de antecedentes que el empleador debe entregar, considerándose a lo menos, la siguiente información:

- a) planilla de remuneraciones pagadas a todos los trabajadores afiliados a la organización requirente, desagregada por haberes;
- b) valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente;
- c) los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años;
- d) información que incida en la política futura de inversiones de la empresa, que no tenga, a juicio del empleador, carácter de confidencial; entre otras.

Además, se establece en el artículo 318 el derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores. Los sindicatos podrán solicitar a las grandes empresas, una vez en cada año calendario, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones en la empresa, del reglamento interno de orden, higiene y seguridad. La información deberá entregarse innominadamente, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que haya sido requerida. En el caso de las empresas medianas, los sindicatos podrán hacer este requerimiento solo como información previa a la negociación.

Esta normativa, introduce una vinculación previa entre las partes, cuya fluidez determinará en alguna medida como desarrolle posteriormente la negociación, y puede llegar a representar un importante mecanismo generador de confianza, elemento esencial e indispensable de todo proceso de negociación entre empleador y trabajadores, en aras de un involucramiento colaborativo de los distintos agentes de la producción.

2. La posibilidad de que los instrumentos colectivos puedan contemplar la constitución de una comisión bipartita (322 inciso final) para la implementación y seguimiento del cumplimiento del instrumento colectivo o mecanismos de resolución de controversias. con esta disposición también se vinculan las partes en el tiempo permitiéndoles darse a conocer, no solo en la coyuntura sino en un contexto de operatividad de lo acordado.
3. Reuniones de asistencia técnica: artículo 345.- derecho a solicitar reuniones de asistencia técnica. en la micro y pequeñas empresas, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Dirección del Trabajo que las convoque a una reunión de asistencia técnica para llevar a cabo el proceso de negociación colectiva. La misma regla se aplicará a las empresas medianas cuando negocien por primera vez. En esta oportunidad la Dirección del Trabajo informará a las partes sobre el procedimiento, los plazos, los derechos y las obligaciones derivados de la negociación. La asistencia a esta reunión será obligatoria para ambas partes.
4. En esta misma línea el artículo 385 establece que la Inspección del Trabajo para el logro del objeto de la mediación, podrá solicitar asesoramiento e información a

entidades públicas y privadas y ordenar medidas destinadas a contar con la mayor información necesaria para contribuir a resolver la negociación colectiva.

Estas normas significan la incorporación de criterios objetivos en materia de negociación, es decir, estándares independientes de la voluntad de las partes, que sirven para evaluar la calidad de las opciones de solución, por ejemplo la jurisprudencia reciente sobre un determinado tema, el valor de mercado, la normativa aplicable, los costos, etc., de manera tal que pongamos nuestros argumentos en la mesa de negociación, y las decisiones no se adopten por la mera voluntad, capricho o presión de las partes, sino en virtud de antecedentes concretos, conocidos por ambas partes, que hacen legítimo y justo el acuerdo logrado o el sentido de una decisión determinada en la mesa de negociación.

En fin, estas disposiciones de alguna manera recogen el conflicto colectivo desde una óptica colaborativa y, por lo tanto, generarán la instancia de dialogo entre las partes necesaria para la resolución definitiva del conflicto.

La colaboración vinculada a la resolución de conflictos jurídicos, no es un concepto ligado a la buena voluntad, a la buena disposición de las partes o a ceder, partiendo las diferencias entre lo pedido por una parte y lo ofrecido por otra en dos, sino que se refiere a un modelo teórico que la comprende, desarrollado inicialmente por la Escuela de Harvard, que entiende la negociación como un proceso de comunicación entre personas, mediante el cual cada uno intenta satisfacer sus necesidades e intereses, produciéndose un fenómeno dinámico de creación y distribución de valor.

El negociador deberá trabajar tres áreas claves: personas, problema y proceso, considerando los 7 elementos del modelo: tipo de relación existente entre las partes; los intereses de cada una de ellas; comunicación; los criterios objetivos expuestos anteriormente; las alternativas (como resolvería el conflicto fuera de la negociación, lo que determinará el poder que tengo en ella); las opciones para solucionar el conflicto en la mesa de negociación y que satisfacen los intereses de ambas partes); nivel de compromiso al que pueden llegar (acuerdos sustentables y eficaces)<sup>255</sup>.

Ahora bien, y no obstante la consagración de la mediación desde hace más de 14 años en materia laboral y en otros ámbitos del derecho (familia, salud, derecho comercial, etc.)<sup>256</sup>, persiste una fuerte resistencia a otras formas de resolución de conflictos jurídicamente relevantes, distintos al modelo confrontacional y son numerosos los factores que contribuyen a ello, siendo uno de los más importantes el desconocimiento del sustrato teórico y práctico en el que descansan los llamados mecanismos de resolución alternativa y el supuesto limitado y restrictivo de que la única manera de enfrentar los conflictos de índole jurídica es a través de la decisión de otros, sin que ello conlleve necesariamente la solución efectiva de la disputa.

Obviamente, el desafío fundamental al que nos enfrenta este modelo dice relación con el cambio de paradigma respecto de la forma de resolver los conflictos: de una mirada absolutamente confrontacional, en donde los argumentos de una parte se articulan de manera tal que se logre desacreditar en forma absoluta los de la otra, a una visión colaborativa de la divergencia, de manera tal que se trabajen los intereses de ambas con respecto al hecho, considerando criterios objetivos, evaluando alternativas y creando opciones de acuerdo.

---

<sup>255</sup> LAGOS (2013) pp. 83-110.

<sup>256</sup> Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, en materia de Reforma Procesal Civil (2013) pp. 6-8.

La negociación de un conflicto colectivo se vincula necesariamente a la idea de proceso, no rígido, ni preclusivo (a diferencia de lo que ocurre en materia jurisdiccional) en el que distinguimos etapas: primero ampliaremos el campo de la negociación, pasando de las posiciones a los intereses y desarrollando la confianza de las partes para con el proceso y entre ellas; luego fijaremos los límites del conflicto, trabajando los criterios objetivos y las alternativas; y finalmente generaremos propuestas de acuerdo identificando las opciones que surjan de la mesa de negociación y que logren satisfacer los intereses de las partes.

Las normas de esta reforma por lo tanto debieran plantearse desde este marco teórico que entiende el conflicto como un proceso que se va desarrollando y que pasa por diversas etapas (latente o manifiesto), no obstante ello, el desarrollo de la negociación colectiva, en las normas de esta reforma se visualiza con una lógica totalmente contraria a lo expuesto, en donde prima claramente la idea competitiva y transaccional (en el sentido de regateo, oferta y contraoferta), y en esta misma línea se establece la posibilidad de un arbitraje gratuito (salvo cuando se trate de grandes empresas), siempre que las partes acuerden de común acuerdo someterse ante este tribunal colegiado, de tres miembros elegidos de una nómina nacional de árbitros laborales elaborada por la Dirección del Trabajo y cuyos honorarios serán de coste Fiscal contra la entrega del laudo arbitral correspondiente, el que estará obligado a fallar en favor de la proposición de alguna de las partes. Ahora bien, esta figura no está planteada como una secuencia posterior a la mediación, sino como una alternativa, de manera tal que las partes podrían resolver su conflicto por sí solas a través de negociación directa; sometiéndolo a una mediación; y o sujetarse a un arbitraje. En el caso de que las partes recurran directamente a esta última posibilidad gratuita, no se generará ningún espacio de colaboración entre ellas y la decisión del conflicto colectivo se entregará a un tercero, sin que los involucrados hayan desplegado los esfuerzos necesarios para la resolución de este.

Esta situación, desde el punto de vista de la creación de un sistema de resolución de disputas, es absolutamente contraria a la idea de secuencia, que necesariamente traen aparejados los métodos rad, de manera tal que si dichos mecanismos fracasan recurramos a otros que zanjen en definitiva la controversia. En cambio, respecto de las diversas acciones que se consagran durante la negociación colectiva, sí se da esta lógica y es posible recurrir a los tribunales respectivos, previo agotamiento de la vía administrativa ante la Inspección del Trabajo, cuando las partes no han logrado un acuerdo por sí mismas (por ejemplo, cuando el empleador no cumpla con la obligación de entregar la información sobre la empresa a los sindicatos afectados; vulneración por parte del empleador de la prohibición de reemplazo durante la huelga; reclamo de los trabajadores frente a decisión de lock out del empleador; discrepancia sobre procedencia y calificación de los servicios mínimos; entre otras), y en estos casos se establece (artículo 404) que el ejercicio de acciones judiciales podrán suspender el curso de una negociación colectiva (salvo en el caso impugnación por parte del empleador de la inclusión de uno o más trabajadores en la nómina de proyecto de contrato).

Frente a estos escenarios, no debe olvidarse y es necesario tener siempre presente, que todas estas instancias de judicialización ante tribunales del trabajo o arbitrales no implican bajo ninguna premisa la resolución efectiva del conflicto colectivo, en cuanto a la relación de las partes, sino que solo generan una decisión que pone fin a la judicialización del asunto.

Sumado a esto, en las disposiciones del proyecto vinculadas a la mediación, se aprecian imprecisiones teóricas importantísimas, así por ejemplo, llama poderosamente la

atención que en el capítulo relativo a la mediación laboral de conflictos colectivos no tengan un procedimiento especial previsto, el artículo 386 contemple que, en caso de no prosperar la mediación, la Inspección del Trabajo elaborará un informe en el que detallará las características del conflicto, la posición de las partes, las fórmulas de mediación analizadas y las posturas de las partes respecto de aquellas. Este informe será público”.

Este informe constituye un desprecio total de los principios de la mediación, por cuanto es esencial para su desarrollo el respeto total de la confidencialidad, de manera tal que las partes se desenvuelvan en un espacio de confianza. Sin confidencialidad nadie podrá exponer sus intereses libremente en una negociación colectiva. Este es un descinsentivo a la mediación y después dicha información podrá ser utilizado incluso en sede jurisdiccional.

Así mismo, una vez vencido el plazo de respuesta del empleador y durante todo el procedimiento de negociación colectiva reglada, las partes podrán solicitar la mediación voluntaria de la Dirección del Trabajo, pero se restringen las facultades del mediador, porque en el primitivo artículo 354 (“el mediador les presentará a las partes una propuesta de solución, a la que éstas deberán dar respuesta dentro de un plazo de tres días”) ejercía el rol de conciliador, es decir, podía proponer a las partes una solución, en cambio esta nueva redacción no se contempla dicha posibilidad, siendo un absoluto contrasentido respecto del propósito de fortalecer a la Dirección de Trabajo en cuanto a sus facultades para el cumplimiento de sus funciones.

En la misma línea, ante la inminencia de la huelga se consagra en el artículo 353 una mediación obligatoria (que equivale a lo que conocíamos como buenos oficios del artículo 374 bis), señalándose que: “*dentro de los cuatro días siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación obligatoria del Inspector del Trabajo competente, para facilitar el acuerdo entre ellas*”.

Esta redacción es absolutamente poco feliz, por cuanto ¿no se entiende que es lo obligatorio? (el servicio de mediación dado por los mediadores laborales o la asistencia de las partes al procedimiento). Ante estas expresiones absolutamente oscuras, es importante recordar que los procedimientos de mediación, siempre serán voluntarios en cuanto a la participación de los involucrados en el conflicto; lo obligatorio puede ser el cumplimiento de la solicitud de trámite de servicio de mediación, como requisito procesal previo de admisibilidad respecto de la interposición de acciones jurisdicciones, pero no respecto del ejercicio de un derecho como lo es la huelga.

En este punto es importante tener presente que la Dirección del Trabajo viene realizando la labor de buenos oficios desde el año 2002, y la dotación de sus mediadores desde dicha fecha no ha sufrido importantes variaciones, considerando que se les han asignado nuevas tareas (mediaciones individuales y mediaciones por derechos fundamentales), incrementándose el número de actuaciones en un porcentaje que en algunos casos quintuplica el número de procesos originariamente contemplados. Así por ejemplo, en el año 2014 se desarrollaron 2.882 procedimientos de mediación y buenos oficios, alcanzándose acuerdos en 1.712 de ellos y que involucraron aproximadamente a 1.795.978 trabajadores<sup>257</sup>. No obstante ello, la labor de estos ha dado importantes resultados respecto de los que se hace seguimiento para refrendar el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

---

<sup>257</sup> Anuario Estadístico correspondiente al año 2014 de la Dirección del Trabajo, capítulo referente a Mediación y Buenos Oficios (2014), pp. 1-94.

Así por ejemplo, a través de Buenos Oficios, se han generado acuerdos ricos en cláusulas relativas a<sup>258</sup>:

1. Sistema Remuneracional y de Asignaciones (Aplicación del IPC al sueldo base y a aquellos montos expresados en dinero); reajustabilidad real del sueldo base y demás montos expresados en dinero; etc.
2. Beneficios en dinero y o regalías en: fiestas patrias, navidad, año nuevo día del trabajo, semana santa.
3. Aportes en dinero al sindicato.
4. Establecimiento de un bienestar, ayuda material en caso de siniestros incendio, terremoto, enfermedad.
5. Pago de bonos: por fallecimiento del trabajador o de familiares consanguíneos, matrimonio del trabajador, nacimiento de sus hijos, cursar estudios de él y o de sus hijos, término de negociación, permisos sindicales.
6. Mejoras en: la entrega y calidad de implementos de seguridad. Definición de ropa de trabajo y periodo de entrega de éstas.
7. Cláusulas relativas a funcionamiento de los comités bipartitos o comité paritario de higiene y seguridad, entre otras.
8. Programación de capacitaciones.
9. Contratación de seguros de salud, accidente, invalidez, muerte.
10. Pago de los tres primeros días de licencia médica en los casos en que no cubre la entidad de salud respectiva.
11. Buses de acercamiento desde y hacia el trabajo.
12. Pago de permisos sindicales por parte del empleador.
13. Fijación de calendarización de reuniones entre empleadores y sindicatos.

Y no solo a través de esta vía se han abordado conflictos colectivos (los que no se agotan en la negociación colectiva), sino también a través de otros procedimientos, como el de tutela de derechos fundamentales, debiendo la Inspección del Trabajo llevar a cabo en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes, a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas, viéndose en ellos materias como<sup>259</sup>:

1. Obstaculización del funcionamiento de Sindicatos; Práctica Antisindical.
2. Vulneración a la integridad síquica y física. Vulneración a la dignidad y a la honra. Malos tratos a trabajadores gritos, garabatos, hostigamiento, no otorgar trabajo convenido.
3. Discriminación por religión, sexo, raza, enfermedad.

Lográndose importantes acuerdos, como por ejemplo:

1. Capacitación a Jefes de sección y administración de la empresa respecto a trato y manejo del personal y también en materia de derechos fundamentales.
2. Realización de reuniones con el personal para dar a conocer derechos fundamentales de las personas.
3. Entrega de cartas de amonestación a jefaturas por haber ejercido acciones de malos tratos hacia los trabajadores bajo su dependencia.
4. Revisión de funciones de trabajadores y jefaturas.
5. Reubicación de puesto de trabajo.
6. Definición y pago de conceptos remuneracionales adeudados; entre otros.

---

<sup>258</sup> FALCO (2010) p. 9.

<sup>259</sup> FALCO (2010) p. 10-11.



Estos acuerdos nos demuestran en concreto el valioso resultado de la experiencia de la mediación en las relaciones laborales. Claramente la conciliación de los intereses no es tarea fácil, por cuanto implica trabajar el conflicto, siendo necesario un cambio cultural de paradigma. Por ello, debe capacitarse a ambas partes trabajadores y empleadores en temas de relaciones laborales, comunicación, manejo de conflictos, leyes laborales, derechos fundamentales, negociación colaborativa, participación activa de los trabajadores al interior de la empresa; etc. Y coherente a ello, resulta interesante que esta nueva normativa plantee la creación de un Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que reemplaza al programa escuela de formación sindical y que tiene por objeto apoyar financieramente proyectos de formación sindical y acciones de promoción, programas o actividades que propendan a establecer relaciones colaborativas entre empresa y organizaciones sindicales.

Creo que es indispensable, si se quiere profundizar la mejora de las relaciones laborales, potenciar el cuerpo de mediadores de la Dirección del Trabajo, estableciendo remuneraciones acordes a sus responsabilidades, de manera tal que puedan desarrollar su labor en el tiempo, perfeccionarla y compartir la experiencia virtuosa que desarrollan y por ello quiero finalmente citar el artículo de la mediadora Rosario Falco, del Centro de Conciliación y Mediación Región Metropolitana Poniente llamado mediación y cambio en las relaciones laborales, en el que constata en base a su experiencia, que en este espacio conversacional de construcción social, llamado mediación, los resultados van más allá de la resolución de una determinada materia laboral, sino que implican un nuevo aprendizaje que no sólo involucra las relaciones de trabajo, sino una vivencia posibilita un cambio de las personas replicables en cualquier ámbito de su vida. Desde esa mirada, la mediación no solo viene a responder, de acuerdo a lo señalado por la señora Falco, a la necesidad de consensuar frente a una controversia, sino que constituye un mecanismo preventivo de discrepancias y conflictos, que se dan en el ambiente laboral y en los otros de participación de los ciudadanos.

Concluyendo, la resolución en base a la colaboración, genera cohesión y diálogo social entre trabajadores y empleadores.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

Anuario Estadístico correspondiente al año 2014 de la Dirección del Trabajo, capítulo referente a Mediación y Buenos Oficios. Disponible en: [http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-107248\\_recurso\\_3.pdf](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-107248_recurso_3.pdf) [fecha de visita, 10 de octubre de 2015]

FALCO, Rosario (2010): *Mediación y cambio en las relaciones laborales*. Disponible en: <http://es.slideshare.net/ebolivaro/mediacion-y-cambio> [fecha de visita, 10 de octubre de 2015]

MINISTERIO DE JUSTICIA (2013): *Informe Final Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, en materia de Reforma Procesal Civil*. Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/07/Informe-Final-SARC.pdf> [fecha de visita, 10 de octubre de 2015]

LAGOS, María Soledad (2013): "Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis en base a la experiencia chilena de mediación por daños en salud", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18, pp. 83-110.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLBERG, Stephen (1995): *Como resolver las disputas. Diseños de sistemas para reducir los costos del conflicto* (Montevideo, Rubinzal-Culzoni Editores).