

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

"MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL"

**Memoria de Prueba para optar
al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales.**

Autores:

VÍCTOR HUGO AEDO LARA

VÍCTOR MANUEL ROJAS OYARCE

Profesor Guía:

RICARDO JURI SABAG

Santiago, enero de 2002

A nuestros padres.

I

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.

	Páginas
CAPÍTULO PRIMERO: "LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO"	1
1.- CONCEPTO DE CONFLICTO DEL TRABAJO.	2
2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO.	9
3.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO.	12
4.- FORMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO.	21
CAPÍTULO SEGUNDO: "DIVERSOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS"	
1.- DIVERSOS MEDIOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVOS A LA HUELGA.	27
1.1. LA MEDIACIÓN.	28
1.2. EL ARBITRAJE.	31
CAPÍTULO TERCERO: "LA MEDIACIÓN"	
1.- CONCEPTO DE MEDIACIÓN.	38
2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	42
3.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.	49
4.- OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN.	60
5.- LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	63
6.- DIFERENCIAS ENTRE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.	67
7.- LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO.	69

II

CAPÍTULO CUARTO: "EL ARBITRAJE"

1.- GENERALIDADES.	86
2.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN.	89
3.- NATURALEZA Y EFECTOS DEL ARBITRAJE.	93
4.- CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE.	95
5.- CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE.	97
6.- ORIGEN DEL ARBITRAJE.	98
7.- FUENTES DEL ARBITRAJE.	101
7.1. La Ley.	101
7.2. El Pacto Arbitral.	109
8.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.	112
8.1. Arbitraje Voluntario.	113
8.2. Arbitraje Forzoso.	115
9.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL JUICIO ARBITRAL.	115

CAPÍTULO QUINTO: "EL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO"

1.- ARBITRAJE LABORAL OBLIGATORIO. DERECHO COMPARADO.	119
2.- ARBITRAJE LABORAL OBLIGATORIO EN CHILE.	124
2.1. Época del arbitraje obligatorio.	126
3.- EL ARBITRAJE LABORAL VOLUNTARIO.	128
3.1. El Árbitraje laboral voluntario en Chile.	130
4. LOS ÁRBITROS EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS.	135
4.1. Concepto y denominación.	135
4.2. Los Árbitros de los arbitrajes obligatorios.	138
4.3. Forma de designación de los árbitros en los arbitrajes voluntarios.	143
5.- EL CUERPO ARBITRAL.	145

III

5.1. Composición.	146
5.2. Funciones.	146
5.3. El Consejo Directivo.	148
6.- IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES DE ÁRBITROS LABORALES.	151
6.1. Forma como se declaran las causales de implicancia y recusación.	152
6.2. Oportunidad para pedir las y ser declaradas.	153
6.3. Recurso que procede contra de resolución de tribunal.	153
7.- EL ESTADO COMO ÁRBITRO.	154
8.- EL TRIBUNAL ARBITRAL.	156
8.1. Constitución del Tribunal Arbitral.	156

8.2. Permanencia o transitoriedad del Tribunal Arbitral.	158
8.3. Competencia del Tribunal Arbitral.	159
8.4. Requisitos que deben reunirse para que el Tribunal Arbitral entre a conocer de un conflicto.	163

CAPÍTULO SEXTO: "EL ARBITRAJE Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA"

1.- EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.	166
1.1. Etapa de discusión.	169
1.2. Etapa de prueba.	169
1.3. Etapa de fallo.	170
2.- LA PRUEBA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES.	170
3.- PODER DE DECISIÓN DEL ÓRGANO JUZGADOR.	175
4.- LAS SENTENCIA ARBITRAL.	176
4.1. Plazo que tiene Tribunal para dictar sentencia.	179
4.2. Requisitos de la sentencia arbitral.	179
4.3. Duración de la sentencia arbitral.	180
4.4. Notificación de la sentencia arbitral.	181
4.5. Obligatoriedad de la sentencia arbitral.	182
IV	
5.- RECURSOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA ARBITRAL.	184
CONCLUSIONES.	198

Bibliografía

200

V

INTRODUCCION

La presente tesis surge en momentos que en nuestro país se debate la necesidad de incorporar nuevas normas sobre Mediación y Arbitraje, existiendo para ello un impulso, tenue aún, dado por el Gobierno Central a través de las distintas entidades y reparticiones ligadas al área del trabajo, a lo que debe sumarse la labor que se está desarrollando por entidades académicas. Por lo mismo, esperamos aportar algunos criterios o elementos de análisis que puedan, en definitiva, enriquecer la normativa que surja a partir de tal debate.

De igual forma, con profusión se expresa en estos días la necesidad de flexibilizar las relaciones laborales para hacerlas más acordes con un mundo globalizado, que permita responder a las exigencias del capital nacional e internacional al momento de invertir en un determinado país, evitándose, por un lado, una rigidización de la oferta de mano de obra y, por otra parte, la sucesión de conflictos que entraben y desincentiven la inversión.

Pensamos que esa visión, más que ser una propuesta modernizadora, encierra

un retroceso de más de un siglo de conquistas legales y sociales en el mundo del trabajo, toda vez que la mayor parte de las voces apuntan a quitar regulaciones, y por ende resguardos, a la hora de contratar y despedir personal. Bástenos para ilustrar el cuadro expuesto, las últimas discusiones parlamentarias relativas a normas laborales acaecidas en Chile, fuertemente objetadas por la dirigencia sindical.

Pensamos que cada punto porcentual en los índices de desempleo aporta, desafortunadamente para quienes sufren este flagelo, la flexibilidad buscada por los inversores. Frente a la situación reseñada, lo que el Derecho Laboral puede ofrecer, sin renunciar a su esencia tutelar, es ampliar y modernizar la esfera de competencia de sus instituciones, proveyendo al fin de no entorpecer la contratación de mano de obra, dando agilidad a la incorporación y a la salida de personal, sin descuidar su finalidad protectora y reguladora de la actividad laboral. Precisamente, en este contexto se inserta nuestra Tesis, en el ámbito del manejo adecuado de las soluciones alternativas.

Este trabajo tiene por finalidad ahondar en dos instituciones del Derecho Laboral que a través del tiempo a tenido una gran evolución tanto histórica como conceptual. No sólo porque en la actualidad tiene una mayor aplicación que en siglos anteriores, sino porque la doctrina se ha preocupado de estudiarla en su plenitud.

En primer lugar, queremos señalar que la mediación y el arbitraje son mecanismos de solución de conflictos laborales. Estos se dan dentro del ámbito de la negociación colectiva, para nosotros es de gran importancia resaltar el gran aporte que significan estas figuras, ya que logran de alguna manera evitar aquellas situaciones que se daban en el pasado, producto de la exacerbación de los odios y, por ende, de la confrontación entre los

trabajadores y empresarios que impedían un desarrollo armónico de las unidades productivas.

A nuestro parecer, tanto la mediación como el arbitraje son alternativas o mecanismos que en el futuro serán primordiales en la legislación laboral, ya que las partes en conflictos no se enfrentan como en la huelga sino que tratan de encontrar una solución armónica a sus problemas producto de la intervención de un tercero imparcial quien se encuentra absolutamente al margen de los sentimientos que provoca el conflicto laboral.

Esta memoria, en otras palabras, busca dar a conocer con detenimiento estas instituciones, ya que a nuestro parecer, falta aún su utilización masiva al interior del mundo laboral. Esto significaría que tanto trabajadores como empleadores, busquen una solución acorde con las necesidades de cada uno y no que se intente presionar por medio de otros mecanismos de solución como son la huelga y lock out. Puesto que solamente crean enfrentamiento y división al interior de las unidades de producción.

Producto de esto, es necesario conocer en lo más profundo los orígenes, objetivos y características tanto de la mediación como del arbitraje, para que estos sean usados de manera masiva. Por lo tanto, creemos de vital importancia que los hombres y mujeres de derecho conozcan de éstos con la finalidad de que en el futuro puedan orientar correctamente tanto a trabajadores como empleadores.

Este trabajo se divide en siete capítulos en los cuales abordaremos este tema. Creemos fundamental, para entender por que estas instituciones no han tenido un gran desarrollo y aplicación, explicar que son los conflictos laborales, es decir, cual es su naturaleza jurídica, su concepto y su ámbito de aplicación. Por que debemos tener presente siempre que estos mecanismos de

solución de conflictos que se dan al interior de una empresa y que es el derecho laboral quien debe dar una respuesta eficiente a cada uno de estos.

El segundo capítulo de este trabajo tiene por objeto dar a conocer los diversos mecanismos de solución de conflictos laborales que son alternativos a la huelga, ya que esta última constituye un verdadero choque de fuerzas entre los trabajadores y su empleador. Estas alternativas surgen como respuesta a la utilización por parte de los trabajadores de la huelga, por que en un momento esta no sólo tuvo por finalidad mejorar las condiciones de vida y de trabajo del personal de una empresa, sino que en variadas ocasiones se utilizó como mecanismo de presión hacia la autoridad o con la finalidad de imponer una determinada ideología.

El capítulo tercero, desarrolla a cabalidad la figura jurídica de la Mediación tanto en su evolución histórica, concepto, finalidades y características.

Es importante señalar que esta tiene una aplicación mínima en nuestro derecho laboral, esto se debe a las características particulares de esta Institución que como se estudiará no tiene carácter vinculante para ninguna de las partes. Esto le resta importancia a esta figura, pero es posible que a través divulgación logremos que se aplique a los conflictos laborales.

El capítulo cuarto aborda la institución más aplicada dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral, ya que al contemplar nuestra legislación que determinados trabajadores no pueden declararse en huelga, los obliga a utilizar este mecanismo de solución alternativo. Buscamos que el lector, comprenda esta figura para que pueda entender su desarrollo en Chile. Este apartado se comunica de una manera directa con el capítulo siguiente, en donde se analiza de manera exhaustiva el arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en el capítulo sexto trataremos de demostrar la aplicación práctica del arbitraje en nuestro país, ya que como lo señala al principio de este trabajo esta figura ha sido contemplada por el legislador como un mecanismo efectivo de solución de controversias.

Queremos agregar que el conocimiento y estudio por parte de nuestros abogados, tanto de la mediación como del arbitraje, puede contribuir a dar una pronta solución a los conflictos que atochan en determinadas oportunidades a nuestros tribunales. En consecuencia, afirmamos que estos son los mecanismos que serán vanguardia en el siglo que comienza.

CAPÍTULO PRIMERO

"LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO"

La convivencia pacífica de una comunidad se logra en la medida en que es posible la sustitución de la violencia como mecanismo de solución de los conflictos. El conflicto es un componente de la naturaleza humana.

Es más, cada vez “que conviven o convienen dos o más personas en el campo individual, o muchas personas en el campo nacional o los Estados en el campo internacional; vemos como en cada estrato se producen la proposición, el desacuerdo y el conflicto”¹.

Lo anterior, es perfectamente aplicable al campo del derecho del Trabajo, pues, vemos como esta concatenación entre el desacuerdo y el conflicto, se produce en las relaciones laborales que unen a un trabajador y su empleador, o entre uno o más sindicatos u organizaciones de mayor grado, una federación o confederación por ejemplo, y los empleadores o las organizaciones de empleadores, o de aquellos o de éstos entre sí.

Surge entonces, por múltiples conflictos que se dan en las relaciones entre las personas, la necesidad de buscar la forma jurídica adecuada de ponerles término mediante el empleo de procedimientos eficaces.

1.1. Concepto de Conflicto del Trabajo:

¹ Colombo Campbell, Juan. La jurisdicción, el acto jurídico

Queremos señalar que la noción de conflicto no es completamente uniforme, ya que su concepto se amplía o restringe, según los términos en que la legislación de cada nación regula esta Institución. En algunos ordenamientos jurídicos, se identifica el conflicto con el proceso de negociación colectiva, como ocurrió en Chile por un largo tiempo. En otros, se le identifica con la ruptura de negociaciones.

Las legislaciones que identifican el conflicto de trabajo con la huelga o lock out, no son ajenas a este problema y esta identificación se hace sin aclarar de modo explícito, que estas son simples manifestaciones de un conflicto abierto.

En cambio, la doctrina realiza algunas distinciones entre el conflicto y la controversia. Según algunos autores “el conflicto alude a la simple divergencia de intereses o discrepancia en la interpretación y aplicación de una norma jurídica determinada”². Y, esos mismos autores, piensan que “los conflictos devienen en controversia cuando el titular de la prestación que se reclama somete su petición a la potestad del Estado,

procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno. Editorial Jurídica, Santiago, 1980, p.9

² Jeria Paniagua, Roberto. Memoria de título de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1987, p.10

al solicitar, una u otra parte, el amparo de su derecho o interés mediante el debido proceso”³.

Para autores como don Ernesto Krotoschin “no hay conflicto, en el sentido estricto del término, si no hay rechazo o fracaso de la negociación. Sólo al faltar la buena disposición para negociar, en una o ambas partes, o cuando la negociación fracasa o cuando objetivamente las diferencias a primera vista parecen insuperables o sólo superables con la ayuda de un tercero (conciliador, juez o árbitro), es posible que se produzca un impasse en la relación mutua, con proyección hacia fuera, el cual acuse la existencia de un conflicto”⁴.

En concepto del autor citado, el conflicto nace como una consecuencia de la imposibilidad de que las partes se encuentren para llegar a un acuerdo en las negociaciones, sea porque en ella las partes actúan de mala fe o, simplemente, sean víctimas de su propia intransigencia.

En cambio, para el autor Eugenio Pérez Botija los “conflictos del trabajo pueden ser referidos genéricamente a todo tipo posible de conflictos con motivo del trabajo, comprendiendo tanto la huelga

³ Ibid. p. 11

⁴ Krotoschin, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 1967-1968, p. 189

general como la más leve controversia sobre la justicia de una sanción impuesta al trabajador por una empresa. Podemos, pues definir el conflicto del trabajo, genéricamente, como la alteración de la normalidad de las relaciones jurídicas entre un empresario, o grupos de empresarios, y un trabajador o una asociación o grupo de trabajadores, con motivo de la aplicación e interpretación o intentos de modificación de los contratos de trabajo o de las normas que los regulan”⁵.

Del concepto anteriormente transcrito, podemos distinguir con claridad que este alude a los sujetos que intervienen o pueden intervenir en el conflicto del trabajo, ya que el autor se refiere explícitamente a los trabajadores o grupos de éstos y a los grupos de empresarios o a uno sólo de éstos.

Por otro lado, don Mario de la Cueva señala que “los conflictos de trabajo son las diferencias que se suscitan entre trabajadores y patrones, solamente entre aquellos o únicamente entre éstos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo”⁶.

⁵ Pérez Botija, Eugenio. Manual del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Madrid, 1979, p. 752

⁶ De la Cueva, Mario. Tratado mexicano de Derecho del Trabajo. Editorial Porrúa, México, 1969, p.729

Como vemos, éste último autor agrega que los conflictos del trabajo pueden derivarse de las relaciones individuales o colectivas de trabajo y que ellos se pueden suscitar entre los trabajadores o entre los empleadores, esto es, “pueden darse los denominados conflictos individuales o colectivos de trabajo y conflictos ínter obreros o ínter patronales”⁷.

El autor Mariano Tissembaum, distingue entre los conflictos y las controversias, señalando que “La intervención del Estado frente a estas contiendas, transforma el conflicto en una controversia, con lo que provoca un planteo distinto en su objetividad y sustantividad, al promover la discusión de las distintas posiciones que antes estaban como irreconciliables, para orientarlas con una finalidad coincidente a la obtención de una solución concordante que satisficiera los intereses en divergencia. Tal circunstancia determinó que, de la lucha excluyente se enterara en un proceso de coincidencia, en razón de los fines que inspiraba la solución del conflicto para llegar al acuerdo de las partes en sus diversos intereses. El conflicto del trabajo que implica la lucha de posiciones contrarias de éste con el capital, se transforma en una controversia, en la que el proceso a que se someten las partes, adquiere

⁷ Jeria Paniagua, Roberto. OP.cit, p. 14

un contenido y una finalidad en su conexión extrínseca, para un mismo fin que inspira la justicia social”⁸.

En síntesis, este autor plantea que “la controversia del trabajo se manifiesta como un estado de conflicto de trabajo, cuando la causa originaria que la determina se encuentra vinculada con la relación laboral, y ella es sometida al proceso para su solución. El conflicto de trabajo se particulariza como situación de hecho que tiende a la separación de las partes, mientras que, para don Mariano Tissembaum, “la controversia de trabajo se caracteriza por una situación de derecho que procura el avenimiento de las mismas mediante el debido proceso”⁹.

Para don Domingo Campos Rivera, que coincide con la generalidad de la doctrina, “la palabra conflicto viene de la voz latina *confluyere*, que lleva implícita la idea de controversia, antagonismo o desacuerdo. Conflictos de trabajo son, de esta manera, las controversias que se susciten entre patrones y trabajadores por causa o con ocasión de la prestación de un servicio”¹⁰.

⁸ Tissembaum, Mariano. Las Controversias del Trabajo. La huelga y el lock out ante el Derecho, Editorial Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1952, p.16

⁹ Ibid.p.15

¹⁰ Campos Rivera, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Editorial Temis, Colombia, 1981, p. 334

Este autor piensa, que el conflicto no se presenta sino cuando las partes han intentado un arreglo y no lo han logrado, en otras palabras, hay un conflicto de trabajo cuando se presenta un desacuerdo entre las partes en el curso de una negociación o acuerdo directo.

Finalmente, queremos exponer aquí las opiniones de don Manuel Alonso García. Este autor señala la estructura que deben presentar los conflictos de trabajo y los clasifica. Por esta razón señala que “podemos, intentar la conceptualización de los conflictos de trabajo, definiéndolos como toda situación jurídica que se produce a consecuencia de la alteración ocasional en el desarrollo o en la extinción de una relación jurídica laboral, y que se plantea entre los sujetos de la misma, o entre las partes de un convenio”¹¹.

En conclusión, podemos considerar que el conflicto del trabajo importa necesariamente la existencia de los siguientes elementos, según lo prescrito por los autores anteriormente mencionados.

En primer lugar, el conflicto sólo puede pensarse como una **divergencia de intereses** entre trabajadores y empleadores, derivada de las relaciones de trabajo que les ligan, lo cual nos lleva a descartar de

¹¹ Alonso García, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Ariel S.A, España, 1980, p. 603

inmediato todas aquellas contiendas que si bien pueden enfrentarlos, son ajenas a las relaciones laborales.

En segundo lugar, esas relaciones de trabajo pueden dar origen al conflicto, **pueden tener como antecedente relaciones individuales o colectivas de trabajo**, que según veremos tiene importancia para los efectos de diferenciar y clasificar los conflictos del trabajo y para determinar los procedimientos de solución que les serán aplicados en un momento dado.

Una tercera cuestión, que se debe tener presente, dice relación con la **finalidad que debe perseguir el conflicto** y que, obviamente, debe encuadrarse dentro de la relación jurídico laboral que le da origen, de allí que puede hablarse de aplicación, interpretación, modificación sustitución o extinción de normas legales o convencionales que rigen tales relaciones.

Finalmente, es importante determinar cual es el punto de partida de un conflicto del trabajo. En el pasado se identificaba el conflicto con la huelga, ya que en esos tiempos la huelga era sinónimo de conflicto y las negociaciones se iniciaban una vez que el movimiento huelguístico ya estaba declarado. Poco a poco, y en virtud de la intervención del Estado y la mejor utilización de los mecanismos creados para la solución de los

conflictos basados en la autocomposición o en la heterocomposición, les fue posible a los trabajadores plantear primero sus aspiraciones y después ejecutar sus acciones de presión ante la negativa de los empleadores, basadas especialmente en la solidaridad obrera.

Por esta razón, la huelga ya no se confunde con el conflicto, sino que se le considera una forma de solución de aquellos, ya que el conflicto nace sólo en virtud del fracaso de los mecanismos de negociación o arreglo directo, o en virtud de la insuficiencia de la conciliación, la mediación o el arbitraje, todo esto siempre que se trate de un procedimiento voluntario y que las partes hayan hecho uso de tales medidas.

1.2. Naturaleza Jurídica de los Conflictos del Trabajo:

La naturaleza jurídica de los conflictos del trabajo, alude principalmente a las diferencias que existen entre éstos y los que se producen en el ámbito del derecho privado civil o común.

Se ha señalado que de “la sustantividad de los conflictos del trabajo deriva de la autonomía del Derecho Laboral de las demás ramas del

derecho”¹². Sin olvidar, que existen indudablemente relaciones entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico, producto de esta independencia se contribuye a otorgarles una personalidad y una fisonomía propia y especiales.

En relación con este punto, el autor Mariano Tissembaum agrega que estas diferencias se verifican en dos aspectos esenciales: de naturaleza intrínseca uno y de naturaleza extrínseca, el otro.

En primer lugar, nos referiremos a los caracteres de la Naturaleza extrínseca, los cuales aluden a dos cuestiones fundamentales: el objeto de la divergencia y su enfoque jurídico, y la posición funcional de las partes.

- i) En cuanto a aquel primer elemento, “en los conflictos de derecho común el problema se concentra en un planteo que actúa dentro de una órbita de naturaleza patrimonial, donde predomina el interés privado de las partes por la incidencia económica de la contienda, en cambio en la controversia laboral, el planteo incide sobre la actividad de trabajo, de esencia humana, que por su naturaleza excluye todo enfoque de relación mercantil, por lo que no se puede comprimir dentro de un ámbito de naturaleza económica, como objeto de divergencia. La relación jurídico

¹² Jeria Paniagua, Roberto.OP.cit, p. 16

patrimonial que determina los caracteres del conflicto de derecho común, es distinta de la relación jurídico personal que se manifiesta en los conflictos del trabajo”¹³.

Es importante señalar que las contiendas o conflictos que se desarrollan en el derecho civil, tienen “un hondo contenido patrimonial basado en la justicia conmutativa”¹⁴, en cambio el derecho laboral regula las relaciones entre los hombres o las personas. En esta rama del ordenamiento jurídico, la persona tiene una particular relevancia, es por esta razón que el derecho laboral es un derecho protector y toda su normativa está impregnada de la consideración al trabajador como sujeto de mayor debilidad dentro de una relación jurídica.

- ii) En relación a la posición funcional de las partes, este autor señala que, la gravitación de la acción que realizan aquellas en relación con la posición que ocupan dentro del proceso de producción, permite que el conflicto se plantee potencialmente entre el trabajo y el capital. Esto es lo que se ha denominado “despersonalización de las partes”¹⁵.

¹³ Tissembaum, Mario.OP.cit, p. 20-24

¹⁴ Jeria Paniagua, Roberto. Op.cit, p. 21

¹⁵ Ibid. p.22

La tercera diferencia, radica en que mientras el conflicto en el derecho privado se localiza dentro del límite patrimonial de los interesados en él, en los conflictos del trabajo se opera un desplazamiento hacia otros ámbitos, especialmente penetra en el ámbito económico y se desplaza hacia el de naturaleza social.

Por último, esta diferencia se centra en lo que el autor denomina la “acción gremial”, es decir, corresponde a la actuación que debe ejecutar el organismo profesional o laboral en interés de sus asociados. Esta actuación, se deja sentir no sólo en los casos de conflicto colectivo, que constituye la regla general, sino tratándose de controversias de carácter individual.

1.3. Clasificación de los Conflictos del Trabajo:

La doctrina ha hecho una serie de distinciones, al configurar una clasificación de los conflictos de trabajo, basadas en diversos aspectos de la relación laboral. Así por ejemplo, atendiendo a los intereses que se encuentran en juego se han clasificado los conflictos en **individuales y colectivos**. Otra distinción que reviste de una gran importancia dice relación con la naturaleza jurídica de la disputa, y atendiendo a esta

situación se han clasificado los conflictos en jurídicos o de derecho y económicos o de intereses.

1.3.1. Atendiendo a los sujetos que intervienen en el conflicto:

Estos se pueden clasificar en obrero-patronales y entre la organización y sus miembros.

Los primeros son aquellos que tienen como contraparte a un trabajador, grupo de trabajadores o una asociación de trabajadores y un empresario o un grupo o asociación de empresarios.

Estos conflictos que tienen una larga historia, primero porque el surgimiento de las coaliciones y asociaciones gremiales, dividió a los conflictos de trabajo en dos grupos, individuales unos, que se referían a las diferencias suscitadas entre trabajadores y empleador por la aplicación, o interpretación de las normas convencionales que les ligaban, y los colectivos los otros, los cuales se caracterizan por la coalición y materialización de la huelga.

1.3.2. Atendiendo a los intereses que se manifiestan durante el conflicto:

Si bien, en un primer momento esta clasificación tomaba en cuenta el número de trabajadores involucrados en la disputa, el simple criterio numérico no resulta suficiente para entender bien los alcances de esta diferenciación, ya que la acumulación de diversos de diversos reclamos individuales o la discusión de los derechos subjetivos de un gran número de trabajadores no alcanzan a configurar un conflicto colectivo. En otras palabras, es indispensable aclarar que los términos individual y colectivo, “no se relacionan con el número de personas que se ven involucradas en la contienda, de forma tal que, la participación de un gran número de trabajadores, en proceso, contra el mismo empleador, no transforma el carácter del conflicto”¹⁶.

Todos lo autores, de una u otra manera se han ocupado de esta clasificación. Es así que para el profesor Alfredo Gaete Berríos, “la característica que distingue al conflicto colectivo del individual consiste en que, en aquél, la base del conflicto la constituye una petición de mejoramiento de orden general y tendría tal carácter la petición aplicable no a uno o a

¹⁶ De la Cueva, Mario..Op.cit, p. 735

algunos de los trabajadores de la respectiva empresa, sino que a todos los que prestan servicio en ella”¹⁷.

Dentro de la doctrina nacional, el profesor William Thayer Arteaga, expresa que “en otras palabras, el conflicto colectivo laboral es, en esencia, un procedimiento forzado para llegar a un convenio colectivo de trabajo, por lo tanto, conflicto colectivo es la situación jurídico-social que se produce cuando la colectividad laboral requiere de los empleadores respectivos la modificación de la condiciones de trabajo del sector que representa, bajo la advertencia de que la respuesta negativa y el fracaso de la conciliación o mediación pondrá en marcha los mecanismos de presión que la legislación contempla, sean ellos la huelga o el arbitraje obligatorio”¹⁸.

El autor Manuel Alonso García ha señalado la diferencia entre los conflictos individuales y colectivos expresando que “la distinción radica en la determinación de las personas a quienes sus resultados pueden afectar, ya que cuando se conoce de antemano sobre quién y cuantos recaerán los efectos los efectos de la solución de la pretensión que el conflicto envuelve, estamos frente a un conflicto individual, en tanto que en el caso contrario, es decir, cuando tal situación se desconoce, estamos frente a un conflicto de carácter

¹⁷ Gaete Berríos, Alfredo, Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Editorial Jurídica, Santiago, 1967.

colectivo”¹⁹. Para este tratadista, el conflicto individual es aquel cuyas consecuencias o efectos, “derivados de la pretensión que se actúa, únicamente alcanza a quienes intervienen como sujetos en él; en tanto que se puede definir el conflicto colectivo como aquel cuyas consecuencias o efectos, derivados asimismo de la pretensión que encierra, se extienden a personas no sujetos del conflicto, que resultan afectados esencialmente por el mismo”²⁰.

En resumen, para que el conflicto revista el carácter de colectivo es necesario que del lado de los trabajadores exista una colectividad que, “aún cuando unida transitoriamente, tenga un interés económico-social común que defender y, no es indispensable que del lado del empleador exista igual colectividad, pues, aún cuando se trate de un solo empleador, respecto de él, el conflicto debe siempre entenderse colectivo y, en seguida, ligada a esa primera condición, debe darse la situación de que el conflicto afecte aquellos intereses o derechos colectivos o comunes, pues, según lo señaláramos, la yuxtaposición de los litigios motivados por intereses particulares, no alcanza a constituir conflictos colectivos”²¹.

¹⁸ Thayer Arteaga, William. Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Jurídica, Santiago, p.110

¹⁹ Alonso García, Manuel..Op.cit, p.606

²⁰ Ibid

²¹ Jeria Paniagua, Roberto..Op.cit, p.29

Desde el ámbito opuesto, el conflicto individual, se caracterizará porque el enfrentamiento se producirá entre uno o más trabajadores con su empleador, pero sin que el número de trabajadores involucrados modifique el carácter de la contienda, pues, cada uno de ellos defenderá su propio interés, el que puede o no coincidir con el de los otros; no se da, entonces, la característica fundamental del conflicto cual es, la existencia de un interés colectivo que se encuentra en juego.

1.3.3. Atendiendo a la naturaleza de la disputa:

Estos corresponden a los conflictos jurídicos o de derecho y conflictos económicos o de intereses. Sin duda esta clasificación tiene en la vida práctica una importancia excepcional. Es más, esta distinción ha sido propuesta por la Organización Internacional del Trabajo, conceptualizándolos de la siguiente manera: “El **conflicto jurídico** se refiere a la interpretación o aplicación de un derecho nacido y actual, poco importa que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la ley o en

una disposición de un contrato individual o colectivo. El **conflicto de intereses** no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o en el contrato; es una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente o a crear un derecho nuevo”²².

Esto tiene importancia en cuanto a la determinación del órgano llamado a resolverlos y los procedimientos aplicables a su resolución. Si el conflicto jurídico se refiere a la interpretación o aplicación de una norma ya existente, es claro que su solución corresponde a los órganos encargados de aplicar el derecho, estos es, a los tribunales del Trabajo. En cambio, si el conflicto de intereses se relaciona con la creación de una norma, o con la modificación o extinción de la que ya existía, su solución se remite a los órganos capaces de dirimir intereses en pugna, como son, especialmente, los órganos de conciliación y arbitraje.

La importancia de esta clasificación radica, por ejemplo en la determinación del ejercicio del derecho a huelga, pues, se supone que éste sólo debería emplearse en relación con los conflictos de intereses y no con respecto a los conflictos jurídicos, los que deben quedar en manos de tribunales de justicia, órganos que cuentan con los procedimientos y la potestad para resolverlos, aplicando o interpretando el derecho.

²² Thayer Arteaga, William..Op. cit, p.114

Para el autor don William Thayer, es característica de un conflicto colectivo “la pugna para obtener una modificación o mejoramiento de las condiciones de trabajo, sean económicas o sociales y que lo que se busca a través de ellos es crear o establecer la obligación jurídica de otorgar determinados beneficios, a diferencia de las contiendas propias de los tribunales de justicia, en las que se reclama el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida”²³.

El autor Manuel García Alonso nos proporciona el siguiente concepto “conflictos jurídicos o de derecho son conceptos que se basan en la realidad de un derecho preexistente, que sirve de fundamento a su planteamiento. Es diferente a los efectos de la clasificación del conflicto como jurídico o no, que ese derecho nazca de una relación contractual, extracontractual, o de una norma legal, convencional o consuetudinaria. Lo único que se requiere es la existencia previa de un derecho subjetivo fundado en una norma laboral. En suma, todo conflicto jurídico se reclama contra la interpretación, aplicación o incumplimiento de una cláusula o de una norma”²⁴. “Los conflictos de intereses o conflictos económicos son los que no descansan sobre la existencia de un derecho preexistente, cuya significación, alcance o incumplimiento se reclama. No se trata en este tipo de conflictos de interpretar, aplicar o hacer

²³ Ibid.p. 112

cumplir en forma distinta a como se hace, los mandatos nacidos de un vínculo contractual o de una norma legal, aplicable o no a las partes o sujetos interesados. Si no que el conflicto surge de la pretensión de modificar la normativa vigente o de crear una nueva”²⁵.

Para el autor don Mario de la Cueva, en los conflictos jurídicos la cuestión que se debate es un problema de Derecho, mientras que los conflictos de intereses se caracterizan por la ausencia de normas jurídicas futuras, siendo estos últimos la salida necesaria a la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores al discutir la celebración de un instrumento colectivo de trabajo, que establezca las normas de regulación laboral correspondiente.

Por último don Mario Deveali, señala que “existe un conflicto de Derecho, cuando él tiene por objeto la interpretación de una norma preexistente. Se denominan en cambio conflictos de intereses los que tienen por objeto la fijación de nuevas normas o la modificación de normas preexistentes, aun cuando las nuevas normas que se soliciten o las que se quiere modificar no tengan un carácter estrictamente económico”²⁶.

1.4. Formas de solución de los conflictos del Trabajo:

²⁴ Alonso García, Manuel..Op.cit. p.607

²⁵ Jeria Paniagua, Roberto..Op. citi,p.32

²⁶ Deveali, Mario. El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias. Editorial Astrea, Argentina, 1983, p. 461

En general se ha mencionado que para la solución de los conflictos del trabajo, sólo pueden considerarse dos mecanismos: uno basado en el enfrentamiento directo de las partes a través de medios que importan, en su esencia, el uso de la fuerza que, como se ha explicado por algunos, importa la solución de los conflictos mediante la lucha social regulada, como el caso de la huelga y el lock out o no regulada como en un paro ilegal de actividades, entre obreros y empresarios. La otra alternativa en tanto, está basada en la utilización de procedimientos que importan el uso o el ejercicio del derecho, como la mediación y el arbitraje.

Una rápida mirada a los mecanismos que hemos mencionado mas arriba como formas de solución de conflictos del trabajo nos permite darnos cuenta de inmediato que ellos se refieren casi exclusivamente a los conflictos colectivos de intereses.

Ahora bien, desde el punto de vista de los procedimientos de solución de los conflictos del trabajo, es necesario señalar que los conflictos de Derecho deben someterse al conocimiento y resolución de los Tribunales del Trabajo, a cargo de magistrados que forman parte del poder judicial. En cambio, para el conocimiento y resolución de los conflictos de intereses, se han propuesto diversos sistemas, los que incluyen mecanismos de

prevención, como la negociación colectiva, que debe actuar antes de que surja el conflicto dentro del ámbito laboral, y mecanismos de contención, como el arbitraje obligatorio destinado a evitar que el conflicto llegue a manifestarse exteriormente.

En esa línea, se han propuesto tres categorías fundamentales de procedimiento de solución de conflictos del trabajo, y estos son:

1. **La Autocomposición**, que se basa únicamente en la negociación o arreglo directo entre las partes.
2. **La Heterocomposición**, basada en la intervención de un tercero en la solución de un conflicto, en que encontramos la intervención judicial, la conciliación y la mediación, el arbitraje y la investigación de los hechos y,
3. **La Autodefensa**, en la que encontramos el mecanismo de la huelga y el lock out.

Dos procedimientos más se mencionan como formas de terminación forzada de conflictos de intereses: uno, la reanudación de faenas. Esta consiste en que por decisión del Presidente de la República, se ordena restablecer la actividad de una empresa que se encuentra afectada por una huelga o lock out, invocando razones de bien común que la señala. Este procedimiento constituye una demostración del quiebre del principio de no

intervención del estado en el proceso de negociación colectiva. El otro la movilización militar contra huelguistas, consiste en que son las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad a quienes se les encomienda por razones de bien común poner fin al conflicto y controlar de esta manera las manifestaciones externas de éste. *Por nuestra parte, pensamos que esta última vía mencionada, en ningún caso puede considerarse un mecanismo de solución, sino que es un camino de imposición unilateral de intereses que, históricamente, ha tenido nefastas y trágicas consecuencias para los trabajadores. Nunca el bien común pasará por la muerte de seres indefensos.*

El hecho es que, cualquiera sea la forma en que se promueva la continuidad de las actividades, ésta siempre debe tener por objeto evitar toda forma de represión estatal. En estos casos, siempre se anexará a la medida adoptada algún procedimiento de heterocomposición para la solución del conflicto, normalmente, el arbitraje, sin quedar excluida la mediación o conciliación.

1. La Autocomposición:

Entendemos por mecanismo de autocomposición aquel basado en el acuerdo de las partes, es decir, la autocomposición es una forma de poner

término a un conflicto por acuerdo de las partes involucradas en él. Como ejemplo de éste se reconoce el acuerdo directo o negociación.

En Chile este recibe el nombre de negociación colectiva que ha sido definida por nuestro legislador en el artículo 303 del Código del Trabajo, al señalar que es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con uno o más sindicatos de la respectiva empresa, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos u otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas que al efecto establece la ley.

La importancia jurídica y social de este instrumento deriva de su eficacia como tal, siempre será mejor que las partes de común acuerdo den solución a sus problemas, que dejar que ellos resuelvan sus propios asuntos. Por último, la actitud de las partes en la negociación colectiva, trabajadores y empleadores, tienden a quebrar el principio paternalista e individualista, rompiendo con la tradición en las relaciones laborales y haciendo con sus organizaciones sindicales o gremiales participen de una manera más efectiva en el devenir de las relaciones de trabajo.

2. La Heterocomposición:

Entendemos por este mecanismo la forma de solución de los conflictos basada en la intervención de un tercero que ayuda a las partes a encontrar su salida o que decide personalmente la solución definitiva.

Advertimos aquí que, estos procedimientos existen en nuestra legislación relativa a la negociación colectiva. Estos sistemas son: la intervención judicial, que consiste en la participación de los tribunales de justicia en la solución de los conflictos del trabajo, fundamentalmente cuando se trata de conflictos individuales o colectivos de derecho. Este procedimiento consiste en la intervención de un tribunal de justicia, competente en materia laboral, para la solución de los conflictos del trabajo, mediante el pronunciamiento definitivo en las controversias de derecho. Existe en la mayoría de las legislaciones del mundo.

La conciliación, la mediación y el arbitraje, son sin duda los mecanismos que mayor utilidad han prestado en la solución de conflictos colectivos de intereses. Estas significan cosas distintas pero en la práctica estas se suelen utilizarse como sinónimos.

La conciliación será el procedimiento por el cual un tercero reunirá a las dos partes, las estimulará a examinar sus diferencias y les ayudará a idear

sus propios intentos de solución, mientras que en la mediación el tercero prestara una asistencia más directa, para encontrar una solución aceptable, yendo hasta someter sus propias propuestas a la consideración de los interesados.

Las partes a través de la conciliación y la mediación, ya sea en el curso de las negociaciones o cuando estas han llegado a su fin, reciben ayuda y asistencia de un tercero que los invitará a llegar a una solución.

En el arbitraje también interfiere un tercero que puede ser una sola persona o árbitro, un tribunal arbitral o una junta arbitral, que no obstante no actuar como un tribunal propiamente tal, está facultado para tomar una decisión que ponga fin al litigio. Este mecanismo de solución de conflicto lo desarrollaremos latamente en los capítulos siguientes.

3. La Autodefensa:

Este se define como el sistema de solución de conflictos basados en la utilización de medios o medidas de acción directa que importan el uso de la fuerza, moral o física, y en el que las partes intentan resolver sus diferencias por mano propia o por su sola voluntad, nos encontramos entre otros con la huelga, el lock out y la reanudación de faenas

Estos mecanismos constituyen armas que se utilizan normalmente con motivo de un conflicto colectivo económico o de intereses y procuran imponer la aceptación de demandas formuladas por los trabajadores o por los empleadores, según se trate de uno u otro procedimiento.

CAPITULO SEGUNDO

"DIVERSOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS"

2. Diversos Medios de Solución Alternativos a la Huelga

Creemos que es importante esbozar los objetivos, las características, elementos y requisitos de la mediación y el arbitraje, ya que son considerados mecanismos de solución a los conflictos que se generan durante la negociación colectiva. Es fundamental. Por tanto, considerar que la mediación, arbitraje y la huelga son los instrumentos que pone a nuestro alcance la legislación para poder resolver de una manera adecuada las legítimas discrepancias entre los trabajadores y su empleador.

Si las partes estiman difícil, por cualquier causa, llegar a una solución o un acuerdo directo, pueden recurrir a alguno de los medios que nuestra actual legislación laboral pone a su alcance para facilitar la solución de la negociación, como son la mediación y el arbitraje. Este capítulo tiene por objeto delinear de manera general los elementos característicos de cada una de estas Instituciones con el objeto de estudiarlos con profundidad en los capítulos siguientes.

Creemos que de antemano, debemos destacar la diferencia fundamental que existe entre ambas Instituciones. En la mediación, el objetivo básico perseguido por el mediador es de oficiar de amigable componedor, tratando de acercar a las partes a una solución que posteriormente, puede traducirse en un contrato colectivo pero sin que sea posible la imposición de alguna medida o recurso para exigir su cumplimiento.

El arbitraje, en cambio, siempre va a culminar en un fallo, que ha de contener los términos del nuevo contrato colectivo y que las partes deben acatar obligatoriamente.

2.1. LA MEDIACION:

La mediación como alternativa a la solución de conflictos laborales ha sido considerada por algunos autores como “un arbitraje informal en el que se propone una fórmula de transacción a las partes, las cuales conservan su soberanía para darle o no su aprobación o no”²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, es necesario tener presente que el mediador debe estimular a cada parte para que estas lleguen a un acuerdo, estimulando un acercamiento de estas e impulsándolas para que ellas mismas lleguen a un acuerdo.

Pero en este punto es importante señalar que la esencia o característica fundamental de la mediación es una propuesta de transacción que sólo se convertirá en contrato colectivo en la medida en que todos los actores involucrados estén de acuerdo con cada uno de los puntos del contrato.

Este procedimiento se encuentra establecido en los artículos 352, 353 y 354 del Código del Trabajo, los cuales señalan que el mediador tiene un plazo de diez días, o el que determinen las partes, contados desde su designación, para desempeñar su gestión. Si al término de este plazo 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

²⁷ Jeria Paniagua , Roberto. Op..cit, p. 87

precedentemente, pondrá término a su gestión, presentando 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.

Una copia de este informe debe ser enviada por el mediador a la Inspección del Trabajo, dentro del plazo de dos días contados desde que fuera entregado a las partes.

En conclusión, esta figura jurídica requiere para que sea aplicada, el acuerdo de los trabajadores y empleadores. Creemos que en el futuro esta será utilizada en gran medida, ya que este acuerdo se funda exclusivamente en la voluntad de las partes. Esta afirmación se funda en que por ejemplo se cautela la paz y la tranquilidad social, ya que al suprimir los conflictos se evita la animadversión que se origina producto de los conflictos no solucionados entre las partes involucradas, creando un clima de calma social. Otro elemento a considerar es el ahorro o disminución de costos para trabajadores y empleadores en lo que a gestiones judiciales se refiere por que se eliminan las costas que generan los procesos judiciales. También se evita incurrir en gastos como los honorarios para los abogados, actuarios, ministros de fe.

Por último, este tipo de mecanismo de solución de conflictos tiene como fundamento la buena fe que constituye un principio basal de nuestro

ordenamiento jurídico, ya que las partes deben confiar mutuamente por alcanzar la solución del conflicto laboral.

2.2. EL ARBITRAJE:

Doctrinariamente, en el arbitraje se dan tres situaciones según lo expone el profesor Guido Macchiavello al señalar que “Las partes en un contrato colectivo convienen en que en el futuro las controversias serán resueltas por un sistema de arbitraje”²⁸ o sin que exista una cláusula de ese tipo las partes durante el transcurso de la negociación acuerdan someter dicho conflicto a arbitraje. Estas dos figuras tienen su fuente en la voluntad de las partes del conflicto.

En cambio existe un tercer caso en que la decisión de las partes es suplida por la ley, ya que se les impone esta solución de conflictos sin poder de ninguna manera recurrir a la huelga. En este caso existe “una profunda penetración pública en la esfera de decisión exclusiva y privativa de las

partes”²⁹. Por esta razón se ha señalado que, esta clase de arbitraje da lugar a una actividad jurisdiccional especial y compleja. Formalmente es jurisdiccional por que las partes tienen una acción para someter el conflicto a la decisión de un árbitro o juez, y porque se trata de un caso concreto en que el conflicto será sentenciado de acuerdo al Derecho o a la equidad.

En resumen, el arbitraje voluntario, no implica una función jurisdiccional, sino un acto de mandato, en virtud del cual los sujetos encargan a un tercero la emanación del contrato colectivo, el que tendrá sus efectos característicos para la colectividad respectiva.

En virtud de lo anterior, debemos distinguir entre arbitraje voluntario y arbitraje obligatorio.

En el primero de estos arbitrajes, nuestra legislación establece que las partes podrán someterse a él en cualquier momento de la negociación, incluso durante la huelga misma o el lock out.

En este caso, el compromiso debe constar por escrito, en el se ha de designar el nombre del árbitro o el procedimiento a través del cual éste será designado. Una copia de este acuerdo debe remitirse a la Inspección del Trabajo correspondiente, dentro del plazo de cinco días, contados desde que se

²⁸ Macchiavello Guido. Derecho Colectivo del Trabajo. Editorial Jurídica, 1989, p. 285.

²⁹ Ibid. p. 287

suscribió. En lo que respecta al procedimiento, éste se fijará libremente por las partes o por el árbitro en subsidio.

El arbitraje obligatorio se da únicamente en los casos en que está prohibida la huelga o el lock out.

Sólo nos resta señalar que la calificación de encontrarse la empresa en algunas de las situaciones que la ley prevé se efectuará dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.

El procedimiento al cual debe someterse el arbitraje obligatorio se encuentra regulado por nuestra legislación. Esto constituye una clara diferencia con el arbitraje voluntario.

Este procedimiento prescribe que, rechazada la última oferta del empleador por la Comisión Negociadora, la Inspección del Trabajo citará a las partes a un comparendo dentro de tercero día, para el sólo objeto de proceder a la designación del árbitro. A pesar de ello, las partes se encuentran facultadas para, de común acuerdo, concurrir en cualquier tiempo a la Inspección del Trabajo para solicitar que se proceda a la designación del árbitro.

El comparendo se celebra con cualquiera de las partes que asista; si al mismo no asistieren las partes o una de ellas, el árbitro será designado por sorteo de la nómina que la ley señala. De este comparendo se levantará un

acta, en la cual debe dejarse constancia de la designación del árbitro y de las últimas proposiciones de las partes.

La resolución de las negociaciones sometidas a arbitraje obligatorio serán resueltas, en primera instancia, por un tribunal arbitral unipersonal, que será designado de entre la nómina de árbitros confeccionada de conformidad a las disposiciones establecidas en la legislación laboral. En caso de que el arbitraje afecte a tres mil o más trabajadores, estará integrado el mencionado tribunal arbitral por tres árbitros.

Para designar al árbitro, las partes podrán elegir de común acuerdo a uno de los indicados en la nómina referida; a falta de acuerdo, deberán proceder a enumerar en orden de preferencia los distintos árbitros incluidos en la nómina y la Inspección designará aquel que más se aproxime a las preferencias de ambas partes. Si se produjere igualdad de preferencias, el árbitro será elegido por sorteo de entre aquellos que obtuvieren igualdad, con lo que se diferencia del sorteo que se produce cuando las partes no concurren, ya que en dicho evento se procede con toda la nómina.

En el caso del Tribunal Tripartito de primera instancia, dos de ellos serán elegidos de la nómina y el tercero será designado discrecionalmente por el Ministro de Hacienda .

La nómina de árbitros existe para todo el país y el número de sus componentes será determinado por el Presidente de la República, el que sólo podrá aumentarlo. El nombramiento de los árbitros corresponderá al Jefe de Estado, a proposición del Cuerpo Arbitral en terna para cada cargo a llenar.

Debemos destacar que para ser miembro del Cuerpo Arbitral, es necesario estar en posesión de un título profesional de la Educación Superior y contar con experiencia calificada en el área de la actividad económica y laboral. También es necesario tener presente que no pueden ser árbitros ni integrar la nómina de los funcionarios públicos, con excepción de los que tengan este carácter por el sólo hecho de ser docentes académicos, ni los dirigentes de asociaciones sindicales o gremiales.

El Tribunal Arbitral Unipersonal deberá constituirse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de su designación, la que será practicada por la Inspección del Trabajo. El procedimiento será fijado por las partes y en caso de desacuerdo, por el Tribunal.

El fallo deberá ser expedido dentro de los treinta días siguientes a la constitución del Tribunal, plazo que puede prorrogarse fundadamente, por otros diez días.

El Tribunal puede requerir todos los antecedentes que estime necesarios como efectuar visitas a los locales de trabajo, hacerse asesorar por organismos

públicos o por expertos en las materias que conoce, exigir todos los documentos que le sean necesarios, etcétera.

En relación con el fallo que debe emitir, el tribunal se encuentra obligado a fallar a favor de una de las dos proposiciones de las partes vigentes al momento de someterse el asunto a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad y no pudiendo fallar por otra alternativa distinta ni contener proposiciones de una u otra parte. Para emitirlo, el árbitro deberá tener presente las siguientes consideraciones:

- a) El nivel de remuneraciones vigentes en plaza para los distintos cargos o trabajos sometidos a negociación
- b) El grado de especialización o de experiencia de los trabajadores que les permita aportar una mayor productividad a la empresa en relación a otras de esas actividades u otra similar;
- c) Los aumentos de productividad obtenidos en los distintos grupos de trabajadores;
- d) El nivel de empleo en la actividad de la empresa objeto de arbitraje.

El fallo ha de ser fundado y contener idénticas menciones que las especificadas en el contrato colectivo y la regulación de los honorarios del Tribunal. Este fallo puede ser apelado ante una Corte Arbitral, integrada por tres miembros, designados en cada caso por sorteo ante la Inspección,

de entre la nómina de árbitros. En el caso de que el fallo haya sido dictado por un Tribunal Tripartito de primera instancia, la apelación será conocida por una Corte Arbitral de cinco miembros, tres de los cuales serán elegidos de entre la nómina de los árbitros, uno por el Ministro de Hacienda y otro por la Corte Suprema, en ambos casos discrecionalmente.

La Corte Arbitral, integrada por tres o cinco miembros, esta sujeta en cuanto a su constitución, procedimiento, facultades, forma y fondo a las mismas normas que rigen a los tribunales de primera instancia en relación con sus fallos, con dos diferencias:

1. El fallo deberá emitirse por la Corte dentro de los treinta días siguientes a la notificación de su designación y no dentro de los treinta días siguientes al de su constitución, como es el caso del Tribunal de primera instancia;
2. Las costas de la apelación son de cargo del apelante y no de ambas partes de manera equitativa.
3. A los fallos arbitrales, en general, les son aplicables las normas que rigen la vigencia de los Contratos Colectivos, salvo que el fallo tuviere vigencia a contar de la suscripción del compromiso y el mérito ejecutivo de las copias auténticas del mismo.

Por último, cabe consignar que en cualquier estado del proceso arbitral, las partes podrán poner fin a la negociación y celebrar el respectivo contrato colectivo, sin perjuicio de pagar las costas generadas por el arbitraje.

CAPITULO TERCERO

"LA MEDIACIÓN"

3.1. CONCEPTO DE MEDIACION.

En lo referente al concepto de mediación, esta es fundamental para despejar las numerosas interrogantes que se plantean cuando se estudia esta

institución, ya que si se aclara cada una de ellas se le facilita al estudioso su utilización en los más variados ámbitos del derecho.

En primer lugar, queremos señalar que la mediación constituye un sistema no convencional para la solución de conflictos, este no sólo es aplicado en el derecho laboral sino que constituye un mecanismo alternativo de solución en el derecho común. Debido a esto, podemos distinguir sus principales características que son la voluntariedad, la confidencialidad y la informalidad.

La mediación persigue, fundamentalmente que, dos o más partes con intereses en conflicto puedan llegar a un acuerdo para solucionarlo. El camino para tal acuerdo es el diálogo entre ellos, facilitado por un intermediario que recibe el nombre de mediador. Este guía a las partes durante el proceso de negociación, escuchándolas y ayudándolas a alcanzar un acuerdo exitoso para todas ellas.

La mediación, en un sentido amplio ha sido definida como un "procedimiento no adversarial en el que interviene un tercero neutral que ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable".³⁰

³⁰ Risso Henon, Jorge. Manual de Conciliación y Mediación, Fundación de la Cultura Universitaria, 1995, p. 56

Señala la definición anteriormente transcrita, que la mediación no es un proceso judicial ni en general adversarial. No deben presentarse pruebas que acrediten los hechos, por el contrario, la mediación es un proceso voluntario en el que el mediador ayuda a las partes a identificar sus verdaderos intereses y necesidades, los que no requieren ser aprobados por ninguno de los participantes en él.

Algunos autores, se refieren a la mediación destacando sus principales características. Estas describen con claridad como debe actuar el tercero intermediario en el desempeño de sus funciones indicando que "La mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable".³¹

La definición precedente destaca que la mediación es una extensión de la negociación que incluye a un tercero intermediario que pueda ayudar a las partes en conflicto aportando variables y dinámicas a la interacción de los litigantes, concluyéndose en definitiva, que, sin negociación no puede haber mediación.

La intervención del mediador significa la incorporación a un sistema dinámico de relaciones que tiene existencia independiente del interventor. "El

supuesto que está detrás de la intervención de un tercero es que este puede ser capaz de modificar la dinámica de poder de la relación conflictiva, suministrando conocimiento o información, o usando un proceso negociador más eficaz y por lo tanto ayudando a los participantes a resolver las cuestiones en disputa".³²

Una de las acepciones más utilizada de esta institución es la de intervenir, esto es "interceder por uno o interponerse de dos que contienden para apaciguarlos".³³

Otro aspecto de la definición es "la aceptabilidad", estos es, los litigantes aceptan la intervención de un tercero, concluyéndose en definitiva que, sin negociación sobre este punto puede haber mediación.

En lo referente al proceder del mediador se resaltan en la definición el carácter imparcial y neutral con que debe actuar durante el desempeño de sus funciones. "La imparcialidad significa una opción no tendenciosa o la falta de preferencia a favor de alguno de los negociadores, en cambio, la neutralidad alude al comportamiento del mediador o la relación entre el mediador y los litigantes"³⁴. El mediador, por lo tanto, no debe influir directamente en las

³¹ Christopher W. Moore. El Proceso de Mediación, Métodos para la resolución de Conflictos, Editorial Granica S.A, 1995

³² Ibid, p. 78

³³ Ibid, p

³⁴ Ibid, p. 79

recompensas o los beneficios destinados a una de las partes en detrimento de la otra como tampoco no deben recibir beneficios o atribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encausar la mediación.

Por otra parte, un mediador carece de poder de decisión autorizado. El mediador no decide quién tiene la razón sino que son las partes las que juntas llegan a un acuerdo. Las partes en la mediación retienen el poder final de decisión. "La autoridad del mediador reside en su capacidad para apelar a las partes para concertar un acuerdo sobre la base de los intereses de aquellas o el desempeño anterior a la reputación del mediador como recurso útil".³⁵

Christopher Moore ³⁶ha destacado a la mediación como un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas, constituyendo un procedimiento que les confiere autoridad sobre sí mismos.

El último componente de la definición dice relación con que la mediación es voluntaria, aludiendo a que tanto la participación como el acuerdo son elegidos libremente.

3.2 EVOLUCION HISTORICA.

³⁵ Ibid, p. 85

Los procedimientos a través de los cuales, los trabajadores con sus empleadores solucionan los conflictos laborales, han sido recogidos por nuestra legislación desde 1944.

Afirmamos esto, ya que esta materia fue tratada por nuestro legislador en el título II del libro IV del Código del Trabajo por el Decreto Supremo N°839, de noviembre de 1944, publicado en el Diario Oficial de 12 de enero de 1945, cuyo artículo 26 inciso 1 ° fue substituido por el Decreto Supremo N° 565, de 1947.

Es más, los artículos 469 al 493 del texto laboral vigente en esa época; fijado por el Decreto Supremo.Nª840, de septiembre de 1948, se refiere y regula expresamente a la conciliación o mediación y al arbitraje en la agricultura.

Esta regulación establecía la obligatoriedad de la conciliación o mediación y no podía interrumpirse intempestivamente el trabajo, ya sea de parte de los patrones o empleadores, ya que de parte de los obreros o empleados, sin que hayan agotado previamente los procedimiento de conciliación respectivos, en toda empresa, establecimiento o faena que registre más de diez obreros o empleados, y aún si registra diez o menos, "cuando el

³⁶ Ibid, p. 89

conflicto afecte a varios establecimientos de una misma rama industrial o a industrias similares o conexas dentro de una misma comuna ". (Artículo 586 del ex Código del Trabajo, modificado por Ley N° 7747).

Los asalariados y los empleadores de los establecimientos o faenas que no se encuentren comprendidos en los casos a que se refiere el párrafo precedente, pueden declarar la huelga o el lock out , sin necesidad de que se someta previamente a los procedimientos de la conciliación .

Producida una cuestión "susceptible de provocar un conflicto de orden colectivo relativa al salario, condiciones de higiene o de seguridad del establecimiento, Reglamento Interno, de solidaridad, etcétera que afecte total o parcial, directa o indirectamente al personal, o cuando de hecho se hubiere producido un conflicto al personal, o cuando de hecho se hubiere producido un conflicto de esta naturaleza, los obreros o empleados interesados deberán constituir una delegación de cinco miembros, que deberá ponerse en contacto con el jefe del establecimiento o con la persona que represente los intereses patronales, con el objeto de procurar arreglar la dificultad suscitada".³⁷

Algunas normas que establecía nuestra legislación eran las siguientes:

³⁷ Fernandois, Francisco Javier. Derecho del Trabajo, Editorial Universitaria, 1951, p.176

A) Los sindicatos industriales y profesionales están para representar a sus miembros en los colectivos y en las instancias de conciliación y arbitraje, según los artículos 387 n°3 y 412 n°2 del mismo Código.

B) Debe considerarse rechazado el pliego de peticiones, cuando el empleador o patrón no da su respuesta a la delegación del personal, corresponde en tal caso poner el asunto en conocimiento de la junta de conciliación, dentro de 48 horas siguientes al término del plazo a que se refiere el artículo 539 del Código del Trabajo, por haberse hecho obligatorio en trámite respectivo, en virtud de encontrarse así planteado el conflicto.

C) Planteado un conflicto, desaparece para éste el derecho de suspender, desahuciar o despedir a su personal.

Otro antecedente que a nuestro parecer es importante señalar son las Juntas Permanentes de Conciliación.

Estas instituciones eran de dos categorías: las Ordinarias, que existirán en cada departamento y que conocían los conflictos que se suscitaran en él; y las Especiales, establecidas para determinadas industrias y cuyo domicilio, jurisdicción y reglas de elección de sus miembros se especifican en el Decreto Supremo de su creación.

Las juntas se componían de seis miembros, tres de los cuales representaban los patrones, dos a los obreros y uno a los empleados;

sesionaban en la Capital de cada departamento y eran presididas ordinariamente sin derecho a voto, por el Inspector del Trabajo de mayor categoría de aquél lugar territorial.

Las Juntas se generaban por sorteo ante el Gobernador respectivo, a base de una lista que debían confeccionar en el mes de diciembre de cada año, cada uno de los sindicatos del departamento, en la forma indicada en el artículo 602 del Código del Trabajo. Las asociaciones de carácter patronal con personalidad jurídica, a falta de indicaciones de su clase, tienen derecho a presentar listas de empleadores. Si no se presentaban en dichas listas la legislación de miembros de las juntas se hace directamente por el Gobernador.

Una moción presentada a la Honorable Cámara de Diputados (boletín N°597) el 12 de septiembre de 1945, por señores Jun Smitmans y F. Morande, reemplazó el artículo 602 del Código del Trabajo., por lo siguiente : "Para la designación de los miembros de la junta, en el mes de Diciembre de cada año uno de los sindicatos Industriales del departamento y las Asociaciones de carácter patronal y las Cámaras de Comercio con personalidad jurídica, presentarán al Gobernador una lista de tres personas, con indicación de sus profesiones u oficios, del establecimiento en que trabajaban o de que son dueños y de su edad ".

Las juntas deben reunirse, fuera de las horas de trabajo , cada vez que sean convocadas por su presidentes , y en todo caso "siempre que se produzca una huelga o cierre de fábrica dentro de su distrito jurisdiccional".

- **EL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACION:**

Como la conciliación era obligatoria, dentro de las 48 horas siguientes a la iniciación de un conflicto, las partes debían someterlo al conocimiento de la junta respectiva, bajo el apercibimiento de las sanciones establecidas en el artículo 636.

Según la ley, "el Presidente de la junta determinará la forma y condiciones en que serán oídos los interesados y fijaran el número de personas encargadas de presentarlos, asegurando la debida representación de las distintas categorías profesionales; "Los patrones o empleadores o sus representantes legales, concurrirán personalmente, y solo en caso de impedimento legítimo y justificado podrán hacerse representar por mandatarios ".

"El procedimiento de conciliación tendrá una duración máxima de 15 días, contados desde la fecha fijada para la audiencia a que cite la junta.

Expirado el plazo, el presidente declarará terminado el procedimiento con el mérito de un certificado del secretario ".

"Si los obreros o empleados afectados por el conflicto no comparecen por sí o por su representante, dentro del plazo indicado en este artículo, el presidente declarará terminado el conflicto y ordenará archivar los antecedentes, previa certificación del secretario ".

Las partes, tanto los trabajadores como los empleadores, estarán representadas en este procedimiento de solución de conflictos por "personas que pertenezcan a la empresa, establecimiento o faena afectadas por el conflicto, estando aquéllas facultadas para intervenir en todas las cuestiones comprendidas en éste, pudiendo aceptar y firmar el acuerdo a que se llegue". A nuestro parecer, esta representación amplia que se contemplaba intentó facilitar la adopción de acuerdos que evitarían el conflicto laboral.

Con respecto al procedimiento, la junta debe oír separadamente a los patrones o empleadores y a los obreros o empleados sesionará con la concurrencia de ambas partes y procurará obtener su conciliación.

"La junta está autorizada para delegar en dos o más de sus miembros el examen y la comprobación de las circunstancias de hecho y derecho que hayan originado el conflicto".

“Producido el avenimiento, el acuerdo correspondiente del cual se debe dejar testimonio en el acta respectiva, puede pactarse hasta por dos años, siempre que contengan una cláusula en virtud de la cual se disponga la adaptación automática "las remuneraciones en proporción al costo de la vida " (artículo 609 inciso final, agregado por la Ley N°7747 y artículo 613).

Si una de las partes rehuye cumplir exactamente lo convenido, el presidente de la junta debe ordenar, a solicitud de cualquiera de los interesados o de la respectiva Inspección del Trabajo, la amplia publicación de su informe que contenga "la enunciación de las causas del conflicto, un extracto del desarrollo de las gestiones de avenimiento, el texto completo del acuerdo celebrado por los interesados, la indicación de la parte que lo haya infringido, el punto del acuerdo que haya sido materia de infracción y los motivos de ésta " (artículo 616).

Por el contrario, si las partes no recurren al arbitraje, no obstante los esfuerzos hechos durante la tramitación de la conciliación, la junta expedirá informe fundado, que será obligatorio cuando se aclare la huelga o el lock out, que se publicará ampliamente y que debe contener la enunciación de las causas del conflicto, un extracto de las deliberaciones y las obligaciones, que, a juicio de la Junta, correspondan a cada una de las partes, respecto de los distintos puntos controvertidos "(artículo 614, Incisos 1°y 2°)

3.3. CARACTERISTICAS DE LA MEDIACION

Es importante determinar los elementos característicos que presenta esta Institución, ya que éstos no sólo se manifiestan en el campo del Derecho Laboral si no que en todo el ordenamiento jurídico, ya que como lo hemos señalado la mediación se presenta como un mecanismo alternativo de solución en todos los ámbitos del Derecho.

Por esta razón destacaremos aquellas que a nuestro parecer son las más importantes:

3.3.1. VOLUNTARIA.

Al hablar de la voluntariedad debemos distinguir, en primer lugar, a la participación en la mediación, y en segundo lugar la voluntariedad de llegar a un acuerdo.

Lo primero se refiere a que si el sometimiento a mediación es una instancia voluntaria o es obligatoria, en suma, si el sometimiento mediación es impuesto a las partes por la ley o no.

La cuestión de ser un proceso voluntario es una de las que más discusiones genera, debido a que en muchos países se ha establecido la obligatoriedad de la mediación, como instancia previa al juicio.

Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico en su generalidad la mediación es el sistema de resolución de conflictos menos conocido y más novedoso. Sin embargo, en el Código del Trabajo se consagra este sistema en lo relativo al procedimiento de negociación colectiva señalando que en cualquier momento de la negociación las partes podrán acordar la designación de un mediador quien deberá sujetarse al procedimiento que le señalen las partes en subsidio el que establece el mismo cuerpo legal.

Dicho Código establece que las partes pueden optar por someter su conflicto a mediación, aseverando que la participación en ella es voluntaria. En todo caso, sobre este punto se plantea la cuestión, "a saber, si es necesario decidir por la mediación en el curso del proceso o por la mediación como una alternativa a ese proceso"³⁸, y en cualquier caso, decidir respecto de que asunto se adoptan en uno u otro camino.

La experiencia comparada parece mostrar a la mediación como alternativa genuina. En la legislación Argentina la mediación se instituye, precisamente, como una instancia obligatoria previa todo juicio. Si bien parece

³⁸ Jeria Paniagua Roberto, *ibid* p.

contradictorio, lo que se ordena es concurrir a una reunión de mediación con el objeto de llegar a un acuerdo, pero el intento de mediación no significa que los participantes se vean obligados a concertar un arreglo "el propósito de la ley ha sido difundir esta nueva y eficaz forma de solución de los conflictos ya que hasta que no se generalice su uso, existirá renuencia a proponer mediar los conflictos por el temor que se lo interprete como una debilidad en la posición negociadora. A medida que se conozca y utilice será habitual incluir la mediación entre las propuestas que se realicen. ".Se espera que agotada la obligatoriedad, la mediación sea ya una alternativa más en la resolución de conflictos"³⁹.

Más allá de los buenos resultados que hasta la fecha se han obtenido se supone que cuando la mediación sea ampliamente conocida, el hecho de ser voluntariamente solicitada por las partes antes de concurrir a los tribunales o de utilizar como herramienta de presión otros mecanismos de solución de conflictos, mejorará aún más estos buenos resultados.

Al efecto, el artículo 1 de la ley 24.573 vigente en la República Argentina dispone: "Institúyese con carácter obligatorio de la mediación previa a todo juicio la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este

³⁹ Ibid.

procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia".

"Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acrediten del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

"El artículo segundo de la referida ley señala que los supuestos a los cuales no se aplica el procedimiento de la mediación obligatoria"⁴⁰.

Lo segundo probablemente sea la razón más poderosa para emplear la mediación: las partes pueden decidir si llegan finalmente a un acuerdo o se retiran en cualquier momento; la búsqueda del propio interés; la libertad de resolver el problema en los tribunales si las partes no desean llegar a un acuerdo. "Como mínimo, la mediación ofrece un medio sin riesgo para obtener datos sobre la situación y punto de vista de la otra parte y que es mejor que el intercambio de carta de abogados e incluso que un encuentro sin la presencia del mediador para facilitarlos"⁴¹. Debido a esto las partes se encuentran en una mejor posición, ya que cada una conoce la situación por la que atraviesa la otra, encontrando finalmente una solución realista al conflicto.

⁴⁰ Peña, Carlos. *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos*, editado por C:P:U, Santiago, Segundo Semestre de 1996

⁴¹ Ibid.

3.3.2. COOPERATIVA.

Al ser un proceso no adversarial, las partes entienden que la cooperación, entre los trabajadores y empleadores, la búsqueda de alternativas de solución al conflicto es fundamental para llegar a acuerdos consensuales en donde el beneficio sea mutuo.

3.3.3. CONFIDENCIAL.

Una de las características más importantes del proceso de mediación es la confidencialidad: "un requisito ineludible del proceso es que las partes y el mediador puedan comunicarse con total libertad. Para ser efectivo, el mediador debe solicitar información y hacer preguntas que no estarán contestadas si existiera el peligro de utilización posterior fuera de contexto".⁴²

"No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que sea revelado en la o las audiencias. Sin este deber la mediación no funcionará, porque las partes no se sentirán libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo. Las partes deben estar seguras de que nada de lo que dicen será

usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal. Por ello, las sesiones de mediación son siempre a puertas cerradas; todo lo que se habla y se dice en las audiencias no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la empresa".⁴³

"La información que intercambiarán las partes de alguna manera debe estar protegida; ocurre habitualmente que en el desarrollo del proceso aparecen temas totalmente desconocidos por alguno de los participantes y cambian la perspectiva de la cuestión".

"Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores que inclusive podría estar suscrita entre las partes y mediador como una especie de acuerdo formal tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas".

"Para proteger esa información y garantizar que se filtrará a terceros ajenos a la mediación, las partes, sus asesores, letrados y el mediador firman una cláusula de confidencialidad antes de empezar el proceso. Esa cláusula protege tanto al mediador como las partes, y explicita que ni las partes ni el mediador revelarán a terceros lo sucedido en las reuniones de mediación. El mediador también se compromete a no revelar a una parte lo que le haya sido

⁴² Gottheil, Julio. La Mediación, una transformación de la Cultura, Editorial Paidós Buenos Aires, 1996

⁴³ Floyer Aclant, Andrew. Como utilizar la mediación para resolver Conflictos. Editorial Paidós, Buenos Aires

confiado por la otra en una reunión confidencial, a menos que expresamente se le haya revelado de ese compromiso".

El mediador tampoco puede disponer en calidad de testigo en un proceso jurisdiccional posterior entre las partes que versen sobre cuestiones tratadas en la mediación.

La literatura comparada muestra que esta es una de las características más discutidas de la mediación.

No aparece que existan garantías que aseguren a sus participantes que una vez terminada sin haberse logrado un acuerdo, una parte no utilizará la información obtenida en algún otro proceso. Sin embargo, estas características son indispensables para el éxito de la mediación. " Por otro lado, la función del mediador no es de develar la verdad en sentido jurídico, sino desentrañar lo que las partes quieren; por lo tanto, la única documentación con la que el mediador trabaja, y que distribuye al final de la mediación, son las notas en que se apoya para recordar los elementos fundamentales del caso.

Por su parte el artículo 1 de la ley 24573, de la ley Argentina referente a la mediación dispone: "las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes pudiéndolo efectuar en

forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer con su conducta a una de ellas y de no violar el deber de la confidencialidad".

"La excepción a la regla de confidencialidad para el mediador son aquellos delitos que está obligado por ley a denunciar, los casos de abusos de menores y toda otra cuestión que a su juicio que pida un procedimiento cooperativo y transparente.

3.3.4. ACENTO EN EL FUTURO.

En la mediación el acento en la mirada hacia el futuro le da un carácter más fluido y dinámico, en el entendido que las diferencias y los conflictos del pasado se ven como un antecedente importante pero no decisivo en la negociación del presente. La negociación se centra en la búsqueda de soluciones adecuadas y satisfactorias para las partes y que determinarán las bases para el acuerdo que regirá en el futuro.

3.3.5. PRESENCIA DE UN TERCERO IMPARCIAL.

El mediador actúa como un tercero neutral o parcial que guía el proceso y ayuda a los participantes, mediante técnicas y destrezas específicas, alcanzar

una solución de mutuo beneficio. No tiene poder de decisión relacionado con el conflicto, o sea, no actúa como juez ni como árbitro, limitándose a su rol de facilitador de la comunicación del diálogo entre las partes.

3.3.6. PARTICIPATIVA.

La mediación es un proceso que intenta restituir el poder de decisión en las personas, serán ellas quienes tomen en sus manos la posibilidad de solucionar sus propios conflictos, atendiendo a sus verdaderos intereses y necesidades, pudiendo decidir su eventual acuerdo.

Tanto los trabajadores que participan en el proceso de negociación colectiva como el empleador, tienen el poder de solucionar el conflicto que los enfrenta. Por esta razón, deben actuar dentro de un ámbito de respeto y de perspectiva de futuro, ya que es primordial obtener acuerdos que beneficien a unos y otros.

3.3.7. JUSTA.

"La solución a toda controversia se adapta necesidades comunes de ambas partes pues son ellas las que las encuentra".⁴⁴

El acuerdo comprende todos aquellos elementos que permiten encontrar una solución acorde con las necesidades de la empresa dentro de la cual se desenvuelve la relación laboral.

3.3.8. ECONOMICA.

Desde el punto de vista empresarial, la mediación es eficaz en función de los gastos para resolver los litigios.

La mediación es un proceso rápido "resulta una ironía que, a medida que el mundo cobra un ritmo más rápido, la solución de los conflictos sea cada vez más lenta. Tan sólo el aumento del volumen de transacciones realizadas implica inevitablemente el incremento de las disputas y la creación de una tecnología cada vez más compleja y también se traduce inevitablemente en disputas cada vez más complejas"⁴⁵.

La ley N° 24573 de mediación y conciliación de la República Argentina señala que "plazo para la mediación será de hasta sesenta días corrido a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso

⁴⁴ Ibid, .p 30

previsto en el artículo 3, el plazo será de 30 días corridos. En ambos supuesto se podrá prorrogar por acuerdo de las partes "el artículo 10 inciso primero, a su vez, señala: "Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley".

Oswaldo A.Gozaini indica que en los centros de mediación norteamericanos, los reclamos se resuelven en una o dos audiencias que no toman más de dos semanas, con un desarrollo aproximado de una y media hora por actos celebrados.

3.3.9. INFORMAL.

La informalidad que representa el procedimiento para resolver el conflicto mediante la mediación está unida a la simplicidad del esquema y resulta ser un elemento indispensable para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

⁴⁵ Ibid. p 32

"Uno de los grandes valores de la mediación es su flexibilidad. El grado de formalidad será determinado por la situación y las partes implicadas"⁴⁶.

Las reglas del procedimiento pueden aplicarse con total libertad siempre que se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad y confidencialidad. Sin embargo, existe, un patrón mínimo que conviene no dejar de lado: no puede soslayarse y explicitar el procedimiento antes de comenzar a detenerse en él, y asegurarse de que la explicación ha sido comprendida por las partes. Se cumple así la doble función de ordenar el proceso y permitir a las partes controlar que se respeten los acuerdos que se han obtenido producto de este mecanismo.

3.4. OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN.

Con la mediación se persigue resolver conflictos, ya sean existentes o potenciales, o bien mitigar sus efectos mediante la intervención del mediador u órgano actuante que acompaña las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de sus respuestas superadoras de la crisis basada en el diálogo, la comunicación y cooperación de las partes.

⁴⁶ Ibid. p.33

La mediación pretende resolver los obstáculos de carácter subjetivos que impiden a las partes llegar a un acuerdo respecto a determinado conflicto jurídico.

La mayoría de las partes en conflicto tienen dos objetivos: los asuntos fundamentales en discusión, y la relación en peligro. La importancia de las relaciones corrientes puede ser exagerada: las relaciones no siempre son tan importantes. Pero cuando las partes en conflicto necesitan conversar, - (aunque sólo sea una relación de trabajo)- a fin de solucionar la situación, la mediación tiene mucho más ventajas que los sistemas que enfrentan a las partes.

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia “coexistencial”, donde el órgano actuante acompañe a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadora de la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre en el proceso de negociación colectiva, cuando los trabajadores votan la huelga o el empleador ejerce el lock out, sino que se trata de establecer un criterio equidad social distributiva, donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar con una

solución que se impone al más débil, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sin razón.

La mediación debe ser entendida como justicia participativa, en el sentido de que las partes, es decir, trabajadores y empleadores tienen un importante rol en la solución del conflicto ya que son éstas las que, orientadas por el mediador, llevan a un acuerdo satisfactorio para todos aquellos que se encuentran involucrados en el proceso de negociación.

De esta forma son las partes las que mantienen el control de la solución del conflicto.

3.5. LA MEDIACION EN EL DERECHO COMPARADO.

3.5.1. INGLATERRA.

En este país la mediación es un mecanismo de solución de disputas tanto en el ámbito público como en el privado.

La primera compañía británica privada dedicada a la solución de disputa se estableció en 1989. Es así, que podemos distinguir dentro de su ordenamiento jurídico dos tipos de mediación;

- a) La del sector público, que suple la labor de los trabajadores sociales para apoyar el trabajo de los tribunales, incluyendo dentro de estos a la jurisdicción laboral, pero no como una instancia obligatoria previa a la instancia formal; y
- b) La del sector privado, que es de carácter voluntario y que cuenta con 50 a 60 agencias que atienden a unos dos o tres casos por año.(donde aplican este mecanismo de solución de conflictos)

Una característica importante es que en Inglaterra la mediación está a cargo en su mayor parte, de los trabajadores sociales. "Un punto interesante es que en general los mediadores británicos no se presentan así mismos como personas a las que les competen los problemas financieros y de propiedades de las partes en conflicto, sino que éstos deberían quedar en manos de otros profesionales, sin embargo, no es posible separar unos problemas de otros en el contexto de la mediación y, de hecho, los mediadores intervienen en cualquier clase de asunto aunque no siempre sean competentes para

hacerlo”⁴⁷. Podemos ver que la mediación no necesariamente debe ser realizada por un jurista, pudiendo involucrarse en ella otros profesionales.

3.5.2. ARGENTINA.

En el ámbito del Derecho Común, el 19 de Agosto de 1992, el Poder Ejecutivo dictó el decreto n°1480/92, que declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de controversias, y por resolución del 8 de septiembre de 1992, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación del cuerpo de mediadores. Este cuerpo de diez mediadores, perteneciente al sistema judicial, está realizando una experiencia piloto. Comenzó con casos derivados de diez juzgados de la capital federal y luego el número se extendió a 20. El porcentaje de acuerdos alcanzados era superior al 60 % al año.

Con fecha 5 de octubre de 1995 se sancionó la ley 24573, que establece la mediación obligatoria y previa al juicio para los casos patrimoniales.

Se crea bajo la mencionada ley, la Comisión de Selección y Contralora quien tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación en última instancia

⁴⁷ Ibid. P. 35

sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción como aspirantes a mediadores en el registro de mediadores.

La constitución, organización, actualización y administración de registros de mediadores será de responsabilidad del Ministerio de Justicia. Así mismo la comisión tendrá a su cargo el contralor sobre el funcionamiento de todo el sistema de mediación.

La Comisión de Selección y Contralora del régimen de mediación estará constituida por dos representantes del poder legislativo, dos del poder judicial y dos del poder ejecutivo.

3.5.4. ESPAÑA.

La primera disposición legislativa Española sobre conciliación y arbitraje es la Ley de dicho nombre promulgada con fecha 19 de mayo 1968; pero la modestia de esta Ley, que tuvo escasa aplicación, no hacía presagiar la frondosidad que, en lo futuro, alcanzaría la legislación Española en estas materias.

Los Decretos de 10 de agosto 1916 y 23 de marzo 1917 por lo que se refiere a las empresas y compañías concesionarias de servicios públicos, establecían ya un sistema de conciliación previa especial y de arbitraje

potestativo que luego fue extendido, por Decreto de 25 de agosto de 1923, a todas las industrias relacionadas con dichos servicios y las sociedades industriales que ocuparen más de 200 operarios, cualquiera que fuese la índole de su actividad. El régimen corporativo de trabajo tenía como una de sus finalidades la práctica de conciliación y del arbitraje en conflictos de trabajo, y ya en su primer texto legal de aplicación general a España, R:D: de 5 de octubre 1922, se hablaba de "Comités paritarios para resolver, circunstancial o permanentemente, los conflictos entre capital y trabajo . El texto definitivo del Decreto ley, el refundido en 8 de marzo 1929, entre las atribuciones de los organismos paritarios consignadas en el artículo 17, el los conflictos industriales e intentar soluciones si llegan a producirse "⁴⁸.

Posteriormente la Ley de Jurados Mixtos (texto refundido de 29 de agosto de 1939) es la que reguló en España la conciliación y el arbitraje en huelgas y lock out, decidiendo a ello su capítulo X.

Por último, en España se han establecido, en materia de conflictos del trabajo, la conciliación obligatoria y el arbitraje voluntario

3.6 DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE.

⁴⁸ Gallart Folch, Alejandro. Derecho Español del Trabajo. Editorial Larbor, 1936, p. 233

- 1) La mediación se diferencia del arbitraje en que éste último **respeta** el sentido **de la disputa** para resolver en equidad y justicia. La mediación, como ya lo señalamos, **no** sigue el sistema **adversarial**; es más, lo repudia. En este sentido la mediación persigue evitar o resolver un conflicto donde la voluntad de las partes involucradas es fundamental.
- 2) En el arbitraje la relación entre las partes es **antagónica**, mientras que en la mediación es de **cooperación**; la comunicación en el arbitraje está bloqueada y la tensión continúa. En la mediación hay compromiso, se afloja la comunicación y, generalmente, se cumple espontáneamente el acuerdo. En otras palabras, en la mediación prima la voluntariedad de ésta.
- 3) El arbitraje suele ser solemne y ritualista. Siendo este sistema alternativo a la vía judicial, no conlleva la idea de la auto composición, pues aquí interviene un tercero que resuelve el conflicto por las partes, teniendo un rol semejante al juez ordinario en un procedimiento judicial y son definidos en la ley como jueces. De éste modo, ese sistema continúa siendo adversarial. Distinta es la situación de árbitros arbitradores o amigables componedores los que, por las facultades que detentan, entregadas expresamente por las partes, se acercan más a las características del mediador.

En materia laboral tanto la mediación como el arbitraje se encuentran regulados por nuestro ordenamiento jurídico.

- 4) La mediación tiene por objeto ayudar a que las partes involucradas se acerquen y alcancen una solución satisfactoria para todas, produciéndose el acuerdo únicamente cuando las partes aprueban todos sus términos. En el arbitraje en cambio, se busca resolver el conflicto laboral.
- 5) En la mediación existe un tercero neutral que actúa para alentar, estimular y facilitar la resolución de un conflicto sin indicar cuál debe ser su solución: El mediador es intermediario que no decide como juez ni asesora a las partes como abogado. En el arbitraje en cambio, el tercero neutral, sea individual o colegiado, atendido a los argumentos de las partes, llega a una decisión la cual debe ser cumplida.
- 6) En la mediación si no se logra llegar a acuerdo las partes quedan libres para recurrir a otra solución en cambio en el arbitraje si se utiliza como alternativa, la decisión que tome el árbitro es vinculante para las partes en conflicto.
- 7) En cuanto al tiempo, la mediación se realiza en forma más rápida que el arbitraje, debido a la informalidad de su procedimiento.
- 8) En lo que dice relación con costos estos son bajos en la mediación, ya que al no existir ritualidad se pueden omitir costos asociados a estos

mecanismos como la actuación de ministros de fe o los honorarios de quienes intervienen. En cambio, estos costos son moderados en el arbitraje, debido a su ritualidad y formalismo.

3.6. LA MEDIACION EN EL DERECHO CHILENO.

Está consagrada en el Título IV del Libro IV del Código del Trabajo, artículos 352, 353 y 354 de dicho cuerpo normativo. De igual forma, el D.F.L.-1 del año 1992 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el D.O. de 04 de septiembre del mismo año, crea el Cuerpo de Mediación y establece normas relativas a su funcionamiento.

Como hemos venido sosteniendo, la negociación colectiva se plantea como una alternativa para conciliar los intereses opuestos de las partes de la relación laboral, logrando acuerdos en beneficio de ambas. Consciente el legislador que tales acuerdos no son fáciles de lograr en algunas ocasiones y que estos intereses diferentes se pueden transformar en irreconciliables, todo lo cual va en detrimento de la relación laboral, la que no culmina al terminar el proceso de negociación colectiva, sino que debe continuar, ojalá fortalecida y no deteriorada, otorga a las partes la posibilidad de recurrir a instancias que les permitan zanjar las diferencias y alcanzar acuerdos equitativos para todos los

involucrados. Estas instancias son la mediación y el arbitraje, las que no son esenciales en el proceso de negociación colectiva, dependiendo su existencia del acuerdo de las partes o de determinadas circunstancias, en el caso del arbitraje obligatorio.

La diferencia básica que existe entre la mediación y el arbitraje es que la primera no es vinculante y la segunda si lo es. En otros términos, el mediador propone una solución que las partes podrán aceptar o rechazar, el dictamen del mediador no obliga a las partes a acatarlo. En cambio, la decisión del árbitro es obligatoria para las partes, este no propone sino que dispone una solución que deberá ser acatada. Si bien en el arbitraje voluntario, depende de las partes su procedencia, una vez que lo acuerdan, se encuentran obligadas a acatarlo.

Tanto en el caso de la mediación como del arbitraje voluntario, las partes gozan de amplia libertad para designar a las personas que realizarán esas funciones. Lo que no ocurre en el arbitraje obligatorio, en el cual sólo procede nombrar a las personas que formen parte de la nómina nacional de árbitros.

EL MEDIADOR Y LA CREACIÓN DEL CUERPO DE MEDIACIÓN.

Como dijimos, las partes gozan de libertad para designar a la persona del mediador, el que no necesariamente debe reunir requisitos de experiencia o calificación profesional para asumir sus labores. Así se desprende de la aplicación armónica de los artículos 352 del Código del Trabajo, en relación con el artículo 1º del D.F.L.-1/1992 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Precisamente, la autoridad, preocupada de dotar de mayor prestigio a la institución de la mediación, creó el Cuerpo de Mediación, consagrado legislativamente en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1992 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el Diario Oficial de 04.09.1992, señalando que sus integrantes podrán realizar la mediación a que se refieren los artículos 128 y siguientes de la Ley N°19.069.- (actuales artículos 352 y siguientes del Código del Trabajo).

A continuación analizaremos la organización y funcionamiento de dicho Cuerpo de Mediación.

NÚMERO DE MEDIADORES:

El número de mediadores que existirá en cada Región del país será el siguiente:

Primera Región : 03

Segunda Región : 06

Tercera Región : 06

Cuarta Región	: 04
Quinta Región	: 12
Sexta Región	: 08
Séptima Región	: 10
Octava Región	: 15
Novena Región	: 04
Décima Región	: 11
Undécima Región	: 03
Duodécima Región	: 04
Región Metropolitana	: 64

El Presidente de la República sólo podrá aumentar el número de mediadores por Región, considerando para tal efecto el aumento del número de instrumentos colectivos que se suscriban en cada una de ellas. (Art.2º D.F.L. 1/1992)

DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL CUERPO DE MEDIACIÓN:

La designación de los integrantes del Cuerpo de Mediación se hará por Decreto Supremo firmado por el Presidente de la República, previa consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores en cada una de las respectivas Regiones y de las diferentes áreas de actividades y de servicios, en conformidad a las normas que señale el Reglamento. (Art.3° D.F.L.N°1/1992). Cabe señalar que a la fecha de este trabajo aún no se dicta el mencionado Reglamento.

REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DEL CUERPO DE MEDIACIÓN:

Para ser miembro del Cuerpo de Mediación será necesario tener experiencia calificada en las áreas económicas o laboral, o en el ámbito vinculado a las relaciones industriales y actividades afines. (inc.1° art.4° D.F.L.N°1/1992)

HONORARIOS DE LOS MEDIADORES:

Los honorarios del mediador se fijarán de común acuerdo entre las partes y el Mediador. (inc.final art.4° D.F.L.N°1/1992)

IMPEDIMENTOS PARA SER DESIGNADO MEDIADOR:

No podrán ser designados mediadores las personas que tengan alguna de las calidades a que se refiere el artículo 401 del Código del Trabajo. (Art. 5° D.F.L. N°1/1992). Esto es:

- a) Las que sean funcionarios de la Administración del Estado, con excepción de aquellas que se encuentren en tal situación por el solo hecho de ser docente académico aunque se desempeñen en cualquiera actividad universitaria;
- b) Las que sean dirigentes sindicales o de asociaciones gremiales;
- c) Las que tengan la calidad de miembro de una comisión negociadora, o de apoderado de un empleador, o de asesor de aquélla o éste, en procedimiento de negociación colectiva, al momento de la designación, y
- d) Las que hayan sido condenadas o se encuentren procesadas por crimen o simple delito.

El interesado deberá acompañar una declaración jurada notarial en la que exprese no estar afecto a las inhabilidades señaladas en las letras precedentes.

ORGANIZACIÓN DEL CUERPO DE MEDIACIÓN:

El cuerpo de mediadores tendrá un Consejo Directivo compuesto por cinco miembros titulares y tres suplentes, elegidos por aquél en votación secreta y unipersonal. (Art.6° D.F.L.N°1/1992)

FACULTADES DEL CONSEJO DIRECTIVO:

Corresponderá al Consejo Directivo del Cuerpo de Mediación:

- a) Velar por el progreso, prestigio y prerrogativas de la actividad mediadora en la negociación colectiva y por su regular y correcto ejercicio, pudiendo al efecto dictar las normas internas que estime procedentes.
- b) Representar al Cuerpo de Mediadores ante las autoridades del Estado:
- c) Pronunciarse sobre las inhabilidades sobrevinientes de los miembros del Cuerpo de Mediación.
- d) Remover a los miembros del Cuerpo de Mediación en los casos señalados en el artículo 11 del D.F.L.N°1/1992
- e) Designar un Secretario Ejecutivo, con título de Abogado, que tendrá la calidad de ministro de fe de las actuaciones del Cuerpo de Mediación y de

su Consejo Directivo y la responsabilidad de la materialización de sus acuerdos, y removerlo cuando así lo estimare procedente, y

- f) En general, ejercer las demás funciones que sean necesarias para el cumplimiento de su cometido y, especialmente, dictar las normas relativas a su funcionamiento. (Art.7° D.F.L.N°1/1992)

QUORUM PARA SESIONAR Y TOMAR ACUERDOS:

Salvo disposición expresa en contrario, el quórum para sesionar y adoptar acuerdos será de tres Consejeros. (Art.8° D.F.L.N°1/1992)

LUGAR DE FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DIRECTIVO:

El Consejo Directivo funcionará en la Capital de la República. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social habilitará las dependencias que estimare necesarias para dicho funcionamiento. (Art.9° D.F.L.N°1/1992)

COMUNICACIONES Y NOTIFICACIÓN DE LA DESIGNACIÓN DE UN MEDIADOR:

Cuando las partes acordaren la designación de un Mediador, deberán comunicarlo a la Inspección del Trabajo respectiva dentro del plazo de tres días contados desde la fecha de dicha designación, quien procederá a notificar a aquél de su nominación para los efectos de lo dispuesto en el artículo 354 del Código del Trabajo (plazo para desarrollar su gestión). Asimismo, la Inspección del Trabajo deberá comunicar dicha designación dentro del plazo de tres días al Secretario Ejecutivo del Cuerpo de Mediación. (Art.10° D.F.L. N°1/1992)

INAMOVILIDAD DE LOS MEDIADORES:

Los mediadores permanecerán en sus cargos mientras mantengan su buen comportamiento y cesarán en los mismos por idénticas causales a las señaladas en el artículo 411 del Código del Trabajo. Para estos efectos, el notable abandono de sus deberes a que alude la letra c) del mencionado artículo debe entenderse referido a su negativa reiterada e injustificada a aceptar el cargo de Mediador o cuando no iniciare sus funciones o abandonare culpablemente un procedimiento en curso. (inc.1° Art.11° D.F.L.N°1/1992)

INHABILIDAD Y REMOCIÓN DE MEDIADORES Y MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO:

a) Los acuerdos del Consejo Directivo del Cuerpo de Mediación que se pronuncien sobre la inhabilidad o remoción de los Mediadores, serán notificados por el Secretario Ejecutivo del Cuerpo de Mediación, o por el Inspector del Trabajo respectivo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mediante notificación por cédula que contenga copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia. (inc. Final Art.11° D.F.L. N°1/1992)

b) Corresponderá al Cuerpo de Mediación la remoción del cargo de miembro del Consejo Directivo, la que deberá ser acordada por los dos tercios de sus miembros, en votación secreta y unipersonal. (Art.12 D.F.L. N°1/1992).

REMISIÓN A LAS NORMAS DEL CODIGO DEL TRABAJO:

En lo no previsto en el Decreto con Fuerza de Ley N°1/1992 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y en cuanto fueren pertinentes, serán

aplicables al Cuerpo de Mediación y a los Mediadores, las normas que para el Cuerpo Arbitral y los Árbitros señala el Código del Trabajo.

OPORTUNIDAD PARA DESIGNAR AL MEDIADOR

Señala el Art. 352 del Código del Trabajo que en cualquier momento de la negociación, las partes podrán acordar la designación de un mediador.

PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIR EL MEDIADOR.

Este deberá ajustarse al procedimiento que le señalen las partes o, en subsidio, al que se establece en los artículos 353 Y 354 del Código del Trabajo.

Ahora bien, los preceptos recién señalados expresan que:

- El mediador estará dotado de las facultades indicadas en el artículo 362, salvo acuerdo en contrario de las partes. (Artículo 353 del C. del T.); y que,
- 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 una 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. (Art. 354 C. del T.)

En caso de que las partes no hayan podido llegar a un acuerdo directo por sí solas, (es decir, trabajadores y empresarios), la mediación pasa a ser una etapa importante, puesto que interviene un tercero imparcial que actúa con la finalidad de generar un entendimiento, sin imponer su decisión, ya que esta es sólo una propuesta pudiendo las partes aceptarlo o no.

Su éxito depende fundamentalmente de la influencia que sobre ellas la persona del mediador, de su calidad personal y por último, de su autoridad moral.

La legislación anterior consagraba la mediación o "conciliación obligatoria" a través de las "juntas de conciliación". La actual normativa laboral termina absolutamente con el sistema de juntas de conciliación obligatorias, estableciendo, en cambio, en el artículo 352, instaura la mediación como una instancia voluntaria, informal y privada, esto es, sólo si las partes que negocian, así lo desean.

Sus características son las siguientes:

a) El mediador puede ser cualquiera persona, sin exigirse requisitos especiales de ninguna naturaleza. Salvo que el mediador fuere integrante del Cuerpo de

Mediación, caso en el cual deberá cumplir los requisitos señalados en el D.F.L.Nº1/1992, ya citado.

b) Los honorarios del mediador se fijan de común acuerdo entre las partes y el mediador, si este último fuere del Cuerpo de mediación. Pensamos que si el mediador no formare parte del señalado Cuerpo, el costo de la mediación es de cargo de ambas partes, por mitades (por aplicación del inc. Final del art.363 del Código del Trabajo). Aportan para ella tanto trabajadores como empleadores.

c) La mediación tiene un plazo máximo 10 de días, contados desde la notificación al mediador de su designación (inciso 1º artículo 354 del Código del Trabajo).

c) Si no se obtiene éxito dentro del plazo enunciado con anterioridad, el mediador debe poner término a la gestión realizada por él, presentando a las partes un informe, en el que se dejará constancia de última proposición formulada por cada una de ellas (inciso 2º del artículo 354 del Código del Trabajo).

d) Copia del informe debe enviarla el mediador a la Inspección del Trabajo dentro de dos días de entregado a las partes.

- e) El artículo 378 del mismo cuerpo legal consagra una posibilidad de mediación una vez declarada la huelga o durante su transcurso, que más adelante analizaremos.-
- f) La mediación ha tenido, o más bien debe tener, un papel muy preciso, que si bien puede adaptarse a los términos del Código, no se deduce directamente de sus normas.

Este papel, propio del mediador, es de "purificar de excesos " las posiciones de las partes, evitar posturas extremistas y de "tejo pasado". La práctica en las negociaciones ha demostrado que las partes necesitan un llamado a la racionalidad, poniendo las cosas en un terreno realista, ya que generalmente no existe la confianza suficiente entre los involucrados creyendo que todo lo que la contraria afirma es falso, o al menos no es exacto en un cien por cien.

En nuestro concepto la mediación es exitosa cuando ha llevado a las partes a una distancia entre sus puntos de vista en que no hace razonable la huelga para ninguna de ellas, ya que lo que ambas perderán por el tiempo de suspensión de la producción y no pago de salarios es mayor que la diferencia entre la última oferta de la empresa y la última exigencia de los trabajadores.

g) Para tener una idea de lo que esto significa, consideremos que un mes de huelga equivale en términos porcentuales al 8,33% de las remuneraciones de cada año, o al 4,165% de las de un bienio. Un cálculo similar debe hacerse la empresa en cuanto a las pérdidas que acarrea la suspensión de la producción, a la que hay que agregar los trastornos que implica paralizar y reiniciar las faenas o el proceso de comercialización de los productos⁴⁹.

3.7.1. POSIBILIDAD DE MEDIACION O ARBITRAJE UNA VEZ DECLARADA LA HUELGA O DURANTE SU TRANCURSO. (artículo 378 del Código del Trabajo).

Una vez declarada la huelga, o durante su transcurso, la comisión negociadora o el 10% de los trabajadores involucrados en la negociación, podrá convocar a otra votación a fin de pronunciarse sobre la posibilidad de mediación arbitraje respecto de las siguientes materias:

A) Un nuevo ofrecimiento del empleador. El nuevo ofrecimiento deberá formularse por escrito, darse a conocer a los trabajadores antes de la votación y si fuere rechazado por éstos no tendrá valor alguno; o, en defecto de éste:

⁴⁹ De acuerdo a cifras de la Inspección del Trabajo

B) El último ofrecimiento efectuado por el empleador durante el curso de la negociación...El Inciso 4º del artículo 378 señala que ""la última oferta del empleador se entenderán subsistente , mientras éste no la retire con las mismas formalidades establecidas en el inciso final del artículo 370".

Como es posible advertir en la mediación las formalidades establecidas son mínimas si se la compara con el arbitraje. Por otra parte, es necesario señalar que nuestro Código define lo que se entiende por oferta última u oferta vigente. Las formalidades establecidas dan a entender que serían precisamente para practicar el trámite del retiro, pero el inciso final del artículo 338 del Código del Trabajo no se refiere a ello, sino a las formalidades para entender vigente la oferta ". De lo expuesto, se concluye que la formalidad exigida es la carta recibida por la comisión con una copia que se encuentren en poder de la Inspección respectiva anunciando el retiro.

La decisión de ir a mediación o arbitraje deberá ser adoptada por la mayoría absoluta de los trabajadores.

Constituido el compromiso, cesará la huelga y los trabajadores deberán reintegrarse a sus labores en las mismas condiciones vigentes al momento de presentarse el proyecto de contrato colectivo.

En cuanto a las formalidades de estas votaciones será aplicable lo dispuestos en los artículos 370 y 372, en lo que corresponda. Por consiguiente:

- I) La convocatoria se hará con 5 días de anticipación a lo menos ;
- II) la votación deberá ser personal y secreta ;
- III) podrán participar en ella todos los involucrados en la negociación,
- IV) se requerirá presencia de ministro de fe , salvo que el número de trabajadores involucrados fuere inferior a 250;,
- V) no podrán realizarse asambleas en la empresa el mismo día de la votación .

CAPÍTULO CUARTO

"EL ARBITRAJE"

1.- GENERALIDADES.

El juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador, y que se verifica ante tribunales arbitrales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados, por la autoridades judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones.

La función de administrar justicia constituye una de las más importantes en el Estado moderno, y esta función corresponde, según mandato

constitucional, a los Tribunales de Justicia. A estos tribunales les pertenece en forma exclusiva, la atribución de resolver las contiendas que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República.

Es tal la trascendencia de la tarea de administrar justicia, que interesa a la colectividad entera y la forma cómo se efectúe dicha administración de justicia, puede determinar el respeto o el quebrantamiento de las normas jurídicas.

En general la mayoría de las controversias sólo afectan a las partes entre las cuales se produce. Es por ello que el Estado en estos casos, no puede desconocerles a los individuos, la facultad que tienen para entregar la resolución de sus conflictos a un tercero imparcial que les merezca plena confianza. Si una persona puede renunciar a un derecho suyo, o transigir respecto de una controversia, parece natural, entonces, que pueda entregar la suerte de su derecho a la decisión de un tercero que le parezca conveniente. Si de hecho dos personas así lo acuerdan, y en ejercicio de su libertad de contratar, acuerdan someter la controversia al fallo de una persona cualquiera elegida por ellos, no hay razón para que el Estado desconozca la ley de este contrato.

La ley reconoce a los particulares el derecho de sustraer el conocimiento y la resolución de sus litigios de los tribunales de justicia ordinarios y, de someterlos a jueces de su libre elección llamados árbitros, cuya existencia autoriza en forma expresa. Concede también la ley, bajo determinados

requisitos, la facultad de que esos árbitros puedan fallar las contiendas sin sujeción a la ley, sino que observando únicamente los dictados de la equidad.

Estos derechos, sin embargo, en atención a su propia naturaleza y fundamento, tienen una doble limitación. Por una parte, no pueden someterse a arbitraje aquellos asuntos en que esté comprometido el interés público; por otra parte, los árbitros sólo pueden conocer y juzgar las causas que les sean sometidas, pero no pueden hacer ejecutar lo juzgado cuando ello implique procedimientos de apremio, ya que carecen de imperio. El empleo de la fuerza para imponer una resolución, compromete el interés público y la ley lo permite únicamente a determinadas autoridades.

En otras oportunidades, en atención a la naturaleza de los litigios, el legislador estima que la manera más adecuada de juzgarlos es el arbitraje y ordena, en consecuencia, que sean sometidos necesariamente a árbitros.

La práctica del arbitraje es considerable en Chile. Fuera de los casos de arbitraje obligatorio, es normal que las partes de un contrato acuerden someter a arbitraje las dificultades que puedan surgir en la interpretación o cumplimiento del mismo, insertándose para ello la "cláusula arbitral" respectiva, siendo generalmente abogados habilitados para el ejercicio de la profesión los que, previa designación por los interesados, se desempeñan como árbitros en un procedimiento que les permite en muchos casos no sujetarse estrictamente a la

ley, sino que tramitar y fallar las disputas como arbitradores, calidad que normalmente les atribuyen los interesados.

Es innegable la importancia que hoy día tiene el arbitraje en la vida jurídica, sobre todo para resolver litigios entre comerciantes, y es por eso que en la mayoría de los países existen organizaciones de comerciantes que tienen mecanismos para resolver las dificultades que se promueven entre sus asociados, manteniendo listas de posibles árbitros que pueden desempeñar esas funciones y constituirse en tribunales especiales de arbitraje comercial.

Es una tendencia generalizada en la mayoría de los países, el crear una organización arbitral permanente para resolver los conflictos y litigios de un determinado gremio o corporación de comerciantes o industriales. Con ello se obtiene una solución adecuada de los litigios por personas especialmente calificadas y, por cierto, más rápida, expedita y eficaz que la que pudiera resultar de las lentas y engorrosas tramitaciones a que está sujeta la justicia ordinaria.

2.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

El artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales expresa que "se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en

subsidio, para la resolución de un asunto litigioso". Según el profesor Alywin⁵⁰, "Juicio Arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante Tribunales Especiales, distinto de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones."

El arbitraje supone una controversia entre dos partes, quienes recurren a la decisión de un tercero a quien le dan el carácter de juez para que resuelva el litigio, debido a que dicho tercero les merece confianza por su rectitud e imparcialidad.

La definición legal, si bien no es errada, sí es incompleta, ya que no hace alusión al partidador designado por el causante según lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil, el que, aunque no es nombrado por las partes ni por la autoridad judicial, es en todo caso un árbitro el cual se sigue un juicio arbitral de características ciertamente muy especiales.

En efecto, la calidad de árbitros de dichos partidadores, arranca de sus propias características, que son las mismas que tienen los partidadores designados por las partes o por el juez, cuya calidad de árbitros es indiscutida. El mismo

⁵⁰ PATRICIO AYLWIN AZÓCAR. "El Juicio Arbitral", Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953, pág. 21.

aserto se ve corroborado por los artículos 227 N° 1° del C.O.T. y 648 del C.P.C., que prescriben respectivamente, sin hacer distinciones de ninguna especie, que la partición constituye una materia de arbitraje forzoso, extendiendo a los partidores las reglas relativas a los árbitros.

Es claro, al menos en nuestro país, que los árbitros ejercen jurisdicción. La propia ley al referirse a ellos habla de "jueces", y esto precisamente porque tienen el poder de juzgar. Ciertamente es que estos jueces o tribunales tienen caracteres especiales que arrancan de su naturaleza extraordinaria.

Es así como estos tribunales sólo "in abstracto" tienen una existencia permanente y se las da la ley. Pero para que cobren vida, en cada caso concreto, se hace necesaria la designación hecha por las partes, o subsidiariamente por la autoridad judicial, o en último término por el causante en el caso del artículo 1324 del Código Civil. Una vez que cobran vida real en cada caso concreto, ésta es esencialmente transitoria y está determinada por un plazo que puede ser convencional o legal (arts. 234 N° 4 y 235 C.O.T.).

A su vez, su nombramiento por cada situación concreta -y aun cuando cumplen una función pública- emana generalmente de un acto privado, salvo cuando los nombra la autoridad judicial, en cuyo caso, evidentemente, estamos frente a un acto de poder público.

Por otro lado, si bien es cierto que su jurisdicción encuentra su origen en la ley, su competencia puede estar determinada también por ella, pero la mayoría de las veces por la convención que celebran las partes.

Finalmente, es rasgo muy peculiar de los árbitros el hecho de que han llegado a ser tales -por regla muy general- en virtud de la confianza que su persona merece a las partes.

En relación con lo anteriormente expuesto, conviene referirse a ciertos casos que se ha dado en llamar "arbitrajes especiales", en circunstancias que en realidad no se trata de arbitrajes ni se ventilan ante árbitros. Uno de estos casos, y sólo por vía de ejemplo, se contempla en el artículo 3º letra i) del DFL N° 251, de 20 de mayo de 1931, el que otorga competencia para conocer de determinados asuntos que indica, y en carácter de árbitro arbitrador sin ulterior recurso, a la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.

La verdad es que en estos casos se trata de tribunales especiales -distintos del los del fuero común- a los cuales se les señala un procedimiento arbitral como cauce para el desarrollo de su actividad juzgadora. Pero nótese para que el tribunal de ninguna manera es elegido de común acuerdo por las partes para un caso particular, sino que la ley lo establece "in concreto" en forma permanente y no transitoria; la propia ley determina su competencia y a ella quedan sometidos

todos quienes mantengan un conflicto que caiga dentro de su esfera. De tal manera que si una de las partes recurre a estos tribunales para que resuelva uno de dichos conflictos, la otra no puede sustraerse a su competencia. Por lo mismo, las partes al acudir a él no lo hacen por la confianza que les merezca la persona de quien o quienes resulten ser sus titulares. En general se trata de un funcionario u organismo público con atribuciones legalmente fijadas y dotado incluso, a diferencia de los árbitros, de imperio. A su vez, cuando se trata de un funcionario público, éste es remunerado por el Estado con cargo al erario nacional. En cambio, los árbitros reciben su remuneración directamente de las partes o de aquella que ha sido condenada en costas.

En suma, se trata de tribunales especiales a los cuales, en lo relativo a su actuar, la ley los aproxima en mayor o menor medida a una u otra categoría de árbitros.

Puntualizado lo anterior, recordemos que existen en nuestro Derecho tres clases de árbitros: los árbitros arbitradores o amigables componedores, los árbitros de derecho y, por último, los árbitros mixtos. A cada uno de ellos nos referiremos cuando corresponda.

3.- NATURALEZA Y EFECTOS DEL ARBITRAJE.

El arbitraje es una jurisdicción especial, y aunque el nombramiento de los árbitros es en la mayoría de los casos un acto privado, ellos tienen por disposición del sistema legal que los rige una verdadera jurisdicción para conocer y resolver el asunto o negocio sometido a su decisión y fallo. Tanto es así que la ley al definirlos, los llama "jueces". Sin embargo estos jueces, a pesar de que ejercen jurisdicción, carecen de imperio y, por lo tanto, no pueden hacer ejecutar lo juzgado.

Si bien la jurisdicción es un atributo del Poder del Estado, no puede desconocerse que la mayoría de los litigios afectan sólo a las personas entre las cuales se suscitan y, por eso, siempre se ha autorizado como una norma general el que los interesados puedan disponer de sus derechos con libertad. entregando a terceros elegidos por ellos mismos la decisión del asunto que les interesa.

Como dice Aylwin, si "una persona, por actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona le inspire confianza"⁵¹. Así entendidas las cosas, no hay motivo lógico para que el Poder Público desconozca la ley de este contrato de compromiso.

⁵¹ PATRICIO AYLWIN AZÓCAR. Op. cit., pág. 23.

La tutela jurisdiccional, entonces, no es un derecho absoluto del Estado; está establecida fundamentalmente para la protección y respecto de los derechos de los individuos.

En síntesis, si ni el orden público ni los derechos de terceros están comprometidos en un conflicto, no se divisa razón valedera para que el Poder Público imponga los jueces ordinarios, ni el mecanismo procesal general, de suyo lento, engorroso, caro y con demasiada publicidad. Las partes, en consecuencia, pueden elegir jueces ad-hoc y adoptar un sistema procesal económico, rápido y sencillo para resolver sus controversias.

En cuanto a las características del arbitraje, podemos destacar las siguientes principales: 1) Supone la existencia de un juicio, o sea, de una contienda actual entre partes sometida a la decisión de un tribunal a fin de resolver la disputa; 2) Su origen es generalmente contractual, ya que las partes mediante el compromiso sustraen de la jurisdicción del Estado el diferendo o controversia que se ha producido, y 3) Investidura privada y transitoria del Tribunal Arbitral.

No se requiere convención para el arbitraje cuando por disposición legal un asunto debe ser sometido a arbitraje. En este caso opera el mandato del legislador que señala los casos de arbitraje forzoso.

Todo arbitraje supone la creación del tribunal respectivo, siendo suficiente para ello el convenio de las partes designando al árbitro y la aceptación por parte de éste para desempeñar tal función.

A diferencia de los Tribunales Ordinario permanentes, los árbitros tienen una existencia transitoria, que termina con la decisión o fallo del asunto litigioso sometido a su conocimiento y resolución.

4.- CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE.

El arbitraje puede ser voluntario o forzoso. También hay casos en que la ley prohíbe el arbitraje. El arbitraje voluntario es la regla general y, como su nombre lo indica, tiene su origen en la voluntad de las partes. El forzoso, en cambio, nace del mandato del legislador, o sea, tiene lugar cuando la ley exige que, necesariamente, determinados asuntos sean resueltos por un árbitro.

Desde otro punto de vista y atendiendo a las calidades de los árbitros, éstos pueden clasificarse en: árbitros de derecho, árbitros arbitradores y árbitros mixtos. Esta última clasificación emana del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales.

Arbitro de derecho es aquel que tramita y falla con sujeción a la legislación vigente. Dice respecto a esta clase de árbitros el inciso segundo del artículo 223: "El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá,

tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida".

Arbitro arbitrador, según el inciso tercero del mismo artículo, es aquel que falla "obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil."

Por último, arbitros mixtos son aquellos que deben sustanciar la causa como arbitradores y dictar su fallo como árbitros de derecho.

Dice a este respecto el inciso final del artículo 223:

"Sin embargo, en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley."

Por su parte, el artículo 224 del C.O.T. dispone que para nombrar arbitrador es necesario que todos los interesados tengan la libre disposición de sus bienes, y para nombrar árbitros mixtos se necesita la aprobación judicial cuando existan incapaces entre los interesados.

5.- CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE.

A fin de dar término a este capítulo no podemos dejar de mencionar algunas características peculiares de esta institución. Nos remitiremos en esta parte a lo señalado por el profesor Aylwin.

- a) En primer lugar, se dice en el texto citado que el arbitraje es un juicio.
- b) En segundo lugar señala el autor que el arbitraje tiene un origen generalmente contractual.
- c) Por último, cabe decir que se requiere la investidura privada del tribunal arbitral.

Esta última característica merece una explicación puesto que en realidad el tribunal arbitral no existe propiamente tal, hasta que las parte no acuerdan formarlo. Lo que sí existe es la institución del arbitraje y la posibilidad de las partes de aunar su voluntad y pedirle a un tercero que acepte dar solución a un litigio que les compete. Vale decir, se forma el tribunal arbitral cumpliéndose dos requisitos:

- Acuerdo de las partes en conflicto en someter el litigio al conocimiento de un tercero.

- Aceptación del tercero (árbitro) de dar solución al caso que se le presenta.

Es importante hacer un distingo en lo que se refiere al primer requisito, puesto que la voluntad de las partes puede ser sustituida por la autoridad judicial cuando ellas no llegan a acuerdo.

Por último, de la investidura privada de los árbitros se desprende el hecho de que la ley les niegue el imperio, que es la facultad de disponer de la fuerza pública, a fin de lograr la ejecución de las resoluciones que dicten.

6.- ORIGEN DEL ARBITRAJE.

Recordemos que las funciones del Estado podemos dividir las en tres:

a) Función legislativa: Aquella mediante la cual se constituye el orden jurídico y por la que se establece positivamente el derecho objetivo.

Es verdad que el derecho no puede establecerse de otras maneras, o sea, tener otras fuentes, pero es la ley la expresión primaria de la función jurídica del Estado.

b) Función administrativa: Es ejecución inmediata de la legislación, o bien podemos también definirla en forma negativa diciendo que constituye

administración todo aquello que no queda comprendido dentro de las funciones jurisdiccionales y legislativas.

Lo esencial en la función administrativa es esa finalidad de llevar concretamente a los hechos, los cometidos estatales que requieren una ejecución material.

c) Función jurisdiccional: Según Villegas Basalvilbaso, "función jurisdiccional es la que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva. Los elementos esenciales, pues, serían dos: Cuestión a ser dilucidada y valor de cosa juzgada que tendrá la decisión a dictarse"⁵².

A fin de explicar y completar esta definición podemos señalar que la función jurisdiccional es la que ejerce preferentemente el Poder Judicial y que consiste en declarar o hacer cumplir el derecho para o en ciertos casos particulares, a fin de resolver un conflicto de intereses o sancionar una violación de la ley, mediante una decisión imparcial que tiene fuerza de verdad legal inamovible.

Teniendo claras estas tres funciones propias del Estado, llegamos a la conclusión de que en un Estado moderno, la más importante es la función

⁵² BENJAMÍN VILLEGAS BASALVILBASO. "Competencia y jurisdicción arbitral", Buenos Aires, Ediciones Alfaguara, 1976, Tomo I, págs. 4o y sgtes.

jurisdiccional, ejercida por Tribunales permanentes establecidos por la ley. Ellos son los que deben resolver los litigios que se promuevan dentro del Estado, vale decir, deben administrar justicia.

Ahora bien, a partir de esa idea, debemos llegar al punto que nos interesa y que es el arbitraje. Puede así suceder que en un caso particular las partes decidan someter sus litigios a una persona específica que en principio debe cumplir con dos requisitos:

- 1) Debe ser digno de la confianza de las partes.
- 2) Debe tener reconocimiento legal.

A estas personas son las que llamamos árbitros y, hoy en día, debido al vértigo y movilidad de las relaciones humanas se han hecho fundamentales en lo que a administración de justicia se refiere.

Las cuestiones incidentales de un juicio son las que vuelven "loco" a un cliente, a quien el abogado no tiene palabras para explicarle que la demora de su causa no se debe a su negligencia ni tampoco a la de los tribunales. Así pues, las llamadas cuestiones anexas o incidentales, si las miramos desde un punto de vista negativo, casi siempre constituyen una medida de que se vale la mala fe para entorpecer el curso del juicio, dilatar su terminación, y aún más aumentar en un cincuenta por ciento las cosas, alargando en una medida desproporcionada

a su importancia en el pleito, el que, en lugar de terminarse en días o algunos meses, tarda años en ser fallado.

No es nuestro objetivo criticar la ley procesal, pero sí podemos decir que el arbitraje se ha convertido en un eficiente y poderoso medio de simplificación procesal.

7.- FUENTES DEL ARBITRAJE.

7.1. La Ley.

- El arbitraje forzoso.

Se habla de arbitraje forzoso cuando la ley lo impone imperativamente, como único procedimiento para resolver determinados litigios. O sea, hay asuntos que la ley exige que sean resueltos por árbitros, forzando en ese sentido la voluntad de las partes. El propio legislador excluye, en estos casos, la competencia de los tribunales ordinarios y la otorga, en forma privativa, a jueces árbitros.

En consecuencia, no se requiere acuerdo de las partes en el arbitraje forzoso para sustraerse de la jurisdicción oficial, ya que su origen arranca de la propia ley, pudiendo cualquiera de los interesados constreñir a los demás para que se sometan a la jurisdicción compromisoria. La constitución del tribunal se reduce, en este caso, al nombramiento de los árbitros y a la aceptación del cargo por parte de éstos,

nombramiento que puede hacerse de común acuerdo por ellos o por la justicia, en subsidio⁵³.

Según nuestro modo de ver las cosas, el arbitraje siempre tiene su fuente en la ley, por cuanto desde el momento en que el legislador creó la institución, ella se traduce en una posibilidad legal que se brinda a las partes de recurrir a un tribunal distinto del ordinario para la solución de sus litigios. Pero es conveniente hacer una distinción entre arbitraje voluntario y arbitraje forzoso, vale decir, entre el que tiene lugar por iniciativa de las partes, y aquel que se origina por mandato expreso de la ley, sin que las partes puedan recurrir a otro tribunal que no sea el arbitral, en demanda de justicia.

Distinto será en uno y otro caso el momento en que la ley aparezca como fuente del arbitraje. Si éste es forzoso, la fuente inmediata de la institución será precisamente la ley, independientemente del papel que juegan las partes en el nombramiento de los árbitros o en la regulación de las facultades de los mismos. Pero si se trata de arbitraje voluntario, la fuente inmediata la encontramos en el pacto arbitral convenido por las partes, teniendo presente desde luego que la ley

⁵³ RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRIA. "El arbitraje comercial en la legislación chilena", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pág. 22.

aparece en este caso como fuente mediata del arbitraje porque sólo en virtud de que ella lo permite, pueden los particulares constituir un tribunal arbitral.

Entendemos por arbitraje forzoso, siguiendo al profesor Aylwin, "el juicio arbitral que es impuesto imperativamente por la ley como el único procedimiento para resolver determinados litigios"⁵⁴, y por ser la ley su fuente inmediata, no es necesaria la participación de las partes en la decisión de usar este medio de solución de conflictos, ya que el legislador ha manifestado imperativamente su voluntad en el sentido de que sea esa y no otra la manera de actuar.

En la legislación positiva chilena, el fundamento básico del arbitraje forzoso se encuentra en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales que indica que "deben resolverse por árbitros" los asuntos que luego enumera, entre los cuales se contienen materias que por su naturaleza ha estimado el legislador que serán mejor resueltas al ser conocidas por esta clase de tribunales.

A nuestro juicio, la institución del arbitraje forzoso contraría los principios elementales sobre los que está cimentado el juicio de árbitros, desvirtuando la conveniencia y justificación de los juzgados de compromiso, porque si lo que buscan las partes se recurren a árbitros es un juez de confianza, obligándose a arbitrar sus diferencias se les resta la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria, lo

que no puede ser aconsejable desde el momento de que son los tribunales ordinarios los comunes para todo tipo de personas y materias, debiendo estar siempre expedito el camino para todos puedan llegar a ellos. La excepción debe estar constituida por el tribunal arbitral y el arbitraje forzoso atenta en contra de este principio al generalizar su aplicación, haciéndola exclusiva en determinadas materias.

Característica principal del arbitraje es en general, que exista expresamente manifestada, la voluntad de las partes interesadas de someterse a juicio de árbitros. El arbitraje forzoso, atenta contra esta voluntad, al forzar a los interesados a arbitrar sus diferencias, lo que va contra la naturaleza misma de la institución. Al respecto, Guasp expresa: "sin embargo, lo que da al arbitraje la fisonomía peculiar que le es verdaderamente propia es, en realidad, el que la solución del conflicto, por obra del tercero, tenga carácter vinculante en virtud de la sumisión voluntaria que a la decisión del pacificador formulan las partes del conflicto". "La voluntad es por ello un elemento básico de todo arbitraje. En principio resulta, pues impropio, hablar de un arbitraje obligatorio o necesario, frente al arbitraje voluntario de carácter normal"⁵⁵.

⁵⁴ PATRICIO AYLWIN AZOCAR. Op. cit., pág. 81.

⁵⁵ JAIME GUASP. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", Tomo II, Volumen 1º, pág. 1148.

El arbitraje debe ser entendido como una facilidad para que los interesados puedan resolver mejor sus litigios y entregarlos a personas especialmente preparadas, pero en los casos en que se hace obligatorio por mandato de la ley, puede suceder que sea precisamente el juez ordinario, por su preparación jurídica, el mejor capacitado para resolver los intereses de las partes, apareciendo como un contrasentido que no tenga competencia en materias que generalmente se debaten en un alto nivel técnico-jurídico, integradas con elementos de equidad y moral, a los que el juez está habituado en razón de su cargo.

De la historia fidedigna del establecimiento de la Ley Orgánica de Tribunales, de 1875, aparece también la idea de que los legisladores de esos años pensaron en suprimir de la ley chilena toda clase de arbitrajes forzoso. Así se desprende de las actas de las sesiones de la Cámara de Diputados en que se trató la aprobación de los artículos pertinentes a esta materia: "de muy buena gana, añadió (el señor Hunneus en sesiones celebradas entre el 18 y 29 de Agosto de 1874) habría suprimido la Comisión todo arbitraje forzoso. Pero considerándose ligada por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, y respetando la

idea de uniformar por completo todo nuestro sistema de legislación, ha incluido el artículo 177 (176, hoy 227), los casos a que aquellos Códigos se refieren"⁵⁶.

Nuestra legislación es una de las pocas en el mundo que mantiene esta forma de arbitraje, la que estimamos que debe ser suprimida de los textos legales, por cuanto no es lógico que determinadas materias no puedan, en ningún caso, ser conocidas por los jueces ordinarios.

No obstante, señalan otros autores⁵⁷, este tipo de arbitraje está establecido en atención a la características de ciertos asuntos. Dice Aylwin al respecto que debido a su naturaleza existe conveniencia de terminar ciertos negocios judiciales con prontitud y "evitar en ellos todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar graves perjuicios, o, por su carácter preferentemente de hecho, que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o menos técnicos, por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que no estén

⁵⁶ MANUEL EGIDIO BALLESTEROS. "La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile", Tomo II, N° 1642, pág. 90.

⁵⁷ RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA. Op. cit., pág. 23.

sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto."⁵⁸.

El arbitraje forzoso es para otros⁵⁹ un medio de proporcionar una justicia especialmente apta y apropiada, a la vez que amigable, rápida y económica y destinada a librar a la jurisdicción ordinaria del examen de cuentas, documentos, debates, informaciones que requieren a menudo un largo período de años. En Chile, esta última consideración tiene importancia puesto que, como anota Aylwin, consta en las actas de la Comisión Revisara de la Ley Orgánica de Tribunales que para sus autores "el principal objeto del arbitraje forzoso es evitar a los jueces de letras del trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes."

Se ha criticado también el arbitraje forzoso sosteniendo que si el compromiso es un contrato que tiene como requisito esencial el consentimiento de las partes, resulta absurdo suprimir la libertad contractual en una institución que tiene su fundamento en ella. Tampoco asegura a las partes un juez de confianza, como se persigue en el compromiso, puesto que puede ocurrir que sólo los jueces ordinarios

⁵⁸ PATRICIO AYLWIN AZOCAR. Op. cit., pág. 84.

⁵⁹ MONGALVY. "Tratado del arbitraje en materia civil y comercial", París, 10^a Edición, 1852.

les merezcan fe, o que, no poniéndose de acuerdo en el nombramiento, se les imponga por la autoridad un tercero desconocido y falto de todo título⁶⁰.

Chile es uno de los países en que el arbitraje forzoso tiene mayor aplicación, atendiendo al número de materias que el artículo 227 del C.O.T. señala que deben ser resueltas mediante arbitraje obligatorio.

- Efectos del arbitraje forzoso.

Son fundamentalmente dos: 1) Produce la incompetencia absoluta de los tribunales ordinarios para conocer del asunto y competencia privativa para abocarse a él, del tribunal arbitral que se designa; 2) Implica para las partes la obligación, una vez acaecido el caso en que procede, de constituir el tribunal y el juicio arbitral, designando la persona del árbitro y precisando los límites del litigio.

- Casos de arbitraje forzoso.

⁶⁰ JULIÁN MIRANDA. "El juicio arbitral", Montevideo, Editorial Arceán, 1916, N° 12, pág. 132.

Dice a este respecto el artículo 227 del C.O.T. en lo pertinente:

"Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

1º La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;

2º La partición de bienes;

3º Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;

4º Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio, y

5º Los demás que determinen las leyes."

De acuerdo con otras disposiciones legales, se someten también a arbitraje forzoso: a) la liquidación de las sociedades civiles de responsabilidad limitada; b) las asociaciones o cuentas en participación.

7.2. El Pacto Arbitral.

- Validez de los Pactos de Arbitraje.

Con el nombre genérico de pactos de arbitraje o pactos arbitrales, nos referimos a las fuentes inmediatas del arbitraje voluntario, o sea, a aquellos convenios de las partes que dan origen al tribunal arbitral.

En ninguna disposición legal encontramos tratado precisamente qué debemos entender por pactos de arbitraje. Ni en el Código de Procedimiento Civil ni en el Código Orgánico de Tribunales se reglamentan estos convenios, pero además de no estar expresamente prohibidos por el legislador, de numerosos preceptos fluye claramente que ellos son tácitamente aceptados en nuestro ordenamiento jurídico.

Consecuente con lo expresado, está el principio de la autonomía de la voluntad y el hecho de que las partes pueden contratar libremente en aquellas materias en que les está prohibido hacerlo, dando lugar a numerosos contratos o convenciones innominados, que no poseen una definición o un régimen legal precisos, pero que son reconocidos en cuanto a su validez y eficacia, ya sea frente a la ley, entre las partes o frente a terceros en los casos que corresponda.

Cuando el Código Orgánico de Tribunales trata específicamente del arbitraje, nunca excluye la posibilidad de la existencia previa a la constitución del tribunal arbitral, e incluso al nombramiento de los árbitros, de pactos suscritos por los interesados con miras a sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios determinados asuntos, para someterlos a arbitraje. Así sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 232 del C.O.T. en que la ley se pone en el supuesto de que exista una obligación previa de someterse a arbitraje, obligatoria para los interesados. Si ésta es legal, estaremos en presencia de arbitraje forzoso, pero perfectamente tiene cabida en este caso la existencia anterior al nombramiento de árbitros, de un pacto entre las partes que las determine a no poder concurrir con sus litigios ante el juez ordinario, y de este modo la ley les ordena a los interesados ponerse de acuerdo sobre la persona del árbitro. Si éste acuerdo no se produce, la propia ley soluciona el inconveniente, entregando a la justicia ordinaria la nominación del juez árbitro, haciendo posible que se cumpla el convenio previo y fundamental de las partes: someterse a arbitraje.

Al igual conclusión podemos arribar si estudiamos la historia del establecimiento del mencionado artículo N° 232 del Código Orgánico de Tribunales y los artículos en que se funda, todos los cuales, hasta la fecha actual, no difieren en absoluto en la redacción de su inciso primero. En cambio, tratándose del inciso

segundo, el proyecto referido estaba concebido así: "en los casos en que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de la persona en quién haya de recaer el cargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, si el negocio litigioso fuere alguno de los enumerados en el artículo 217 (176 de la Ley y 227 del actual Código, referente al arbitraje forzoso), debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un individuo diverso de los indicados por las partes."

Cuenta don Manuel Egidio Ballesteros: "En 5 de Mayo de 1871, la Comisión acordó dejar este artículo para segunda discusión, la cual tuvo lugar el día 8 del mismo mes. El art. 145 (hoy 181), dice el acta, que había quedado también para segunda discusión, se aprobó suprimiendo en el inciso segundo la frase: 'Si el negocio litigioso fuere alguno de los enumerados en el art. 217, a fin de hacer extensiva la regla de este inciso a todos los casos en que deba hacerse nombramiento de árbitros, sea por disposición de la ley o por convenio de las partes'"⁶¹.

No puede pues caber duda de que en nuestra legislación es perfectamente posible pactar convenios de arbitraje que obliguen a las partes a someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral, sustrayendo el conocimiento de uno o varios negocios, presentes o futuros, al conocimiento de la justicia ordinaria.

8.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

No existe acuerdo en la doctrina acerca de este asunto. Señalamos, por una parte, que el arbitraje es un juicio, pasando a ser una especie de jurisdicción, ya que involucra la existencia de un tribunal con facultad de juzgar un litigio; por otra también señalamos la naturaleza contractual de su origen, lo que induciría a pensar que se trataría de una forma extrajudicial y convencional de poner término a los litigios de los particulares.

De este modo, según sea el elemento al cual se le asigne mayor importancia, de lo que dependerá la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje.

La cuestión tiene una importancia no sólo doctrinaria sino que también práctica, para establecer la capacidad necesaria para ser árbitro, efectos de la sentencia arbitral, etc.

Para dar mayor claridad a la materia se hace necesario distinguir entre el arbitraje voluntario y el arbitraje forzoso.

8.1. Arbitraje Voluntario.

⁶¹ MANUEL EGIDIO BALLESTEROS. Op. cit., pág. 107.

Existen varias doctrinas que explican su naturaleza jurídica.

a) Doctrina contractual: Considera que el árbitro es un simple mandatario de las partes, siendo el compromiso lo que constituye el mandato. El árbitro debe ceñirse rigurosamente a los términos del compromiso y su resolución no constituye una verdadera sentencia, sino que tan sólo la ejecución de un mandato. Para éstos el árbitro difiere fundamentalmente de los demás jueces, en que su autoridad no proviene del Poder Público, sino que de la voluntad de las partes.

b) Doctrina jurisdiccional: Sostiene que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, en atención al carácter de juicio que el tiene, negando que pueda ser un contrato.

Si bien es cierto que la autoridad del árbitro emana de un mandato, no es menos cierto que desempeña oficio de juez y como tal goza de autoridad personal e independiente, está encargado de administrar justicia y dicta decisiones que se imponen a las partes.

c) Doctrina mixta: Según sus sostenedores hay que distinguir entre la investidura del árbitro que tiene un carácter privado, ya que son los particulares quienes los nombran; y sus atribuciones que son de verdaderos jueces.

d) Doctrina de Chiovenda: Para él el arbitraje no es un verdadero juicio ni el laudo una sentencia de verdad. El árbitro no es un funcionario del Estado, sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas en conformidad a la ley; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva.

En nuestro ordenamiento los árbitros están definidos como jueces (art. 222 del C.O.T.). El Código de Procedimiento Civil habla de juicio arbitral y le hace aplicable muchas de las normas establecidas para los juicios seguidos ante jueces ordinarios. Para ser árbitro se requiere de una capacidad muy distinta a la de un mandatario y si no es la misma que se les exige a los jueces es por su carácter de tribunal transitorio. Los árbitros son recusables por las mismas causales que lo son los jueces ordinarios. Les son aplicables las reglas sobre cuestiones y contiendas de competencia. Pueden dirigir exhortos. Las sentencias arbitrales son susceptibles de los mismos recursos que las sentencias de los jueces ordinarios. Su ejecución corresponde a los mismos árbitros a menos que sean necesarios procedimientos de apremio.

Todas estas características manifiestan que para la ley chilena el arbitraje constituye una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios de justicia y que los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública.

8.2. Arbitraje Forzoso.

Tratándose del arbitraje forzoso no se discute su naturaleza jurisdiccional. Los tratadistas asemejan el arbitraje forzoso a los juicios ordinarios, y califican a los árbitros como verdaderos jueces, con individualidad e independencia propias.

Nuestros tribunales, por su parte, no han vacilado jamás en reconocerlo así, y son numerosos los fallos que tratando de arbitraje forzoso, hablan de la "jurisdicción" del compromiso.

En los casos de arbitraje forzoso, se trata de un juicio establecido por la ley como el único posible para esos casos y no es preciso para que tenga lugar el acuerdo previo de las partes una vez producida la controversia cualquiera de las partes puede obligar a la otra a someterse a juicio arbitral.

Los jueces árbitros difieren de los jueces ordinarios, en que son tribunales de la confianza de las partes, ya que son ellas quienes deberán nombrarlos de común acuerdo. Sólo en caso de que no convengan en la persona del árbitro, será la justicia quien, en forma subsidiaria, haga el nombramiento del árbitro.

9.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL JUICIO ARBITRAL.

En cuanto a la conveniencia del arbitraje no existe acuerdo en esta materia. Hay quienes estiman que es el medio ideal para administrar justicia. Hay otros que ni siquiera justifican su existencia en nuestros tiempos.

1.- Los partidarios del arbitraje dan, entre otras, las siguientes razones:

a) Los tribunales del Estado no satisfacen la necesidad de una rápida y eficaz administración de justicia, principio base de organización de los tribunales de justicia. Sus procedimientos son lentos y dispendiosos. En cambio, el arbitraje constituye un medio rápido, sencillo y económico de terminar con los conflictos de los particulares.

b) Los jueces del Estado no siempre tienen competencia para conocer de determinados conflictos, y carecen, por regla general, de conocimientos específicos sobre ciertas ciencias, artes o técnicas que muchas veces son necesarios para resolver los litigios. Para suplir esta deficiencia deben recurrir al informe de peritos, encareciendo aún más el costo de los juicios y ocasionando dilaciones. En cambio, en el juicio arbitral, las partes pueden elegir como jueces a aquellas personas que tengan los conocimientos necesarios que requiera la resolución del juicio, asegurándose así la eficacia del fallo, sin mayores gastos para las partes.

c) Por último, en materia laboral se ve una clara tendencia en favor del arbitraje, por ser este un medio eficaz para evitar conflictos colectivos que puedan llegar a derivar en situaciones violentas como la huelga y lock-out.

2.- Los detractores del arbitraje fundamentan su opinión en las siguientes razones:

a) No es efectivo que el arbitraje sea más rápido y económico, al contrario podría resultar mucho más lento y dispendioso que cualquier otro juicio, pues permite a las partes promover numerosos incidentes e interponer diversos recursos, tanto antes de su constitución con el carácter de previo, como con motivo del nombramiento de los árbitros o durante el procedimiento o en la ejecución de la sentencia. En cuanto a los gastos, origina mayores gastos que los que comúnmente origina un juicio ordinario.

b) El arbitraje no siempre proporciona soluciones pacíficas y conciliadoras, ello va a depender exclusivamente del ánimo de las partes.

c) El juicio arbitral priva a las partes de las garantías judiciales que proporcionan los tribunales del Estado y las deja entregadas por completo a los árbitros. Es así como el perjudicado puede quedar desprovisto de recursos legales para poner a salvo sus derechos, lo que es especialmente grave si una de las partes

es económicamente más débil que la otra, caso en el cual, la más fuerte le impondrá su propio tribunal.

d) En relación al hecho de constituir el arbitraje un medio para evitar conflictos colectivos no es la solución, ya que el medio idóneo para resolver en el

Derecho Privado las controversias sin llegar a situaciones violentas es la comparecencia ante los tribunales de justicia.

CAPÍTULO QUINTO

"EL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO"

1.- ARBITRAJE LABORAL OBLIGATORIO. NOCIONES DE DERECHO COMPARADO.

Acorde con la opinión de la O.I.T., el arbitraje obligatorio se define como "el procedimiento que supone la sumisión del conflicto sin el acuerdo o consentimiento de todas las partes interesadas y culmina en un laudo de obligado cumplimiento"⁶².

Históricamente el arbitraje fue introducido por los gobiernos con un propósito pacificador, con ocasión de graves disputas laborales, constituyendo una alternativa para la huelga que permitía al vencedor imponer sus condiciones. En la legislación comparada de los derechos laborales colectivos, el arbitraje constituye una verdadera imposición del Estado que permite privar a los agentes sociales de su libertad contractual, sustituyendo incluso a la negociación colectiva y fomentando su decadencia, funcionando, a juicio de autores españoles, como instrumento represivo de la contratación y de la libertad sindical.

En la práctica en algunos países, como Australia y Nueva Zelanda, existen variantes de arbitraje obligatorio compatibles con la negociación colectiva, con lo cual es difícil establecer nexos claros de causalidad entre el arbitraje obligatorio y la promoción o detrimento de la negociación colectiva.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje obligatorio, la mayoría de la doctrina estima que carece de naturaleza contractual al faltar el consentimiento de

⁶² Organización Internacional del Trabajo, "Conciliación y Arbitraje", Madrid, 1978, pág. 168.

las partes como elemento esencial, afirmando su condición de actividad jurisdiccional, ya que los agentes sociales son compelidos a recurrir a este procedimiento y aceptar sus consecuencias obligatoriamente, de forma tal, que la actividad del árbitro adquiere un claro carácter público.

En la experiencia comparada, el ámbito de aplicación del arbitraje obligatorio se reduce a determinados conflictos laborales o bien abarca cualquier disputa laboral:

a) En el primer caso, el procedimiento arbitral se circunscribe a ciertos tipos de controversias y comprenden dos supuestos. Para un grupo de países, entre los que se cuenta Chile, se aplica el arbitraje laboral obligatorio solamente a los conflictos en servicios públicos esenciales, definidos legalmente (transportes públicos, telecomunicaciones, gas, agua y electricidad; hospitales, higiene y sanidad; minería y fabricación de ciertos productos estratégicos).

Otros países recurren al arbitraje obligatorio para los conflictos de interés público en sentido amplio. Generalmente, el Ministerio del Trabajo está facultado para someter la disputa al arbitraje, si considera que la huelga o cierre empresarial resultaría perjudicial para el interés de la comunidad. El arbitraje obligatorio constituye, una opción obligada frente a la huelga en el sector público o en el sector privado en ciertos casos. El caso de México admite una modalidad arbitral

obligatoria para los conflictos de interés público, aceptando al mismo tiempo la existencia de la huelga o cierre empresarial con ciertas condiciones.

b) En el segundo caso, se establece la aplicación general obligada del arbitraje a todos los conflictos sin el consentimiento de las partes. Los ordenamientos establecen la sumisión automática de la controversia al arbitraje laboral, cuando fracasa el procedimiento voluntario vigente. Dentro de los países industrializados democráticos, Nueva Zelanda y Austria, poseen un sistema de relaciones laborales que se caracteriza por la disponibilidad de una amplia y complicada red de tribunales arbitrales instituidos por la ley para la resolución de conflictos laborales mediante un procedimiento de arbitraje que no excluye la negociación colectiva.

En estos sistemas predomina el empleo de órganos permanentes. Su composición varía, integrándose por miembros independientes o de composición paritaria; también algunos países acuden a organismos ad-hoc, personales o colegiados, para la aplicación del arbitraje. Esta modalidad arbitral implica delegar la soberanía del Parlamento en la autoridad arbitral facultada para dictar la ley a las partes afectadas.

Gran parte de la doctrina, actualmente, sostiene la incompatibilidad del arbitraje obligatorio generalizado con el ejercicio del derecho de huelga,

subrayando los riesgos que ello puede ocasionar en el funcionamiento de la negociación colectiva. También se ha sostenido que, la imposibilidad de obtener el acatamiento del laudo, en la práctica, hace irreal su propio carácter coercitivo en un sistema democrático. El esquema predominante en los países industrializados prevé la posibilidad de huelga o arbitraje voluntario para los conflictos económicos del sector privado, y contempla una posible prohibición de la huelga y la aplicación del arbitraje obligatorio a los conflictos en la función pública o en los servicios esenciales, como es el caso de nuestro país. Este último esquema es el que más se ajusta a las normas de la O.I.T. derivadas del principio de libertad sindical y del derecho de negociación colectiva.

La aplicación obligada de procedimientos arbitrales en países en desarrollo se ha justificado con tres argumentos:

1º Se ha invocado la debilidad de los sindicatos en los países menos desarrollados, lo que les impide concurrir y generar procesos de negociación colectiva. El arbitraje obligatorio en estos casos, ofrece una alternativa a la acción directa, protegiendo y promoviendo los intereses de los sectores más débiles de la clase trabajadora carente de organización.

2º Se ha invocado, también, la paz social indispensable en tales países para el cumplimiento de planes y programas de desarrollo, que las huelgas harían peligrar

desalentando las inversiones privadas, lo que justificaría su extensión a todos los conflictos con independencia de su magnitud o de las dimensiones de la empresa.

3º Finalmente, el arbitraje laboral obligatorio, en ciertos países, se acepta de manera limitada a los conflictos en los llamados servicios esenciales, para proteger los perjuicios de una interrupción del trabajo, aunque el modelo laboral se fundamente en la voluntad y en la libertad de negociación de las distintas organizaciones laborales. De ahí, que ocasionalmente se haya establecido como medida excepcional con motivo de un conflicto importante, llegándose incluso a fijar legalmente las condiciones para la resolución del conflicto. En Europa, Dinamarca es el caso más extremo de intervencionismo estatal, que admite el arbitraje obligatorio como recurso extremo en los conflictos derivados de la revisión de convenios colectivos.

Por su parte, la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la O.I.T., sostiene que un sistema de arbitraje obligatorio que implique la prohibición de huelga podría aceptarse únicamente en relación a los servicios públicos y a los servicios esenciales; cualquiera otra forma de arbitraje que suponga restricciones al derecho de huelga por circunstancias excepcionales debería tener carácter temporal, con la duración estrictamente necesaria.

2.- ARBITRAJE LABORAL OBLIGATORIO EN CHILE.

El arbitraje obligatorio está contemplado en la actual normativa para las empresas que tienen prohibido la huelga y el lock-out. Ellas son las que indica el artículo 384 del Código del Trabajo, o sea:

a) Las que atienden servicios de utilidad pública, o

b) Aquellas 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.

Para que tales empresas queden comprendidas dentro de algunas de las situaciones señaladas deben haber sido incluidas dentro de un listado fijado en una resolución emitida conjuntamente, en el mes de Julio de cada año, por los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción. La resolución no requiere la firma del Presidente de la República, basta la de los Ministros de las citadas Secretarías. Se ha precisado que la vigencia de la calificación es del 1º de agosto al 31 de julio del año siguiente.

La ley habla de que la calificación deberá efectuarse "entro de", lo que nos indica que se trataría de un plazo fatal. ¿Qué sucedería si los Ministros no emitieran la resolución dentro del mes de Julio?

El profesor Guido Macchiavello estima que si la resolución no se dicta dentro del mes de Julio, las empresas susceptibles de quedar comprendidas en la referida limitación de la huelga se consideran liberadas de ella⁶³.

Por nuestra parte nos parece que la resolución del año anterior se vería prolongada en su vigencia, ya que la calificación fue establecida para proteger el interés público y dicho interés no puede quedar sin protección por un retardo de la autoridad, pasando nuestro modelo de arbitraje obligatorio para servicios esenciales, a un esquema de absoluta voluntariedad en el sometimiento al arbitraje de los conflictos laborales de dichas empresas.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley N° 12.927, de Seguridad Interior del Estado, se refiere a "paralizaciones ilegales y graves", en las cuales un interventor "tomará a su cargo las gestiones para dar solución definitiva al conflicto". El problema que se presenta es si el interventor en estas paralizaciones ilegales debe necesariamente recurrir al arbitraje obligatorio.

El artículo 355 inc. 2° del Código del Trabajo señala que el arbitraje será obligatorio en aquellos casos en que estén prohibidos la huelga y el lock out. Se

⁶³ GUIDO MACCHIAVELLO, "Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1993, pág. 481.

trata en este caso de empresas que pueden negociar colectivamente, pero con huelga prohibida. El arbitraje obligatorio existe en sustitución de la huelga.

El artículo 38 de la Ley N° 19.297, trata de una situación particular, se refiere a toda clase de paralizaciones graves e ilegales, en las que el interventor tiene facultades amplias para dar solución definitiva al conflicto, sin tener el deber de ceñirse al arbitraje obligatorio. Podría el interventor disponer el arbitraje obligatorio, en uso de sus facultades, pero sería bajo las reglas que él fijará.

2.1. Época del arbitraje obligatorio.

El artículo 357 del Código del Trabajo, señala la época en que puede producirse el arbitraje obligatorio, distinguiendo si hay o no contrato colectivo anterior:

a) Si hubiere vencido el contrato colectivo o el fallo arbitral anterior, la Inspección del Trabajo citará a las partes a un comparendo dentro de tercero día, con el objeto de proceder a la designación de un árbitro laboral. Esto, sin perjuicio de que, si llegada la fecha de término del contrario, o transcurridos 45 días desde la presentación del proyecto de contrato colectivo, las partes aún no hubieren llegado

a acuerdo, podrían prorrogar la vigencia del contrato anterior y continuar las negociaciones.

La ley también contempla la posibilidad de que la parte trabajadora, a través de la comisión negociadora, exija al empleador, en cualquier oportunidad, durante el proceso de negociación, la renovación del contrato anterior. Esta exigencia puede formularse hasta la medianoche del vencimiento del plazo en vigencia; por lo tanto se entiende que se decidió no renovar el contrato si expiró el plazo sin la formulación de la exigencia referida.

En consecuencia, si las partes no estaban de acuerdo en prorrogar o renovar su contrato colectivo ni en suscribir uno nuevo, al vencimiento del plazo del contrato anterior operará la atribución de la Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, para citar a un comparendo de designación del árbitro.

b) Si no hubiere contrato colectivo anterior, transcurridos 45 o 69 días, según el caso, de la presentación del proyecto de contrato colectivo, sin acuerdo de las partes, operará el trámite de citación al comparendo de designación de árbitro por parte de la Inspección.

La ley no señala cuando debe hacerse la citación, sino que sólo indica que el comparendo se efectuará dentro de tercero día de cursada aquella.

La citación debe ser notificada a las partes por cédula.

El comparendo se celebrará con cualquiera de las partes que asista, o aún en ausencia de ellas.

La importancia del comparendo radica en que en él las partes tienen la oportunidad de dejar constancia, en el acta que se levante de sus intenciones para la designación del o de los árbitros, y de sus últimas proposiciones.

3.- EL ARBITRAJE LABORAL VOLUNTARIO.

Los denominados conflictos económicos o de intereses, implican la autorregulación mediante la creación o la modificación de una norma que regula las relaciones entre partes, y la composición de este tipo de conflicto constituye el ejercicio de una función normativa que establece una ordenación jurídica entre los sujetos. Estos conflictos han de ser necesariamente objeto de negociación sin que quepa la solución jurisdiccional. En caso de desacuerdo, cabe el recurso a la mediación e incluso al arbitraje voluntario.

El arbitraje voluntario aparece como una solución cuando la imposibilidad de lograr un acuerdo directamente o con la ayuda de un mediador, hace que las partes

afectadas recurran a un tercero a quien confieren facultades para componer el conflicto mediante una decisión propia.

La intervención del tercero no se limita a la composición del conflicto permaneciendo al margen, sino que se inserta en el mismo, dictando los contenidos del acuerdo. El arbitraje laboral voluntario es una institución que emana de la voluntad colectiva, pretendiendo sustraer el conocimiento de los litigios jurídicos, derivados de las relaciones colectivas laborales, de la jurisdicción del Estado. Esta autonomía sería una manifestación de la autonomía colectiva, es decir, de la capacidad de los agentes sociales para autorregular sus relaciones privadas. De ahí que se sostenga que el arbitraje voluntario mida el grado de democracia interna del sistema de relaciones laborales.

El procedimiento de arbitraje voluntario supone que el tercero dirimente está facultado para imponer la solución que considere más ajustada a derecho (conflicto colectivo) o más equitativa respecto a los intereses en pugna (conflicto de intereses). El fundamento del arbitraje voluntario reside en la sumisión de las partes a la decisión del tercero que se impone en virtud del compromiso arbitral o cláusula compromisoria. De ahí que el arbitraje voluntario sea una proyección de la negociación colectiva.

Como procedimiento de composición de los conflictos colectivos del trabajo, el arbitraje voluntario responde a una finalidad pacificadora de las relaciones de trabajo porque presupone el consenso de los agentes sociales, pero el arbitraje voluntario carece de significación como alternativa de la huelga. La experiencia comparada prueba que el compromiso arbitral implica expresa o tácitamente la exclusión de la huelga o cierre temporal de la empresa como medida de presión, porque generalmente cuando las partes optan por esta vía voluntaria y pacífica de solución, a menudo han agotado ya el recurso de la acción directa o la han descartado por no convenir a sus intereses.

Esta concepción está implícita en la Recomendación N° 92 de la O.I.T., cuyo punto 6° dice que "si un conflicto ha sido sometido a arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y lock-out mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que se acepten el laudo arbitral".

El precepto de la O.I.T. evidencia un objetivo de promoción del arbitraje voluntario que en diversos sistemas de relaciones laborales se ha materializado en un determinado tipo de reglamentación, en la creación de servicios u organismos de arbitraje y otorgando obligatoriedad a los laudos que se equiparan a contratos colectivos. Esta promoción del arbitraje voluntario deriva de la promoción de la

negociación colectiva que induce, en la práctica laboral, a intentar producir el acuerdo de arbitraje como posible pacto entre las partes cuando fracasa la mediación o la conciliación.

3.1. El Arbitraje laboral voluntario en Chile.

El arbitraje voluntario tiene su fundamento jurídico en los preceptos constitucionales de libertad sindical y de autonomía colectiva (libertad sindical y derecho de huelga), consagrado en el artículo 19 N° 16 y 19 de la Constitución Política.

Por su parte los Convenios N°s 87 y 98 de la O.I.T., comprometen a las partes signatarias a "fomentar el establecimiento y utilización de procedimientos adecuados para la solución de conflictos laborales". Asimismo, la Recomendación N° 92 de la O.I.T., sobre conciliación y arbitraje voluntario, exhorta a la implantación de modelos de arbitraje voluntario. El recurso del arbitraje, como los restantes procedimientos de composición del conflicto laboral, constituyen una de las medidas cuya adopción se reconoce como derecho de los empresarios y trabajadores.

De esta normativa podemos deducir los principios básicos que rigen el arbitraje laboral voluntario:

a) El carácter voluntario debe ser entendido como la libertad que tienen las partes ante una controversia para someterla a un procedimiento arbitral. El arbitraje encuentra su razón de ser, en la autonomía de las partes para establecer medios eficaces y flexibles de resolución de las controversias colectivas. La preferencia por la voluntariedad del arbitraje aparece reflejada en la normativa de la O.I.T.

Para ella, son admisibles dos excepciones a la regla general de la voluntariedad del arbitraje laboral:

1.- En relación con los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de normas del contrato colectivo, contrato individual de trabajo, reglamento de empresa o legislación vigente, se admite el arbitraje obligatorio establecido por las autoridades competentes.

2.- Tratándose de la función pública, donde generalmente se prohíben las huelgas, se acepta la posibilidad del arbitraje obligatorio en relación a los funcionarios públicos. El Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., admite la composición heterónoma obligada en los supuestos de restricción o de prohibición del derecho de huelga en el sector público o en servicios esenciales, siempre que existan procedimientos de conciliación y arbitrajes adecuados, imparciales y

rápidos, en que los interesados puedan participar en todas las fases y los laudos sean obligatorios para ambas partes.

En nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 355 del Código del Trabajo, aparte del arbitraje obligatorio en los supuestos en que esté prohibida la huelga o el cierre temporal de la empresa y en el de reanudación de faenas previsto en el artículo 385, las partes, en el ejercicio de su autonomía, pueden acordar procedimientos arbitrales en cualquier momento durante la negociación o incluso durante la huelga o lock-out.

El carácter voluntario del arbitraje laboral se manifiesta también en la graduación de los procedimientos pacíficos de resolución de conflictos. Del respeto al derecho de la negociación y a la libertad sindical, deriva la necesidad de que la secuencia natural de procedimientos de solución se inicie con aquellas formas procesales como la conciliación o mediación. En cuanto a los procedimientos convenidos, las partes gozan de libertad para acudir directamente al proceso arbitral. El principio de graduación en la aplicación de los procedimientos se halla implícito en los instrumentos de la O.I.T. ya citados, que sugieren comenzar la solución pacífica de los conflictos de trabajo por la conciliación o mediación antes de recurrir al arbitraje.

b) Un segundo principio básico es la imparcialidad e independencia del proceso arbitral, que debe garantizar su credibilidad. Así lo establecen los Convenios N° 149 y 151 de la O.I.T. La imparcialidad del órgano arbitral es un requisito indispensable para la aceptación y efectividad del procedimiento. Los árbitros que conocen de la controversia deben actuar dentro de un equilibrio procesal como si se tratara de un juez, sin favorecer o prejuzgar a alguna de las partes. Lo que resulta problemático es la exigencia de la independencia del árbitro por que además de cierta, debe ser reconocida por los actores sociales.

En la experiencia comparada, la independencia se logra mediante la creación de juntas tripartitas de conciliación y arbitraje o de la aceptación previa por las organizaciones profesionales de listas de árbitros independientes, integradas por profesionales o expertos ajenos a la administración pública.

En años más recientes, la garantía de independencia se ha logrado mediante la creación de órganos autónomos y especializados que no dependen del Ministerio del Trabajo, como el ACAS en Inglaterra y la Comisión Central de Relaciones Laborales del Japón. Este tipo de instituciones sustituyen en esos países al sistema tradicional de provisiones de mediadores y árbitros por el Ministerio del Trabajo, puesto que es evidente la posibilidad de influencias políticas cuando la decisión arbitral proviene de un organismo gubernamental. En nuestro país en el caso del

arbitraje voluntario, no solo pueden ser árbitros aquellos que estén incluidos en la Nómina Nacional de Árbitros, a que se refiere el artículo 359 del Código del Trabajo, sino que cualquier persona designada de común acuerdo por las partes.

c) El tercer principio del arbitraje voluntario es la obligatoriedad del laudo. Este principio presenta un doble aspecto, referido a la sumisión al procedimiento y a la aceptación del laudo.

En la Recomendación N° 92, al consagrar el principio de la voluntariedad en cuanto a la sumisión al arbitraje, se señala que "si el conflicto ha sido sometido a tal procedimiento con el consentimiento de todas las partes interesadas se debería estimular a éstas para que acepten el laudo arbitral". Esta disposición ha tenido gran influencia en muchas legislaciones, las que han llegado a establecer la presunción de aceptación automática del laudo una vez que las partes consienten en someter sus diferencias al procedimiento arbitral. En Chile, de acuerdo al artículo 356 del Código del Trabajo, el compromiso debe constar por escrito y una copia de este acuerdo debe enviarse a la Inspección del Trabajo dentro del plazo de cinco días contado desde su suscripción, escrituración y entrega a la Inspección, que tienen por objeto dar una mayor seriedad a la celebración del compromiso.

4.- LOS ÁRBITROS EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DEL TRABAJO.

4.1. Concepto y denominación.

En nuestro ordenamiento jurídico los árbitros están definidos en el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales como "los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso".

Con anterioridad a la Ley N° 19.069, el Código del Trabajo se refería a los miembros del Cuerpo Arbitral, sólo como "árbitros".

Durante la tramitación del proyecto de la Ley N° 19.069 en el Parlamento, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a instancias de la Corte Suprema, acordó proponer llamar a este tipo de árbitros, "árbitros laborales". En definitiva esta proposición tuvo acogida y se plasmó en dicha Ley.

Los motivos de la innovación residían, de acuerdo a las expresiones del Excelentísimo Tribunal, en el hecho de que existiendo, en materia laboral, dos tipos de árbitros era necesario distinguir unos de otros:

Unos, los llamados a actuar a petición de parte (actual art. 345 inc. final), son los designados en el contrato colectivo y están encargados de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que dé lugar el contrato. A juicio de la Corte Suprema, "éstos tienen verdaderamente el carácter de tales (de árbitros) pues tienen por función resolver un asunto litigioso conforme al mérito del proceso, con las facultades propias de todo tribunal para la decisión de la controversia jurídica sometida a su conocimiento y fallo"⁶⁴.

En este caso, estamos en presencia de conflictos jurídicos, toda vez que el ámbito de este arbitraje es la interpretación de lo pactado, o bien la aplicación errónea o indebida o la falta de aplicación de una norma colectiva, o de su incumplimiento total, parcial o tardío.

Se trata de árbitros que pueden ser nombrados por las partes para atender conflictos de interpretación, de aplicación o de incumplimiento a que dé lugar un contrato colectivo, de acuerdo con la facultad que les otorga el artículo 345 inciso final del Código del Trabajo.

⁶⁴ Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXV, Parte 2^a, Sección 1^a, 1995.

Este tipo de arbitraje se da cuando las partes así lo pacten, y el árbitro, en este caso, se rige por las reglas generales que para los árbitros establecen los artículos 637 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Este árbitro aprecia la prueba en conciencia y está obligado a fallar conforme a derecho. Aquí puede advertirse una diferencia con el juez laboral, ya que este último aprecia la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica.

La sentencia es apelable según las reglas de la apelación laboral, artículos 465 y siguientes del Código del Trabajo.

Cuando las partes no pactan este tipo de arbitraje, el conflicto deberá ser resuelto por los tribunales laborales ordinarios.

Los otros, sostiene la Corte Suprema, son los miembros de los tribunales arbitrales y del Cuerpo Arbitral, encargados de actuar en caso de arbitraje obligatorio. Estos árbitros, como están obligados a fallar en favor de la proposición de alguna de las partes, sin que puedan entrar a decidir por una alternativa distinta, ni contener en sus fallos proposiciones de ambas partes, en esencia no tienen el carácter de árbitros (atendidas las normas del Código Orgánico de Tribunales), por lo que con el objeto de evitar equívocos respecto de los mencionados en el caso anterior, propone llamarlos árbitros laborales.

El tribunal arbitral es un tribunal de carácter unipersonal de primera instancia, y el árbitro debe ser designado de entre la nómina de árbitros laborales confeccionada en conformidad a las disposiciones del Título X del Libro II del Código del Trabajo.

El fallo de primera instancia será apelable ante la Corte Arbitral.

4.2. Los Árbitros de los arbitrajes obligatorios.

4.2.1. Nombramiento.

Los árbitros son nombrados por el Presidente de la República en base a una terna, confeccionada para cada cargo vacante, la que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los votos del Cuerpo Arbitral.

Los árbitros, para ser parte de la nómina nacional de árbitros o Cuerpo Arbitral, necesitan estar en posesión de un título profesional de la educación superior y contar con 3 experiencia calificada en área de la actividad económica y laboral.

Deben, además, cumplir con un requisito negativo, el cual es no estar afecto a alguna de las causales de inhabilidad que señala el artículo 401 del Código del Trabajo: Ellas son:

- a) Ser funcionario de la Administración del Estado, con excepción de los docentes académicos;
- b) Ser dirigente sindical o gremial;
- c) Los que al tiempo de la designación sean dirigentes, apoderados o asesores en cualquier negociación colectiva;
- d) Los condenados o procesados por crimen o simple delito.

Los interesados deben acompañar una declaración jurada notarial en la que exprese no estar afecto a alguna de estas inhabilidades.

Los postulantes deberán acreditar el cumplimiento de estos requisitos en un concurso de antecedentes, dentro del plazo de treinta días contados desde que se llame a concurso.

Vencido este plazo, el Consejo Directivo califica el mérito de los antecedentes y cita al Cuerpo Arbitral para que se pronuncie sobre la integración de las ternas.

Una vez aprobada la terna pertinente, es remitida al Presidente de la República para la designación del integrante que corresponda.

4.1.2. Permanencia y cesación en el cargo.

Los árbitros laborales permanecen en sus cargos mientras mantengan su buen comportamiento.

De acuerdo al artículo 411 del Código del Trabajo, los árbitros cesan en sus cargos en los siguientes casos:

a) Por inhabilidad sobreviniente (personas que no pueden integrar la nómina nacional de árbitros). La inhabilidad sobreviniente es declarada por el Consejo Directivo de oficio o a petición de parte.

b) Por renuncia presentada ante el Consejo Directivo.

c) Por remoción acordada por el Consejo Directivo con el voto conforme de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, cuando el afectado hubiere incurrido en notable abandono de sus deberes. No se exige votación secreta, ni sesión especial. Se entiende que existe notable abandono, cuando el árbitro laboral no acepte integrar el respectivo tribunal por más de una vez en el año calendario, sin causa justificada en la ley; si no constituye el respectivo tribunal o abandonare culpablemente un procedimiento ya iniciado o no diera curso progresivo a los autos o trámites en los plazos que la ley o el compromiso señalen.

d) Por remoción acordada por el Consejo Directivo en caso de incapacidad física permanente del árbitro o por declaración de haber incurrido en mal comportamiento, acuerdo, que debe ser adoptado por los dos tercios de los miembros.

4.1.3. Forma de designación del árbitro laboral de los arbitrajes obligatorios.

Para designar al árbitro laboral, las partes de común acuerdo pueden concurrir en cualquier momento a la Inspección del Trabajo para solicitar que se proceda a la designación de un árbitro.

Las partes pueden elegir de común acuerdo a uno de los árbitros indicados en la Nómina Nacional de Árbitros. En caso de desacuerdo las partes deben proceder a enumerar en un orden de preferencia los distintos árbitros laborales incluidos en la nómina. Si se produce esta situación, será la Inspección del Trabajo la que deba designar como árbitro a aquella persona que más se aproxime a las preferencias de ambas partes. En caso de que se produzca igualdad de preferencias, el árbitro laboral será elegido por sorteo de entre aquellos que obtuvieron la igualdad.

Se aplicará también el procedimiento de sorteo cuando al comparendo de nombramiento de árbitro las partes o una de ellas no asista.

El artículo 359 del Código del Trabajo no señala quienes entran en el sorteo, por lo que debería considerarse a todos los nombres de la nómina.

El profesor Macchiavello afirma que, todo lo relativo a la designación del tribunal arbitral escapa al formulismo jurídico que generalmente sostiene el derecho, de tal manera que la inobservancia u omisión de las solemnidades no autorizaría para pedir la nulidad de las actuaciones del tribunal.

En esta materia existe una doble regulación legal, lo que podría acarrear dificultades de aplicación.

Uno de los preceptos que trata el tema es el artículo 357 del Código del Trabajo, disposición que regula la época y forma en se va a desarrollar el comparendo de nombramiento del árbitro, el que deberá ser elegido de entre la Nómina Nacional de Árbitros.

El otro precepto es el artículo 359 del Código del Trabajo, el que regula específicamente la forma en que se debe nominar al árbitro laboral.

La Ley N° 19.069, a instancia de la Corte Suprema, agregó al actual artículo 357 del Código del Trabajo la frase final del inciso 2°, la que señala que en caso de que ninguna de las partes asista al comparendo de nombramiento del árbitro, tal

designación la hará el Inspector del Trabajo. En cambio, el artículo 359 inciso final, del mismo cuerpo legal, señala que "si a la audiencia no asistieran las partes o una de ellas, el árbitro laboral será designado por sorteo".

Se trata de situaciones similares. El artículo 357 se refiere al caso de que ninguna de las partes asista a la audiencia. El artículo 369 por su parte, trata el caso de una o ambas partes no asistan al comparendo.

Por lo tanto, si no asiste una de las partes al comparendo, esta situación se rige por el artículo 359.

El problema se presenta en el caso de que ninguna de las partes asista a la audiencia, pues en tal caso esta situación se encuentra regulada por los dos preceptos en cuestión, con dos soluciones distintas. La solución que da el artículo 357 es que el árbitro será designado por el Inspector del Trabajo, En cambio el artículo 359 dice que será designado por sorteo.

El Código del Trabajo antes de la Ley N° 19.069 señalaba que en caso de no concurrencia de todas las partes, el árbitro era designado por sorteo.

Fue la Ley N° 19.069 la que introdujo la modalidad de la designación por el Inspector del Trabajo, por lo que nos inclinamos a pensar que la intención de la ley es, en definitiva, que en caso de ausencia de las partes el árbitro sea designado por el Inspector del Trabajo. En todo caso el problema subsiste.

4.2. Forma de designación de los árbitros en los arbitrajes voluntarios.

En materia colectiva prima el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos colectivos, por lo que ellos pueden sustraer del conocimiento de los tribunales laborales ordinarios el conocimiento de un asunto y someterlo al conocimiento de otro tribunal, que no integra la organización de los tribunales ordinarios.

Esta sustracción del conocimiento de los tribunales ordinarios laborales, supone un acuerdo entre las partes, acuerdo que recibe el nombre de contrato de compromiso.

En materia laboral colectiva, se distingue el arbitraje obligatorio, casos en los cuales está prohibida la huelga y el lock-out; del arbitraje voluntario, en el cual las partes tienen derecho a hacer uso de la huelga y del lock-out, pero que renuncian a estos medios de autotutela, y someten el asunto a arbitraje, por que consideran que este arbitraje, de manera imparcial determinará, las bases de entendimiento.

El arbitraje voluntario significa la renuncia de los medios de autotutela de huelga y lock-out y ante la imposibilidad de acordar un contrato colectivo, someten el asunto arbitraje.

Para el profesor Macchiavello, el arbitraje voluntario o compromiso, puede ser concebido, en la actual normativa, como "la renuncia de los sujetos colectivos a usar o continuar usando los medios legales de autotutela de la huelga y del lock-out y ante la imposibilidad de convenir directamente un contrato colectivo, requieren a un tribunal arbitral que resuelva sus controversias, comprometiéndose aceptar y cumplir sus decisiones"⁶⁵.

El compromiso deberá contener los siguientes acuerdos:

a) Renuncia a hacer uso de la huelga o lock-out. Si éstas ya estuvieran iniciadas, las partes se comprometen a su inmediato término;

b) El nombre del árbitro o el procedimiento para designarlo, art. 356 inc. 1°;

c) El procedimiento o las facultades que se concedan al árbitro para que él mismo fije el procedimiento en subsidio de la voluntad de las partes, art. 356 inc. 2°;

d) Los recursos que procederán en contra de las resoluciones o la renuncia de ellos;

e) La obligatoriedad del fallo arbitral, una vez que el se encuentre ejecutoriado.

⁶⁵ GUIDO MACCHIAVELLO, obra citada, pág. 485.

La única formalidad que la ley exige al compromiso es que debe constar por escrito y, además tiene que enviarse copia del compromiso a la Inspección del Trabajo, dentro de cinco días contados desde su suscripción, artículo 356 inciso 2º del Código del Trabajo.

Las exigencias de escrituración, de designación del árbitro o del procedimiento para elegirlo, son requisitos de validez del compromiso, por lo que sus omisiones podrían acarrear consecuencias jurídicas, a pesar de que la ley no ha contemplado expresamente esta situación.

En cambio, constituye infracción el hecho de no enviar copia del compromiso a la Inspección del Trabajo, dentro del plazo que indica la ley, debiendo pagarse una multa y subsanar la omisión entregando copia después del plazo de cinco días.

5.- EL CUERPO ARBITRAL.

El artículo 397 y siguientes del Código del Trabajo crea el Cuerpo Arbitral. El artículo 397 señala que existirá una nómina nacional de árbitros o Cuerpo Arbitral.

El profesor Macchiavello conceptúa al Cuerpo Arbitral como una organización conformada por todos los árbitros obligatorios designados por el Presidente de la República para que "vele por el progreso, el prestigio y las prerrogativas del arbitraje obligatorio y por su correcto ejercicio" (art. 406 del Código del Trabajo).

5.1. Composición.

El Cuerpo Arbitral está integrado por 25 árbitros nombrados por el Presidente de la República, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 398 del Código del Trabajo. Este número sólo puede ampliarse por el Presidente de la República, pero en caso alguno puede disminuirse. Todos ellos integran la nómina nacional de árbitros.

5.2. Funciones.

El Cuerpo Arbitral cumple las siguientes funciones públicas:

a) Intervenir en la generación de árbitros: para estos efectos el Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral procederá a llamar a concurso de antecedentes para proveer los respectivos cargos dentro del plazo de 10 días contados desde que se haya producido una vacante en la nómina nacional de árbitros laborales o desde que el Presidente de la República haya dispuesto el aumento de sus integrantes. Vencido este último plazo, el Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral, calificará el mérito de dichos antecedentes y citará al Cuerpo Arbitral para que se pronuncie sobre la integración de las ternas (art. 409 del Código del Trabajo).

Le corresponde proponer al Presidente de la República las ternas para la designación de los integrantes de la nómina nacional de árbitros laborales (art. 403 Código del Trabajo).

b) Designación y remoción de los integrantes del Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral: los miembros del Consejo Directivo son elegidos en votación secreta y unipersonal (art. 404 del Código del Trabajo).

Sin designados consejeros titulares quienes obtengan las cinco más altas mayorías relativas; y suplentes, los que obtengan las tres restantes.

Para ser elegido consejero se exige ser árbitro y estar incluido en la nómina nacional de árbitros.

c) Remoción de consejeros: para acordar la remoción de un consejero deberá ser acordada por los dos tercios del Cuerpo Arbitral, en votación secreta y unipersonal llevada a cabo en sesión especial citada al efecto por el presidente del consejo directivo o por el veinticinco por ciento, a lo menos, de los miembros del Cuerpo Arbitral. En contra del acuerdo del Cuerpo Arbitral no cabe recurso alguno (art. 405 del Código del Trabajo).

d) Por último el Cuerpo Arbitral cumple con funciones que el profesor Macchiavello califica de funciones de superintendencia, las que justificarían su existencia como sujeto de derecho público, y que se tratarían de funciones de superintendencia del sistema de arbitraje obligatorio. Ellas se traducen en la proposición de ternas para la designación de árbitros, control sobre las funciones del Consejo Directivo, remoción de los miembros del Cuerpo Arbitral.

Esta función de superintendencia ha sido radicada en el Consejo Directivo, por el artículo 406 del Código del Trabajo.

5.3. El Consejo Directivo.

Es un organismo directivo colegiado, encargado de la dirección y representación del Cuerpo Arbitral, así como también, de la ejecución de las

funciones necesarias para el arbitraje obligatorio, a fin de que tengan un correcto y eficiente ejercicio.

Está compuesto de cinco miembros titulares y tres suplentes, renovables cada tres años y presidido por el miembro que internamente se designe. La designación del Consejo Directivo y de su presidente debe ser publicada en el Diario Oficial.

Sus funciones están contempladas en el artículo 406 del Código del Trabajo, y son principalmente:

a) Presentar al Cuerpo Arbitral ante las autoridades del Estado: para cualquier otro tipo de representación, que no sea ante el Estado, se requiere la firma de todos los integrantes del Cuerpo Arbitral, ya sea para deducir una acción judicial o para cualquier acción extrajudicial.

b) Participar en la designación de los árbitros: Pronunciándose acerca de los requisitos de idoneidad de los postulantes a integrar la nómina nacional; llamando a concursos y calificando el mérito de los antecedentes de los postulantes; también, se pronuncia acerca de la terminación de servicio de los árbitros por causales sobrevinientes, por renuncia o remoción.

c) Designación de un secretario ejecutivo: Éste debe poseer el título de abogado, y tiene el carácter de ministro de fe de las actuaciones del Cuerpo Arbitral

y de su Consejo Directivo, además tiene la responsabilidad de la materialización de sus acuerdos (art. 406 letra f del Código del Trabajo).

De acuerdo al artículo 411 inciso final del Código del Trabajo, el secretario ejecutivo podrá practicar las notificaciones sobre inhabilidad o remoción de los árbitros laborales.

También, debe llevar un libro de actas, cursar las citaciones de reuniones del Cuerpo Arbitral o de su Consejo Directivo, elabora el concurso de antecedentes, recibe las postulaciones, prepara los informes correspondientes, hace publicaciones, notificaciones y ejecuta los actos necesarios para el debido funcionamiento del arbitraje, y controla el cumplimiento de los plazos.

El secretario ejecutivo puede ser removido sin expresión de causa, bastando para ello el quórum de tres votos.

d) Facultades normativas: El artículo 406 letra a) del Código del Trabajo, señala que el Consejo Directivo puede dictar las normas internas que estime procedentes para velar por el progreso, prestigio y prerrogativas de la actividad del arbitraje obligatorio en la negociación colectiva y por su regular y correspondiente ejercicio.

La letra g) del mismo artículo 406, también entrega funciones normativas, pero esta vez referidas a su funcionamiento, es decir, reglas relativas a las sesiones ordinarias y extraordinarias, las actas, su aprobación, la ejecución de acuerdos, etc.

e) Funciones de fiscalización y de superintendencia: Según la letra a) del artículo 406, el Consejo Directivo debe velar por el progreso, prestigio y prerrogativas del arbitraje obligatorio en la negociación colectiva y por su regular y correspondiente ejercicio.

Se trata de dos funciones: una, fiscalizar el cumplimiento debido de la actividad del arbitraje obligatorio; y la otra, velar por el progreso, prerrogativas y prestigios del arbitraje obligatorio.

5.3.1. Funcionamiento del Consejo Directivo.

El Consejo Directivo funciona en sesiones ordinarias o extraordinarias, con un quórum de asistencia y de acuerdos de tres miembros. Las sesiones son dirigidas por su presidente. En su ausencia, deberá procederse a nombrar a un presidente interino.

El Consejo Directivo funciona en la capital de la República. El Ministerio del Trabajo debe habilitar las dependencias que fueran necesarias para dicho funcionamiento.

6.- IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES DE LOS ÁRBITROS LABORALES.

Las implicancias y recusaciones pueden agruparse bajo la denominación genérica de inhabilidades, con lo cual se quiere señalar que las causales de inhabilidad miran subjetivamente a la persona del juez. Tratan de hacer efectivas las condiciones personales del órgano jurisdiccional y su capacidad.

El profesor Chiovenda expresa "estas condiciones personales pueden resumirse así: es necesario que el órgano jurisdiccional no carezca de la independencia, el rigor y la imparcialidad indispensables en sus funciones, en virtud de una relación determinada en que se encuentre: a) con otros órganos concurrentes en la misma causa; b) con las partes en la causa; c) con el objeto de la causa"⁶⁶.

⁶⁶ GIUSEPPE CHIOVENDA, "Instituciones de Derecho Procesal del Trabajo", Montevideo, E.J.E.A., 1954, pág. 132.

El profesor Hugo Pereira Anabalón señala que, las implicancias y recusaciones son incapacidades personales de los jueces, previstas por la ley, que autorizan a los litigantes para sustraerlos de una relación procesal determinada, en razón de su falta presunta de imparcialidad⁶⁷.

Las implicancias y las recusaciones tienen causales distintas, a pesar de que tienen el fundamento común de falta de imparcialidad en el juez.

6.1. Forma como se declararán las causales de implicancia y recusación.

Las implicancias y recusaciones son declaradas de oficio o a petición de parte por el árbitro laboral designado. Para estos efectos debe entenderse que son parte solamente el empleador, su representante legal, sus apoderados en el procedimiento de negociación colectiva, los directores de los sindicatos interesados en la negociación colectiva, y los integrantes de la respectiva comisión negociadora de los trabajadores.

6.2. Oportunidad para pedir las y ser declaradas.

⁶⁷ HUGO PEREIRA ANABALÓN, "Curso de Derecho Procesal", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1993, pág. 224.

Las impugnancias pueden pedirse en cualquier momento. Por la misma razón la declaración puede ser formulada en cualquier momento.

Las recusaciones pueden ser formuladas por la parte interesada dentro del plazo de 5 días hábiles de haberse constituido el tribunal. Dentro de este mismo plazo deberán ser declaradas por el tribunal, Si la causal de recusación sobreviene después de la constitución del tribunal arbitral, el plazo de 5 días se contará desde que se haya tomado conocimiento de ella. La ley dice "dentro del plazo de...", por lo que de acuerdo al artículo 49 del Código Civil se trata de un plazo fatal.

6.3. Recurso que procede en contra de la resolución del tribunal.

Si el tribunal arbitral no diere lugar a la declaración de impugnancia y recusación, la parte afectada podrá apelar, dentro del plazo de 5 días hábiles, ante el Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral, el que resolverá de acuerdo al procedimiento que se determine por el propio Consejo Directivo, de acuerdo con las facultades normativas que le concede el artículo 406 letra g) del Código del Trabajo. En uso de la facultad que le concede dicho artículo, el Consejo podrá

encomendar la resolución del asunto a dos o más de sus miembros y la decisión de éstos será la del Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral.

En cuanto a los efectos de la interposición de este recurso, cabe indicar que no suspende el procedimiento de arbitraje, pero no puede procederse a la dictación del fallo arbitral sin que previamente se haya resuelto la implicancia o recusación.

La resolución que se pronuncia sobre estas últimas debe ser notificada por el secretario ejecutivo del Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral, o por el Inspector del Trabajo que éste designe, por cédula de acuerdo al artículo 48 del Código del Trabajo.

7.- EL ESTADO COMO ÁRBITRO.

El Estado interviene en las negociaciones colectivas de distintas formas; por ejemplo, dictando normas que permitan algunas formas de acción y prohibiendo otras, señalando cuáles son las materias susceptibles de negociación y cuáles son de negociación prohibida.

Los conflictos colectivos pueden resolverse de varias formas; por decisión judicial, en que los tribunales de justicia resuelven de un modo definitivo un problema; por conciliación, en la cual un tercero trata de facilitar la búsqueda de

una solución; por mediación, en la cual el tercero tiene una función más dinámica e incluso puede proponer bases de arreglo; por el arbitraje, en el que el tercero está facultado para tomar una decisión que será obligatoria para las partes; por decisión administrativa, o sea la solución del conflicto por las autoridades públicas de conformidad a los criterios que el Estado haya establecido para el efecto.

La tendencia mundial nos indica que cada día son menos los países que en que se deja a ambas partes en completa libertad para conducir como mejor les parezca las negociaciones colectivas y otros aspectos de las relaciones de trabajo, pues en un número cada vez más creciente de países se establecen líneas directrices más o menos estrictas. Hace mucho tiempo todavía se podía hablar de la existencia en muchos países de "libre negociación colectiva", pero ya en la primera mitad del decenio de 1980, el uso de dicha expresión se justifica cada vez menos, a pesar de lo previsto en el artículo 8º del Convenio N° 154 de la O.I.T., que dice lo siguiente: "Las medidas previstas con el objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva".

Sin embargo, cualquiera que sean las políticas oficiales en estas materias, el movimiento sindical debe tratar de que se le consulte en la etapa de elaboración de

estas políticas y se tengan en cuenta los puntos de vista que exprese, pudiendo reclamar de esta forma un trato equitativo y justo.

8.- EL TRIBUNAL ARBITRAL.

8.1. Constitución del Tribunal Arbitral.

La forma cómo deba estar constituido el tribunal arbitral va a depender del número de trabajadores a quienes afecte el conflicto.

Si el conflicto afecta a menos de tres mil trabajadores, el tribunal arbitral estará compuesto por un árbitro laboral.

Si el conflicto afecta a tres mil trabajadores o más, el tribunal arbitral, de acuerdo al artículo 366 del Código del Trabajo, estará compuesto por tres árbitros laborales. Dos de ellos serán elegidos de la nómina nacional de árbitros, y el tercero será designado discrecionalmente por el Ministerio de Hacienda. Sus fallos serán apelables para ante un tribunal de cinco miembros, tres de los cuales serán elegidos de entre la nómina nacional de árbitros laborales, uno será designado por el Ministerio de Hacienda y otro por la Corte Suprema, en ambos casos discrecionalmente.

La ley habla de elegidos "discrecionalmente". Nada explicó el legislador de lo que quería decir con discrecionalmente. Los antecedentes legislativos de este artículo demuestran que la Corte Suprema hizo presente que entendía que la facultad discrecional que se le concedía a ella y al Ministerio de Hacienda para efectuar las designaciones de árbitros, importaba que no debían atenerse a la nómina nacional de árbitros. Este artículo se aprobó unánimemente en el Senado, con modificaciones, dejándose constancia que la Comisión compartía el criterio expuesto de la Excelentísima Corte Suprema.

El tribunal arbitral debe constituirse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de su designación. Esta notificación es practicada por el Secretario del Cuerpo Arbitral. No se dice que tipo de notificación, pero debería ser al menos por cédula.

Para los efectos de la notificación el Inspector del Trabajo, dentro de los tres días siguientes a la designación, debe poner en conocimiento del Secretario del Cuerpo Arbitral el nombre del o de los árbitros que hayan resultado designados, y deberá remitirse el expediente de la negociación.

Este expediente es el que contiene la negociación colectiva de la empresa sometida a arbitraje obligatorio.

En el caso de tribunal colegiado de primera instancia, el Ministerio de Hacienda deberá comunicar su decisión al inspector del trabajo que corresponda, a fin de que éste pueda practicar la notificación de la designación.

Si el tribunal no se constituye dentro del plazo de cinco días deberá procederse a designar uno nuevo, siguiéndose el mismo procedimiento.

La constitución del arbitraje importa su aceptación, pudiendo las partes, después de ser notificadas personalmente o por cédula, hacer uso del derecho de recusar, el cual debe hacerse efectivo dentro de los cinco días siguientes a la constitución del tribunal arbitral. Para las impugnaciones no existe plazo.

8.2. Permanencia o transitoriedad del Tribunal Arbitral.

Existen legislaciones que entregan el conocimiento del conflicto en arbitraje a tribunales permanentes. Esto sucede especialmente en aquellos países que consagran el arbitraje obligatorio, pues es esencial para el buen desarrollo de este sistema, que los tribunales procedan y fallen siguiendo un criterio determinado y definido. La Oficina Internacional del Trabajo se inclina por este sistema afirmando que en la práctica da mejores resultados.

Australia sigue este sistema confiando el arbitraje a un tribunal permanente compuesto por siete jueces inamovibles que se renuevan parcialmente cada año.

En Chile, como hemos visto, el tribunal arbitral debe constituirse para cada caso en particular.

8.3. Competencia del Tribunal Arbitral.

Como todo tribunal, el tribunal arbitral laboral está dotado de ciertas facultades que le concede la ley, para que pueda conocer de los asuntos que las partes someten a su conocimiento, esto es lo que constituye su competencia.

A este respecto puede hacerse una distinción y hablaremos de competencia en cuanto a la materia y competencia en cuanto a las personas.

1.- La determinación de la competencia de los tribunales arbitrales, en cuanto a la materia, está condicionada por dos factores: por la calidad del conflicto y por los puntos que las partes le encomiendan solucionar.

Para que un tribunal arbitral entre a conocer de un asunto, es esencial que se trate de un conflicto colectivo, pero además debe tratarse de un conflicto de intereses. Sólo de él podrá el tribunal arbitral conocer y resolver los puntos que las partes sometan a su conocimiento en el acta de constitución del arbitraje.

Otras legislaciones exigen que el conflicto haya producido interrupción del trabajo, como es el caso de Francia; otras sólo que el conflicto amenace paro, como por ejemplo Holanda y Chile.

Algunas legislaciones incluyen dentro de la esfera de atribuciones de los tribunales arbitrales algunos tipos de conflictos de derecho, como interpretación y cumplimiento de los contratos colectivos, avenimientos, sentencias colectivas, etc.

Estas situaciones en nuestro país quedan regidas por el artículo 345 inciso final del Código del Trabajo, el que faculta a las partes para que nombren a un árbitro para la resolución de este tipo de conflictos, pero que de no ser así, quedan sometidos al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia.

Entre nosotros, desde el momento que surge entre empleadores y trabajadores cualquier cuestión que amenace huelga o lock-out, se pueden aplicar las normas del Libro IV, capítulo II, título V del Código del Trabajo.

Pareciera por esta razón que nuestra legislación no concede ninguna importancia a la distinción, tan trascendental, entre conflictos de derecho y conflicto de intereses. Bastaría con la existencia de una dificultad cualquiera, que pudiese llevar a la huelga o lock-out, para que el conflicto que de ello surgiera fuera a quedar regulado por las normas del arbitraje, sin entrar a distinguir si se trata de un conflicto de intereses o de derecho.

Esto en ningún caso es así, ya que nuestra Corte Suprema ha señalado, como ya lo mencionamos, que los árbitros que, de acuerdo al artículo 345 del Código del Trabajo, pueden nombrar las partes para la solución de conflictos de derecho, son verdaderos árbitros, en el sentido del Código Orgánico de Tribunales; están obligados a fallar conforme al mérito del proceso, y que en caso de no ser conocidos por este tipo de árbitros, estos asuntos deben ser vistos por los tribunales ordinarios, cuyas resoluciones pueden ser revisadas por alguien que goce de autoridad para ello, no pudiendo quedar, en forma conveniente, sometida a la voluntad de un organismo ad-hoc, cuyas resoluciones son, por naturaleza, de equidad.

2.- La competencia en cuanto a las personas, dice relación con aquellas que están facultadas para accionar ante el tribunal arbitral. La solución que se adopte en definitiva sobre este particular influye notablemente en cuanto a la eficacia del sistema que se adopte para solucionar los conflictos colectivos.

A este respecto las legislaciones han adoptado distintos sistemas, entre los cuales pueden señalarse como típicos los siguientes:

a) Las legislaciones que buscan especialmente el mantenimiento de la paz laboral, y que tratan de evitar una rotura en la continuidad de la producción. Éstas aceptan como partes en los procedimientos de arbitraje no sólo a los sindicatos y

organizaciones de trabajadores, sino que también a grupos libres, exigiéndoles tan sólo una cierta unión aunque sea efímera. En cuanto a los empleadores estas legislaciones no les ponen ningún tipo de limitación.

b) Las legislaciones que buscan a través de la concertación en los convenios colectivos, el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo. Éstas señalan mayores restricciones en cuanto a la capacidad para ser parte, por lo menos en cuanto a la trabajadora. Mientras más generales quiere la legislación que sean las condiciones de trabajo que se establezcan, más limita la capacidad para ser parte.

Se puede llegar a concluir que mientras más se acerque una legislación al principio del arbitraje, alejándose más del de conciliación, mayor rigor en cuanto a la capacidad para ser parte ante los organismos por ella creados.

La tendencia moderna en esta materia es dar personería en los conflictos colectivos del trabajo, exclusivamente, a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, aceptándose si la plena capacidad del empleador individualmente considerado.

Por excepción se exige un número mínimo de trabajadores y empleadores afectados, en lugar de la organización misma. Este criterio a pesar de ser práctico, es arbitrario, ya que el número de afectados no tiene importancia para la calificación de un conflicto como colectivo o individual, y además no es

conveniente fijar un número determinado, sin atender a la naturaleza y a las circunstancias de cada caso concreto.

En Chile pueden ser partes en un conflicto colectivo, de acuerdo al artículo 303 del Código del Trabajo, uno o más empleadores, una o más organizaciones sindicales, o un grupo de trabajadores que se unan para negociar colectivamente, pudiendo, por lo tanto, intervenir en el arbitraje.

8.4. Requisitos que deben reunirse para que el Tribunal Arbitral entre a conocer de un conflicto.

Además de los factores que determinan la competencia, deben reunirse otros requisitos para que el tribunal arbitral entre a conocer directamente del asunto.

Antiguamente, cuando existían las Juntas de Conciliación, se exigía que estuviera agotado el procedimiento de conciliación y que este hubiera fracasado total o parcialmente. Es así como el antiguo artículo 614 del Código del Trabajo disponía "una vez agotados los medios sugeridos para la conciliación, si las partes no recurren al arbitraje, la Junta...etc." y el artículo 617 disponía que "una vez fracasada definitivamente, en todo o parte, la conciliación, las partes pueden, de común acuerdo, someter la decisión del conflicto al arbitraje".

El agotamiento de los procedimientos conciliatorios era un requisito de fondo para determinar la procedencia del arbitraje, no pudiendo las partes, ni aún de común acuerdo, omitir el trámite de la conciliación para someter su diferencia a arbitraje.

Actualmente, es necesario que el arbitraje haya sido aceptado por ambas partes de común acuerdo, salvo el caso de arbitraje obligatorio, y que ellas hayan fijado, también de consuno los puntos sobre los cuales haya de pronunciarse el tribunal arbitral. De acuerdo al artículo 355 del Código del Trabajo, la iniciativa en la proposición del arbitraje corresponde a cualquiera de las partes, en cualquier estado del procedimiento, sea durante la negociación misma o incluso durante la huelga o lock-out. El artículo 378 del Código del Trabajo, señala que una vez declarada la huelga, o durante su transcurso, la comisión negociadora, podrá convocar a una votación a fin de pronunciarse sobre la posibilidad de someter el asunto a mediación o arbitraje.

Otro requisito para que el tribunal arbitral entre a conocer de un conflicto, es que necesariamente se haya reanudado el trabajo, en caso de haber estado suspendidas las faenas por causa de huelga o lock-out, según se desprende del artículo 378 del Código del Trabajo, señala que una vez declarada la huelga, o

durante su transcurso, la comisión negociadora, podrá convocar a una votación a fin de pronunciarse sobre la posibilidad de someter el asunto a mediación o arbitraje.

Otro requisito para que el tribunal arbitral entre a conocer de un conflicto, es que, necesariamente se haya reanudado el trabajo, en caso de haber estado suspendidas las faenas por causa de huelga o lock-out, según se desprende del artículo 378 del Código del Trabajo, el que dispone en su inciso 1° que "una vez declarada la huelga o durante su transcurso, la comisión negociadora, podrá convocar a otra votación a fin de pronunciarse sobre la posibilidad de someter el asunto a mediación o arbitraje...", en relación con el inciso 5° del mismo artículo, el cual dispone que "constituido el compromiso, cesará la huelga y los trabajadores deberán reintegrarse a sus labores en las mismas condiciones vigentes al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo".

Por último es necesario que los árbitros designados hayan sido notificados de su nombramiento y que hayan aceptado el cargo.

CAPÍTULO SEXTO
"EL ARBITRAJE Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA"

1.- EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Las diversas legislaciones tienen pocos puntos en común en lo que se refiere al procedimiento que debe seguirse ante los tribunales arbitrales.

En algunos países el procedimiento es formalista, en otros es prácticamente exento de formalismos. En algunos se admite la representación por abogados, en otros es obligatoria, en otros se prohíbe. En algunos países, el tribunal arbitral puede asumir sus funciones de oficio, en otros sólo a instancia de parte, etc. Las diferencias son variadas y múltiples.

En Alemania, por ejemplo, se establece un procedimiento legal, que se aplica sólo cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en un procedimiento ad-hoc, que se fija de común acuerdo, en forma contractual en el convenio colectivo o en el acto de constitución del compromiso. El organismo establecido por la ley debe intervenir de oficio cuando el conflicto amenace huelga y las partes no hayan nombrado árbitros. El tribunal decide si el debate será público o reservado, siendo sus deliberaciones secretas. Se prohíbe la intervención de abogados, para evitar gastos. La sentencia no tiene más fuerza que la que las partes quieran otorgarle. Pueden aceptarla, caso en el cual se considera un pacto colectivo de trabajo. El Ministerio Federal del Trabajo puede, asimismo,

declarar la sentencia arbitral obligatoria para todos los que han intervenido en el conflicto, o bien para toda la rama de la producción a la que atañe.

Australia, tiene un procedimiento completamente distinto al de Alemania. El arbitraje se sustancia ante jueces establecidos en forma permanente e inamovible, el procedimiento es lento y comienza con el llamado a conciliación que hace el tribunal, etapa que puede prolongarse por 30 días. Tampoco se admite la intervención de abogados. Las formalidades procedimentales son mínimas. Primero, las partes conversan en una sala anexa al tribunal; si no llegan a avenimiento, vuelven a comenzar, pero ahora en presencia del tribunal. Si aún así no llegan a avenimiento, el tribunal conoce y falla la controversia en audiencia públicas. El fallo es obligatorio, pero la huelga y el lock-out serán lícitos siempre que las peticiones de los trabajadores o empleadores, según el caso, no hayan sido rechazadas por el voto unánime de todos los miembros presentes del tribunal y siempre que se dé un aviso a la autoridad con una anticipación de 14 días, de la decisión de recurrir a la huelga o lock-out.

En nuestro país, el procedimiento lo deciden las partes de común acuerdo, y en caso de desacuerdo lo hace el tribunal, en conformidad a lo que dispone el artículo 361 inc. 3º del Código del Trabajo.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 358 del Código del Trabajo, los arbitrajes obligatorios se regirán por las disposiciones que el Código de

Procedimiento Civil establece para los árbitros arbitradores, en lo que no fuere incompatible con las normas que señala el Código del Trabajo.

Sometido un asunto a arbitraje pueden darse distintas situaciones:

1.- Que el tribunal arbitral se constituya dentro del plazo que señala la ley, es decir, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de su designación, la que es practicada por el Secretario del Cuerpo Arbitral. En este caso se sigue adelante con la tramitación que hayan acordado las partes o el tribunal en subsidio.

2.- Que el tribunal no se constituya dentro del plazo establecido. En este caso debe procederse a la designación de un nuevo tribunal, correspondiendo repetir entonces el procedimiento de designación y de constitución.

3.- Que constituido el arbitraje, el o los árbitros abandonen el procedimiento, caso en el cual puede reclamarse ante el Consejo Directivo del Cuerpo Arbitral, conforme al artículo 411 letra c) del Código del Trabajo, para que este Consejo acuerde la remoción del árbitro por abandonar culpablemente un procedimiento ya iniciado o no dar curso progresivo a los autos o trámites en los plazos que la ley o el compromiso señalen. Esta remoción llevaría a reiniciar todo el procedimiento arbitral.

Una vez constituido el tribunal arbitral se inicia el procedimiento.

El procedimiento arbitral, al igual que todo procedimiento, consta de las etapas de discusión, prueba y fallo.

1.1. Etapa de discusión.

La etapa de discusión está formada por el proyecto de contrato colectivo, la contestación y los demás documentos que puedan acompañar las partes. Al comenzar el arbitraje las partes seguramente deberán ratificar todo lo obrado.

La ley no contempla el trámite de la conciliación, pero como el procedimiento es determinado por las partes o por el tribunal en subsidio, nada impide que se realicen todas las gestiones tendientes a llegar a un acuerdo, acuerdo que pondría término al arbitraje y al conflicto mismo.

1.2. Etapa de prueba.

La etapa de prueba se conforma con los documentos que constan agregados al expediente, y en el especial por el proyecto de contrato colectivo y la contestación del empleador.

El tribunal arbitral tiene amplias facultades para 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.

Con estas facultades extraordinarias y amplias, el tribunal puede obtener un conocimiento cabal y pleno de la situación real en el conflicto.

1.3. Etapa de fallo.

La etapa de fallo tiene una duración de 30 días, contados desde la constitución del tribunal, y puede ampliarse por 10 días si existen motivos para ello, según lo dispone el artículo 361 inciso 4º del Código del Trabajo. Dentro de este plazo de 30 días debe quedar resuelto el conflicto, como asimismo deben haberse rendido las pruebas y dictado la sentencia.

2.- LA PRUEBA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES.

La determinación de los hechos en la tramitación de los conflictos colectivos no tiene la misma importancia ni el mismo objetivo que en los conflictos jurídicos, sean éstos de derecho laboral o de derecho común.

En los conflictos colectivos se trata de formar en el juzgador una opinión que se acerque lo más posible a la realidad, a fin de que le permita a éste formular la solución del conflicto o señalar una que sea posible imponerles a las partes razonablemente. Los hechos en este caso no sirven de base para la aplicación de normas preexistentes, sino que para la creación de nuevas normas que regirán las relaciones entre trabajadores y empleadores.

No existe limitación en cuanto a los medios de que pueden valerse las partes y el mismo tribunal para acreditar los hechos, así por ejemplo, pueden valerse de testimonios; de las declaraciones de los interesados; de inspecciones de lugares, de libros, etc.; y, en general, de cualquier medio que les parezca conducente.

El tribunal buscará los medios que le permitan llegar a una resolución justa y ajustada a la realidad.

Como el órgano juzgador debe no tan sólo buscar avenimientos, sino que también la conclusión de contratos colectivos, debe apreciar lo mejor que pueda los hechos y para ello está sujeto a ciertas reglas, como por ejemplo no puede dejar de apreciar las posibilidades de pago de la empresa, las condiciones

materiales en que se ha venido prestado el trabajo, las verdaderas necesidades de los trabajadores, etc., debiendo dejar constancia de estos hechos en el proceso.

A veces, las legislaciones obligan a los tribunales a realizar una tarea que es más propia de los órganos de conciliación, que es levantar una encuesta socio-económica de la empresa y de sus trabajadores y a publicar sus resultados. Esta tarea se encarga a los peritos que el tribunal designe.

En esta materia existe un sinnúmero de matices. Por ejemplo, existen legislaciones que ordenan fallar teniendo a la vista el índice estadístico de variaciones en el costo de la vida, examinar los libros de las empresas, los lugares de trabajo, etc. Hay otras, que dejan al arbitrio del tribunal la reunión de todos aquellos antecedentes que le parezcan necesarios para fallar correctamente.

Ni las legislaciones ni la doctrina se unifican sobre el particular. Sin embargo, se puede clasificar en cuatro grupos a las legislaciones según las normas generales que rigen esta cuestión:

1.- Si el arreglo del conflicto reposa en la buena voluntad de las partes y el tribunal sólo tiene por misión remover los obstáculos, derribando barreras más bien psicológicas, no haciendo pesar su autoridad, sino haciendo valer preferentemente su criterio y buen sentido, caso de Inglaterra, Canadá, Suecia, Finlandia, Dinamarca y Alemania, entre otras. Es decir, si predomina el

principio de conciliación, bastará al tribunal un conocimiento superficial de los hechos y se atenderá normalmente a las declaraciones de las partes, apreciando sólo la apariencia de veracidad de que estén revestidas.

2.- Si la legislación consagra la obligatoriedad del fallo, normalmente exige al juzgador que se forme previamente una idea lo más cabal posible de los hechos y de la realidad general de la empresa, invistiéndolo para ello de los poderes suficientes, al menos teóricamente. Es lo que sucede en Noruega y Suiza, respecto de las fábricas.

En este sistema se oye a las partes, se reciben testimonios, se nombran peritos, se inspeccionan libros y lugares. Asimismo se establece un sistema de comparecencia obligatoria bajo sanciones de apremios pecuniarios y aún personales.

A veces, se ha establecido la obligación de declarar ante los árbitros bajo juramento, amarrando con esto a los declarantes a las consecuencias penales del perjurio.

3.- Si la legislación ha establecido el sistema de la encuesta, el tribunal está revestido de las facultades necesarias para recopilar los antecedentes del caso en la forma que estime más conveniente. Reunidos tales antecedentes, los discutirá el árbitro con las partes en audiencia pública, salvo que se ordene

reserva, y luego consultará a la opinión pública mediante la publicación de su dictamen.

Los medios probatorios son los mismos que en el sistema antes señalado, la diferencia estriba fundamentalmente en que en este caso se establece la iniciativa del tribunal en la recopilación de antecedentes y se sanciona la obstrucción por parte de los interesados a la labor pública del tribunal. Además la prueba en este caso está sujeta a mayores solemnidades.

Este tercer sistema se aplica a los conflictos producidos con relación al trabajo en las empresas privadas que explotan servicios públicos. En nuestro país este sistema no puede aplicarse por no existir la encuesta.

4.- Como cuarto sistema, puede señalarse el seguido por las legislaciones de aquellos países que estableciendo el principio del arbitraje hacen obligatorio recurrir a él y respetar el fallo que se dicte. A este grupo pertenecen las legislaciones de Australia e Italia entre otras.

En nuestro país la situación está reglamentada en el artículo 362 del Código del Trabajo, el que señala que 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 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 la negociación en dicha repartición.

3.- PODER DE DECISIÓN DEL ÓRGANO JUZGADOR.

En los casos de arbitraje obligatorio de los artículos 384 y 385 del Código del Trabajo, el tribunal arbitral está obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes al momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad.

En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa diferente ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte. Así lo dispone el artículo 363 del Código del Trabajo.

Esta es la regla que ha dado el legislador para los casos de arbitraje obligatorio, y la señala como una regla expresa en el artículo 363, no pudiendo, por tanto, ser modificada o dejada sin efecto por las partes de común acuerdo.

El profesor Macchiavello estima que esta limitación al poder de decisión del tribunal arbitral debería reexaminarse⁶⁸. Muy acertadamente señala que hay veces en que la razón no la tiene íntegramente una parte y hay también otras en que la solución podría estar en una proposición alternativa o intermedia.

Sin embargo, la ley nada dijo acerca del poder de decisión del tribunal arbitral en los casos de arbitraje voluntario. Creemos que en este caso el tribunal arbitral goza de amplias facultades. Si las partes con su voluntad pueden establecer normas contractuales obligatorias que van a regir sus relaciones de trabajo, a través de un convenio colectivo, sin que por ello llegue a estimarse que ejercen facultades legislativas, con mayor razón el tribunal arbitral, puede llegar a establecer o modificar las normas preexistentes, como si formalizara un nuevo convenio colectivo con las mismas características que el que emana de las partes.

Cualquiera que sea el sistema que una legislación adopte, fijará una esfera de atribuciones a los organismos de arbitraje que instituya, y estos tribunales, aun cuando estén revestidos de amplísimas facultades, sólo podrán ejercerlas dentro de dicha esfera de atribuciones, bajo pena de nulidad del fallo que en el conflicto recaiga. Lo que varía en los distintos sistemas legislativos es la amplitud de las facultades que se conceden al árbitro.

⁶⁸ GUIDO MACCHIAVELLO, obra citada, pág. 488.

4.- LAS SENTENCIA ARBITRAL.

La sentencia arbitral es el acto por el cual el tribunal arbitral pone término al conocimiento del conflicto colectivo del trabajo, resolviendo, en forma definitiva y obligatoria, la cuestión que le fuere sometida.

A diferencia de lo que sucede en el proceso de derecho común, la sentencia recaída en el conflicto colectivo del trabajo y que fija las nuevas condiciones que regirán las relaciones entre trabajadores y empleadores, comprende aún a los que no habiendo litigado, se encuentren en las mismas condiciones.

De acuerdo al profesor Eduardo Couture, esta sentencia no sólo rige las relaciones ya existentes en el momento de dictarse la resolución (contenido declarativo), sino que actúa para el futuro como una verdadera ley (contenido constitutivo). A falta de sentencia, el acuerdo de sindicatos de intereses opuestos, forma ley para los afiliados, de la misma manera que la sentencia judicial⁶⁹.

⁶⁹ EDUARDO J. COUTURE, "Algunas nociones elementales de Derecho Procesal del Trabajo", Montevideo, E.J.E.A., 1974, pág. 121.

En cuanto a la naturaleza y efectos de la resolución, es necesario distinguir entre aquellas legislaciones entre las cuales predomina el principio de la conciliación y aquellas en las que predomina el principio del arbitraje.

Si predomina el principio de la conciliación, la sentencia será obligatoria sólo previa aceptación de las partes y tendrá efecto tan sólo respecto de dichas partes.

Si predomina en cambio el principio del arbitraje, la sentencia tiene mayor fuerza y a veces extiende sus efectos a personas, grupos o empresas que no han sido parte en el conflicto.

Al primer grupo pertenecen las legislaciones de Australia, Inglaterra, Canadá, Noruega, Suiza y los países bajos entre otros. Las decisiones de sus árbitros en los conflictos colectivos de intereses, no pueden ser consideradas como verdaderas resoluciones judiciales, ya que nada resuelven, sino que sólo proponen una decisión.

En cambio, en otros países alcanzan cierta sanción al ser consideradas en igualdad de condiciones que los contratos colectivos, pero conservan las características del principio de conciliación, pues requieren aceptación de las partes.

Dentro del mismo grupo, pero acercándose más al principio del arbitraje, se encuentra la ley alemana que dispone que el Ministerio Federal del Trabajo

podrá declarar obligatoria una sentencia arbitral, sea entre las partes, sea para todas las ramas industriales, en una región o en todo el país, cuando lo estime equitativo, conveniente para la sociedad y posible para las partes.

Las legislaciones del segundo grupo, en cambio, conciben la sentencia como una manifestación de derecho público y consagran su cumplimiento garantizándolo con medidas directas e indirectas.

En éstas, es frecuente encontrar ampliaciones a los efectos de la sentencia a personas que no han intervenido como partes en el conflicto.

4.1. Plazo que tiene el Tribunal Arbitral para dictar sentencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 361 del Código del Trabajo, el tribunal arbitral dispone de un plazo de 30 días hábiles siguientes a su constitución, plazo que puede prorrogarse por otros 10 días hábiles.

Este plazo establecido en la ley es bastante corto, por lo que suponemos que la intención del legislador fue dar la mayor celeridad posible al procedimiento arbitral. Sin embargo, estimamos que dicho plazo debería contarse desde la aceptación del cargo por el árbitro, y no desde la constitución del tribunal arbitral.

Nada señala la ley acerca de cuál sería la sanción en el caso de que el tribunal arbitral se demore en dictar sentencia, por lo que estimamos que en la práctica, las partes deberán conformarse con esperar a que el árbitro la dicte.

4.2. Requisitos de la sentencia arbitral.

El fallo debe ser fundado y debe contener iguales menciones que las especificadas para el contrato colectivo, además de la regulación de los honorarios del árbitro, así lo dispone el artículo 363 inciso 3° del Código del Trabajo.

El artículo 345 del mismo cuerpo legal, señala que el contrato colectivo y, por mandato del artículo 363, también la sentencia arbitral, deberá contener, a lo menos las siguientes menciones:

- 1.- La determinación precisa de las partes a quienes afecte.
- 2.- Las normas sobre remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo que se hayan acordado. En consecuencia, no podrán válidamente contener estipulaciones que hagan referencia a la existencia de otros beneficios o condiciones incluidos en contratos anteriores, sin entrar a especificarlos.
- 3.- El período de vigencia del contrato, y
- 4.- La regulación de los honorarios del árbitro.

4.3. Duración de la sentencia arbitral.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 347 del Código del Trabajo, los fallos arbitrales tienen que tener una duración no inferior a dos años, y su vigencia se cuenta a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior. Si no existiese contrato colectivo o fallo arbitral anterior, la vigencia se contará a partir del día siguiente al de su suscripción.

Con todo, si se hubiera hecho efectiva la huelga, el fallo arbitral que se dicte con posterioridad, sólo tendrá vigencia a contar de la fecha 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 cuadragésimoquinto (en el caso de que la presentación del proyecto de contrato colectivo sea hecho por sindicatos de empresas o grupos de trabajadores) o sexagésimo día (en el caso de que la presentación del proyecto sea hecha por otras organizaciones sindicales), contado desde la presentación del respectivo proyecto, según corresponda.

4.4. Notificación de la sentencia arbitral.

Nada dispone el Código del Trabajo en cuanto a la forma en que debe efectuarse la notificación de la sentencia arbitral, ni de ninguna de las resoluciones que se dicten durante la tramitación del arbitraje.

En la antigua legislación laboral se establecía que las resoluciones arbitrales debían ser notificadas por carta certificada dirigida por el Secretario, con excepción de la sentencia definitiva cuya notificación se hacía por cédula y por carta certificada, notificación que era practicada por un empleado del Tribunal o por Carabineros.

Actualmente, los artículos 356 inciso 2° y artículo 361 inciso 3° del Código del Trabajo, disponen que el procedimiento será fijado libremente por las partes o por el árbitro laboral en caso de desacuerdo de ellas, por lo que estimamos que, a falta de norma expresa, son las partes, o el árbitro laboral en subsidio, quienes deberán determinar la forma en que deba practicarse la notificación de la sentencia arbitral.

4.5. Obligatoriedad de la sentencia arbitral.

Una de las características fundamentales de la sentencia arbitral es su obligatoriedad. La situación normal, en derecho, es que la obligatoriedad resulte

de la naturaleza del compromiso, de tal forma que éste surge de la propia ley, y las partes deben someterse a ella, aún cuando de común acuerdo quisieran dejarla sin efecto. Si las partes dejaran de cumplir con el fallo, durante su vigencia, caerían en una situación de hecho, pudiendo la parte diligente y cumplidora exigir el cumplimiento del fallo e indemnización de perjuicio.

Una vez dictado el fallo arbitral, quedan fijados irrevocablemente, por el tiempo que corresponda, los derechos y obligaciones de las partes, sin que éstas estén facultadas para desconocerlo, modificarlo, o alterarlo en forma alguna.

Pero la obligatoriedad del laudo arbitral va más allá, pues al resolver un conflicto de intereses, constituye una fuente generadora de derechos y obligaciones, los cuales se incorporaran como parte integrante a de los contratos individuales y continuarán vigente hasta el término de dichos contratos; así, aun cuando el fallo deje de regir, las partes no pueden extinguir o modificar sus estipulaciones, sino mediante la modificación de común acuerdo de los contratos individuales de trabajo.

En cuanto a las sanciones que acarrea el incumplimiento del fallo arbitral, el artículo 367 inciso 1º del Código del Trabajo, señala que serán aplicables a los fallos arbitrales lo establecido en el artículo 349 del mismo Código, por lo que, de acuerdo a dicha disposición, el fallo arbitral, al igual que el contrato colectivo, tiene mérito ejecutivo y los Juzgados de Letras del Trabajo, conocerán

de estas ejecuciones de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 461 del Código del Trabajo. Por lo tanto, la parte que desee reclamar del incumplimiento del fallo arbitral deberá iniciar la ejecución correspondiente, teniendo como título ejecutivo el fallo arbitral o copia autentica de él autorizada por la Inspección del Trabajo.

Además, el inciso 2º del artículo 349 del Código del Trabajo establece que, no obstante lo dispuesto en el inciso 1º, el incumplimiento de las estipulaciones contenidas en fallos arbitrales, será sancionada con multa a beneficio fiscal de hasta 10 unidades tributarias mensuales. Todo ello, sin perjuicio de las facultades de fiscalización que sobre el cumplimiento de los fallos arbitrales, corresponde a la Dirección del Trabajo.

Cuando existían las Juntas permanentes de Conciliación y Arbitraje, la sanción dependía de quien fuera el infractor. Así, si la sentencia no era aceptada por el empleador, éste no podía contratar trabajadores en condiciones inferiores a las fijadas por el laudo durante la época de su vigencia. sin perjuicio de la aplicación de la correspondiente multa. Si la sentencia no era aceptada por los trabajadores, el empleador estaba facultado para separarlos inmediatamente de sus puestos, sin indemnización alguna, más la imposición de una multa que podía hacerse efectiva sobre el sindicato al cual pertenecían los infractores.

5.- LOS RECURSOS QUE PROCEDEN EN CONTRA DE LA SENTENCIA ARBITRAL.

La sentencia arbitral en los conflictos colectivos del trabajo es esencialmente obligatoria para las partes del conflicto.

En Chile, el Código del Trabajo de 1931 guardaba silencio en cuanto a la procedencia o improcedencia de recursos procesales en contra de la sentencia arbitral, y la jurisprudencia era uniforme en el sentido de que una vez notificada la sentencia arbitral, concluía el conflicto colectivo, y por lo tanto, no procedía en contra de ella recurso alguno. Notificada la sentencia arbitral ella quedaba, ipso facto, ejecutoriada, produciéndose, en consecuencia, el efecto de desasimio del tribunal, en virtud del cual, la sentencia no podía ser alterada o modificada por el tribunal que la había dictado.

La Inspección del Trabajo en dictámenes de los años 1944, 1946 sostuvo la improcedencia de recursos en contra de la sentencia arbitral, como asimismo la Corte Suprema en sentencia de 11 de marzo de 1955, conociendo de un Recurso de Queja, señaló que "en contra del fallo de un Tribunal Arbitral que ha conocido de un conflicto del trabajo, no procede recurso de queja para ante la Corte Suprema"⁷⁰.

⁷⁰ Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo

Pero esta inexistencia de recursos no significaba que las partes debían resignarse ante un fallo dictado en desmedro de sus legítimos derechos, dictado fuera de los límites de la competencia del tribunal, o fuera del plazo, o sin que se hubiera oído a los miembros de la Junta de Conciliación. En estos casos, las partes podían recurrir a los tribunales del trabajo solicitando la nulidad del fallo, o bien, excepcionándose del cumplimiento de dicho fallo a través de la excepción de nulidad. Si la nulidad era acogida en definitiva, el procedimiento debía reponerse al estado de designar nuevos árbitros, o de oír a los miembros de la Junta de Conciliación, si esta era la causal que había motivado la nulidad.

Nuestro actual Código del Trabajo, a diferencia del Código de 1931, dispone expresamente en su artículo 364 que, el fallo arbitral será apelable ante una Corte Arbitral. Por consiguiente, en contra de la sentencia arbitral procede, en conformidad a la ley, el Recurso de Apelación.

El recurso de apelación, en nuestro sistema procesal tiende a hacer efectivo el principio de la doble instancia. Se trata de un doble examen, tanto por el tribunal de primera como por el de segunda instancia, y se refiere tanto a los hechos como al derecho.

El profesor Darío Benavente define al recurso de apelación como un recurso de carácter ordinario que tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior.

Por tanto, en materia de arbitraje el recurso de apelación tiene por objeto que un tribunal arbitral de segunda instancia enmiende conforme a derecho, el fallo que haya dictado el tribunal arbitral de primera instancia. Este recurso persigue que el tribunal superior enmiende el fallo del tribunal inferior, pero no tiene facultades para invalidarlo.

5.1. Integración de la Corte Arbitral que deberá conocer del recurso de apelación.

La Corte Arbitral, que deberá conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia arbitral, estará integrada por 3 miembros, designados en cada caso por sorteo, ante la Inspección del Trabajo, de entre la nómina de árbitros, en conformidad a lo que dispone el inciso 1º del artículo 364 del Código del Trabajo.

En el caso de que en una misma empresa hubiere lugar a varios arbitrajes en la misma época de negociación, el tribunal arbitral de segunda instancia deberá estar integrado por las mismas personas.

Si el arbitraje es de carácter obligatorio y el afecta a tres mil o más trabajadores, la Corte Arbitral estará integrada por cinco miembros, tres de los cuales son elegidos de entre la nómina nacional de árbitros laborales, uno por el Ministerio de Hacienda y otro por la Corte Suprema, en ambos casos discrecionalmente, según lo dispone el artículo 366 inc. 1º del Código del Trabajo.

5.2. Ante quien se interpone el recurso.

El recurso de apelación deberá interponerse ante el propio tribunal apelado, y para ante el tribunal de apelaciones respectivo.

5.3. Plazo para interponer el recurso.

El recurso de apelación debe ser interpuesto ante el tribunal apelado dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación del fallo arbitral.

5.3.1. Características del plazo.

1.- Es un plazo fatal, ya que se extingue por el sólo ministerio de la ley sino se ejerciere "dentro de" el plazo de 5 días que concede la ley.

2.- Es individual, ya que corre para cada parte desde que se le notifica el fallo arbitral.

3.- Es improrrogable, pues no puede ampliarse por motivo alguno.

4.- Es de días hábiles, es decir, no se suspende por la interposición de feriados.

5.- No se suspende por causa alguna.

5.4. Forma de interponer el recurso.

El recurso de apelación debe interponerse por escrito y, en conformidad a lo que dispone el artículo 364, inciso 3° del Código del Trabajo, debe ser fundado y debe contener las "peticiones concretas" que se sometan a la decisión del tribunal arbitral.

Estas peticiones concretas son que se revoque el fallo recurrido, que se acoja en plenitud la proposición del apelante, y otras relativas a la tramitación o prueba de autos.

Si la apelación contiene fundamentos o peticiones concretas, deberá ser rechazada.

5.5. Tramitación del recurso de apelación.

En esta materia se nos hace necesario distinguir entre la tramitación que el recurso tendrá en primera instancia y la tramitación que tendrá en segunda instancia.

5.5.1. Tramitación del recurso en primera instancia.

Una vez deducido el recurso de apelación en contra de la sentencia arbitral, en tiempo y forma, el tribunal de primera instancia hará llegar los autos respectivos a la Inspección del Trabajo correspondiente, con el objeto de proceder a la designación de los integrantes del tribunal de apelaciones. Así lo dispone el artículo 364 inciso 1º del Código del Trabajo.

5.5.2. Tramitación del recurso en segunda instancia.

Una vez designados los miembros de la Corte Arbitral, éstos deberán ser notificados de su designación, notificación que será practicada por el Secretario del Cuerpo Arbitral.

La Corte Arbitral deberá constituirse dentro del plazo de 5 días hábiles siguientes a la notificación de su designación. Si no se constituyeren dentro de dicho plazo, deberá procederse a designar una nueva Corte Arbitral.

La Corte Arbitral o tribunal de segunda instancia funcionará con asistencia de la mayoría de sus miembros, bajo la presidencia de quien hubiere sido designado por mayoría de votos, o a falta de la misma por sorteo.

En materia de prueba el tribunal de segunda instancia puede requerir todos los antecedentes que juzgue necesarios, efectuar vistas a los locales de trabajo, hacerse asesorar por organismos público o por expertos, 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. En resumen, posee las mismas facultades que en materia probatoria la ley concede al tribunal de primera instancia.

El fallo de segunda instancia deberá fundamentarse en los elementos señalados para la sentencia de primera instancia por el artículo 363 del Código del Trabajo, debiendo, en consecuencia, 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 integridad, no pudiendo el fallo de segunda instancia fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte.

La Corte Arbitral, de acuerdo con el artículo 365 del Código del Trabajo, deberá emitir su fallo dentro de los treinta días siguientes al de la notificación de su designación.

El acuerdo de los miembros de la Corte Arbitral se rige por las reglas que señala el Código Orgánico de Tribunales para los acuerdos de los tribunales colegiados.

Si para llegar a dicho acuerdo fuera necesario el concurso de otros árbitros laborales, en conformidad a las reglas que señala el Código Orgánico de Tribunales, su integración a la Corte Arbitral se hará llamando en cada oportunidad al árbitro que corresponda por orden alfabético.

La Corte Arbitral deberá condenar en costas a la parte que resulte vencida.

6.- EL ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO.

El Estado, a través de la legislación, ha permitido la existencia de ciertos tribunales accidentales o permanentes, que se crean para resolver determinados asuntos. Frente a ciertas materias, por naturaleza, interés comprometido u otras

razones, el legislador ha permitido que las partes o la justicia en subsidio, establezcan tal competencia. Con ello, el legislador ha previsto que algunas materias deban o puedan ser extraídas del conocimiento de los tribunales ordinarios y entregados a tribunales arbitrales.

El arbitraje, como extensamente ya lo hemos analizado, es una institución materializada a través de un compromiso o de una cláusula compromisoria. La primera es una convención por la cual las partes sustraen del conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos litigiosos presentes o futuros, para someterlos a la decisión de árbitros que se señalan. Por su parte, la cláusula compromisoria es un contrato por el cual determinados conflictos son sustraídos de tribunales ordinarios, para entregarlos a la resolución de un árbitro que las partes se obligan a designar posteriormente.

Nuestra legislación laboral, al regular las formas de solución de los conflictos individuales del trabajo, no contempla la posibilidad de someter a arbitraje una causa laboral.

No se debe olvidar, antes de hacer un examen del tema que estamos analizando, que el Derecho del Trabajo, contra la opinión de parte de la doctrina, es una rama del Derecho Público, y que por lo tanto admite la realización de aquellos actos que están expresamente permitidos, a contrario con lo que ocurre

en la esfera del Derecho Privado, que admite la realización de todo aquello que no está específicamente prohibido.

Pues bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que el orden legal social ha establecido una Judicatura Laboral, por lo que los trabajadores tienen el derecho a que sus reclamaciones sean conocidas y resueltas por los Tribunales del Trabajo que establece el Código respectivo. Las conductas contrarias a dicho principio importarán una disposición de derechos irrenunciables del trabajador, en tanto implica la ejecución de un acto prohibido por la ley, específicamente por el artículo 5 del Código del Trabajo y por el artículo 420 del mismo texto legal.

Este es el criterio bajo el cual se han pronunciado diversos fallos, entre los que destacamos la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 13 de noviembre de 1992, en la causa rol 50-1992, que estableció: "De conformidad con lo establecido en el artículo 390 (actual 420) del Código del Trabajo, en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo legal, sólo son competentes para conocer de las causas laborales los Juzgados de Letras del Trabajo. Por consiguiente, no es posible que las partes puedan prorrogar la competencia de estos Tribunales para conocer de estas causas, mediante la designación de un tribunal arbitral o especial".

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia dictada el 27 de julio de 1989, en la causa rol 509-1989, dictaminó: "La prórroga de la competencia territorial no procede en materia laboral, pues si se admitiera lo contrario, los empleadores podrían insertar en los respectivos contratos de trabajo, cláusulas en desmedro de los trabajadores, que en virtud de la prórroga se verían en dificultades para concurrir a los tribunales de otro lugar que no fuera el de su domicilio o en el que presten o hayan prestado sus servicios para hacer valer sus pretensiones jurídicas".

Por último, es un interesante aporte al tema, el fallo dictado por la Corte Suprema el 6 de enero de 1992, en causa rol 5946-1992, que rechazó un recurso de queja interpuesto contra la Corte de Apelaciones de Concepción, que había fallado en que las partes no pueden sustraer del conocimiento de los Juzgados de Letras del Trabajo, los conflictos suscitados entre un jugador de fútbol y su empleador, designando un tribunal especial, pues el artículo 420 del Código del Trabajo es una norma de Derecho Público que no admite renuncia.

A diferencia de las controversias individuales, sólo los conflictos colectivos del trabajo admiten como forma de solución el arbitraje laboral.

7.- EL ARBITRAJE COMO CLÁUSULA DEL CONTRATO COLECTIVO.

A nuestro modo de ver las cosas y después de un análisis detallado de la legislación laboral vigente, debemos señalar que existe plenamente en nuestro país, la posibilidad de incorporar en el cuerpo del contrato colectivo una cláusula de arbitraje. Esto es, las partes pueden comprometerse eficazmente para, llegado el caso de otro conflicto colectivo, recurrir a la fórmula del arbitraje como medio de solución de dicho diferendo.

La característica más importante que tendría esta cláusula y en definitiva el arbitraje mismo, que igualmente estaríamos en presencia de un caso de arbitraje voluntario, aun cuando la fuerza obligatoria del contrato, que es ley para las partes, le otorgue serios rasgos de certidumbre. Para llegar a la conclusión anterior, es que se debe recurrir al artículo 355 del Código del Trabajo, que señala que las partes podrán someter la negociación a arbitraje en cualquier momento. Esta última expresión, "cualquier momento", nos permite pensar que ese momento también puede ser la celebración de un contrato colectivo, con la limitación, eso sí, que debe constar por escrito, que consigne el nombre del árbitro laboral o el procedimiento para designarlo y que copia de este acuerdo debe enviarse a la Inspección del Trabajo dentro de 5 días contados desde su suscripción.

A mayor abundamiento, el artículo 345 del Código del Trabajo en su último inciso, señala, al detallar el contenido de todo contrato colectivo que: "Si lo acordaren las partes, contendrá además la designación de un árbitro encargado de interpretar las cláusulas y de resolver las controversias a que de origen el contrato."

8.- INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL POR LEY N° 19.759 DE OCTUBRE DEL 2.001.

Con fecha 5 de octubre del año 2001 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.759 que introdujo diversas modificaciones al Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.

Pues bien, en lo que se refiere al arbitraje en materia de negociación colectiva no hubo alguna modificación de interés. Sin perjuicio de lo anterior, si lo hay en cuanto a establecer una nueva instancia de conciliación durante el proceso, al crear la nueva Ley un artículo novedoso, el 374 bis que a la letra señala:

"Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de acordada la huelga, sin que 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.

"De las audiencias que se realicen ante el Inspector del Trabajo, deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el funcionario referido."

CONCLUSIONES.

Los medios alternativos de solución de controversias son muy importantes a la hora de buscar agilidad en el esclarecimiento eficaz de los diferendos jurídicos. De la mano de un sistema legal claro que los contemple primero y que les dé las herramientas necesarias para desarrollar eficientemente su labor, dichos sistemas alternativos descongestionan, de partida, la sobredemandada jurisdicción ordinaria.

Es así como el arbitraje surge como una alternativa legítima y plenamente válida para que las partes de una controversia coincidan en otorgarle jurisdicción desde el momento en que nombran al respectivo árbitro.

Pero en materia laboral el asunto no es tan sencillo. Ya hemos visto que los conflictos del trabajo pueden ser o individuales o colectivos. En presencia de los conflictos individuales no existe ninguna posibilidad de otorgar jurisdicción a un tribunal arbitral, por cuanto ello significaría ir en contra y en desmedro de un derecho irrenunciable del trabajador, que de continuo es la parte más débil del contrato, y que consiste en la posibilidad de llevar dicho conflicto al pronunciamiento de un juez del trabajo.

Distinta es la situación tratándose de conflictos colectivos del trabajo. En ellos es necesaria una solución rápida del conflicto, por cuanto hay elementos de presión inmersos en los mismos como pueden ser la huelga o el cierre temporal del establecimiento o lock-out. Es por ello que en este tipo de problemas, el Código del Trabajo ha consagrado expresamente el sistema de arbitraje, voluntario u obligatorio. E incluso más, la Ley N° 19.759, de octubre del 2001, ha establecido, como novedad, un sistema de conciliación a cargo de Inspector del Trabajo para que, en cualquier momento se diluciden los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ALONSO GARCÍA. Manuel, "Curso de Derecho del Trabajo", Barcelona, Editorial Ariel, 1980.
2. AYLWIN AZÓCAR, Patricio, "El Juicio Arbitral", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953.

3. CAMPOS RIVERA, Domingo, "Derecho Laboral Colombiano", Colombia, Editorial Temis, Bogotá, 1981.
4. CHRISTOPHER, Moore, "El Proceso de Mediación, Métodos para la Resolución de Conflictos", Buenos Aires, Editorial Granica, 1995.
5. COLOMBO CAMPBELL, Juan, "La Jurisdicción. El acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
6. DE LA CUEVA, Mario, "Tratado Mexicano de Derecho del Trabajo", México, D.F., Editorial Porrúa, 1969.
7. DEVEALI, Mario, "El Derecho del Trabajo en su Aplicación y sus Tendencias", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.
8. EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, "El arbitraje comercial en la legislación chilena", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
9. FERNANDOIS, Francisco Javier, "Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Universitaria, 1951.
10. FLOYER ACLANT, Andrew, "Como utilizar la Mediación para Resolver Conflictos", Buenos Aires, Editorial Pidos, 1993.

11. GAETE BERRÍOS, Alfredo, "Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Editorial Jurídica, Santiago. 1967.
12. GALLART FOLCH, Alejandro, "Derecho Español del Trabajo", Madrid, Editorial Labor, 1936.
13. GOTTHEIL, Julio, "La Mediación. Una transformación de la Cultura", Buenos Aires, Editorial Pidos, 1996.
14. JERIA PANIAGUA, Roberto. "Memoria de Título de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile", 1987.
15. KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Buenos Aires, Editorial Pons, 1968.
16. MACCHIAVELLO, Guido, "Derecho Colectivo del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
17. PEREIRA ANABALÓN, Hugo, "Curso de Derecho Procesal", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1993.
18. PÉREZ BOTIJA, Eugenio, "Manual de Derecho del Trabajo", Madrid, Ediciones Depalma, 1979.
19. RISSO HENON, Jorge, "Manual de Conciliación y Mediación", Santiago, Fundación de la Cultura Universitaria, 1995.

20. THAYER ARTEAGA, William, "Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Colectivo del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
21. TISSEMBAUMM, Mariano, "La Controversia del Trabajo. La Huelga y el Lock-out ante el Derecho", Buenos Aires, Editorial Víctor P. de Zavalía, 1952.
22. VILLEGAS, Benjamín, "Competencia y Jurisdicción Arbitral", Buenos Aires, Ediciones Alfaguara, 1976.