



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento del Trabajo y Seguridad Social

**“TITULARIDAD SINDICAL. COEXISTENCIA ENTRE GRUPOS NEGOCIADORES  
Y  
SINDICATOS”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

Felipe Andrés Flores Cabrera

18.585.240-7

Pablo Ignacio Romo de la Fuente

18.395.873-9

Profesor Guía: Ricardo Juri S.

SANTIAGO

2018

## **Índice**

<b>Introducción.....</b>	<b>6</b>
--------------------------	----------

### **Cap. I.- “Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo”**

1.1. Derecho del trabajo y derechos fundamentales. La ciudadanía en la empresa. Los derechos fundamentales en la empresa.....	9
1.2. Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. ....	14
1.2.1.Reconocimiento normativo en Chile. Derechos fundamentales del trabajador en el ordenamiento jurídico chileno.....	15
1.2.2.Reconocimiento por la jurisprudencia administrativa y judicial.....	19

### **Cap. II.- “Principios de igualdad jurídica y prohibición de discriminación”**

2.1. Una primera aproximación al principio de igualdad jurídica.....	20
2.1.1. Qué es y cuál es el contenido de la igualdad jurídica.....	21
2.1.2. Igualdad jurídica y prohibición de discriminación.....	24
2.2. Concepto de discriminación y su reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	25
2.2.1. Relación entre discriminación y desigualdad.....	27
2.2.2. Categorización de los criterios de distinción.....	28
2.3. La igualdad material. Consideración de la realidad concreta como determinante de razonabilidad.....	29
2.4. La igualdad jurídica y la prohibición de discriminación en el Derecho chileno.....	31

2.4.1. La igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico chileno.....	32
2.4.2. La prohibición de discriminación.....	33

**Cap. III.- “Grupos negociadores y sindicatos”**

3.1. Libertad sindical como fundamento de la negociación colectiva.....	35
3.2. La negociación colectiva en el derecho chileno.....	38
3.2.1. Breve reseña histórica sobre la negociación colectiva en Chile.....	38
3.2.2. Concepto y ámbito objetivo de la negociación colectiva.....	43
3.2.3. Ámbito subjetivo; sujetos activos en la negociación colectiva.....	44
3.3. La libertad sindical y la negociación colectiva en los convenios de la OIT y su reconocimiento en Chile.....	50
3.4. La negociación colectiva ante la jurisprudencia administrativa y judicial.....	55
3.4.1. Los dictámenes de la Dirección del Trabajo.....	55
3.4.2. Jurisprudencia nacional.....	59
3.4.2.1 Sentencia Corte de Apelaciones Rol N°56412-2018, que deja sin efecto Dictamen N°1918/33 del 27 de julio del 2018.....	63
3.4.3. El proyecto de reforma de las relaciones laborales y la sentencia del Tribunal Constitucional chileno.....	64
3.4.3.1 Criterios sostenidos por el TC para declarar inconstitucional el punto relativo a la titularidad sindical.....	66
3.4.3.2. El conflicto constitucional aparente entre la efectividad de la negociación colectiva por sindicatos, y la libertad de asociación y libre afiliación sindical.....	70

3.5. La negociación colectiva en el Derecho comparado.....70

**Cap. IV.- “Una coexistencia incompatible con los principios de igualdad jurídica y no discriminación”**

4.1. Cuadro comparativo entre cargas que deben soportar los afiliados al sindicato y los trabajadores pertenecientes a grupos negociadores.....77

4.1.1. En los hechos, una posición desigual.....79

4.2. ¿Grupos negociadores como grupos intermedios?.....82

4.3. Una equiparación arbitraria.....87

4.4. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....90

4.4.1. La obligación de respeto y garantía de la libertad sindical. Contenido y alcance al alero del derecho internacional de los derechos humanos e instrumentos OIT.....92

4.4.2. Límites legítimos.....98

4.4.3. Responsabilidad internacional. “Actuación estatal”.....100

4.4.4. Revisión del proyecto de ley desde el DIDH.....101

5. Conclusiones.....104

6. Bibliografía.....113



## **Introducción**

Frente al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales introduciendo modificaciones al Código del Trabajo impulsado por el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, aprobado y posteriormente impugnado ante el Tribunal Constitucional (órgano que en definitiva estimó que uno de los puntos puesto en tela de juicio por los requirentes, referido a la titularidad sindical es inconstitucional, principalmente por afectar la libertad de asociación de los trabajadores no sindicalizados y, de este modo, contrariando la finalidad del proyecto de ley cuál es “promover al sindicato como principal sujeto de negociación colectiva”, no lo reconoce como titular exclusivo de tal derecho), surge la necesidad de analizar, en el marco del ámbito subjetivo de la negociación colectiva (sujetos activos) el dilema de la *coexistencia entre los sindicatos y los grupos negociadores, desde la perspectiva de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación*, proponiendo una visión crítica de la decisión al alero de estos derechos consagrados no sólo en el plano nacional, sino que consagrados como pilares fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos que vienen a imponer obligaciones relevantes al Estado (concepto amplio que incluye a todos los órganos del Estado; incluido el Tribunal Constitucional), que en caso de una posible afectación ilegítima, podría eventualmente configurarse una hipótesis de responsabilidad internacional.

Para abordar esta problemática, se expondrá primeramente a modo general sobre los *derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo*: entregando una concepción general de los derechos fundamentales, para luego abordar la inmersión de éstos en las relaciones laborales; específicamente el fenómeno conocido como “ciudadanía en la empresa” (lo que en doctrina se denomina como derechos “inespecíficos” del trabajador), la eficacia directa de los derechos fundamentales o “drittwirkung” y, finalmente los derechos fundamentales del trabajador en el derecho chileno.

En segundo término, se analizará el *principio jurídico de la igualdad en su doble dimensión*: (A) en la aplicación de la ley y (B) en el contenido de la ley, además de la concepción tradicional aristotélica sobre la igualdad jurídica; que ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales y, el *principio de no discriminación* como manifestación del primero. En ambos además, se tratará sobre su reconocimiento internacional a través de diversos instrumentos y jurisprudencia internacional, así como su reconocimiento expreso en el plano nacional; a nivel constitucional y legal (artículos 19 No. 2 y 19 No. 16 Cpr. Así como artículo 2 del Código del Trabajo).

En tercer lugar, se expondrá sobre los *grupos negociadores y sindicatos* en el ordenamiento jurídico chileno en el contexto de la negociación colectiva, donde se realizará una breve reseña histórica de la negociación colectiva en Chile, y la consecuente explicación de la situación actual del ámbito subjetivo de la misma.

En este mismo sentido, y en relación con lo anterior, se señalará la posición sostenida por la OIT , la autoridad administrativa (DT), las sentencias de los tribunales de justicia y lo señalado por el Tribunal Constitucional, analizando en este último caso los criterios que tuvo en consideración para declarar inconstitucional el punto relativo a la titularidad sindical; proponiendo una visión crítica en lo referido a este punto, tanto desde la perspectiva de los derechos vulnerados con la admisión de coexistencia de los grupos de trabajadores y sindicatos, esto es, igualdad jurídica y prohibición de discriminación, así como desde la perspectiva de la libertad sindical y su protección eficaz.

En la cuarta parte, a través del “marco conceptual” entregado anteriormente (principios de igualdad jurídica y de no discriminación) se analizará la situación de coexistencia entre los grupos negociadores y sindicatos en la negociación colectiva, y se explicará cómo ésta situación vulnera ambos principios. En términos generales, se planteará como se produce esta vulneración conjunta, que estriba en la idea, de que, si bien es posible advertir

ciertas discrepancias conceptuales mínimas entre el principio de igualdad jurídica y la prohibición de discriminación, *no son distintos, sino que se trata de una misma noción enfocada de ángulos diversos*. Así, el principio de igualdad se entiende con un contenido múltiple: manda a tratar de un modo igual a los iguales (principio de igualdad) pero, en estricto orden inverso, prohíbe tratarlos de modo distinto sin justificación (principio de no discriminación).

En este sentido, se revisará la inadecuación existente entre la situación fáctica de coexistencia entre grupos negociadores y sindicatos en la realidad jurídica actual y los principios antes señalados. En un contexto en que la posición de los socios sindicales es desigual respecto de sus pares trabajadores que negocian colectivamente por medio de un grupo negociador, la legislación laboral y el Tribunal Constitucional establecen una equiparación arbitraria; “tratando de manera igual a los distintos” en base a un criterio injustificado, subjetivo y no razonable, cual es la aparente afectación de la libertad de asociación del trabajador no afiliado al sindicato.

En comprobación del error de esta equiparación, se fundamentará sobre la necesidad de establecer un tratamiento desigual, en base a una justificación objetiva y razonable que se construye sobre tres ideas: 1) que los grupos negociadores han sido entendidos generalmente por la jurisprudencia nacional como un atentado contra la libertad sindical, cuestión que se ve reforzada por las recomendaciones de la OIT, 2) que ligado a lo anterior, la ausencia de grupos negociadores fortalecerían a los sindicatos, y se cumpliría así además con el mandato constitucional de amparar, proteger y promover a los grupos intermedios y 3) que no existe afectación a la libertad de asociación de los trabajadores no afiliados.

Finalmente se entregarán algunas conclusiones.

### **Cap. I.- “Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo”**

### **1.1. Derecho del trabajo y derechos fundamentales. La ciudadanía en la empresa. Los derechos fundamentales en la empresa.**

Para comenzar este apartado debemos dejar en claro qué son los derechos fundamentales, y para ello debemos adentrarnos en los principios que informan el derecho laboral. Américo Plá los define como “*líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*”<sup>1</sup>. Identificando los principios en nuestro sistema jurídico laboral, están a la vista los de irrenunciabilidad, continuidad, protección y primacía de la realidad. Ellos los podemos percibir gracias a la forma en que la judicatura resuelve los juicios gracias su aplicación.

Los derechos fundamentales operan como normas de principios, en contraposición a las reglas jurídicas. La principal diferencia entre éstos consiste en la forma en que se deben aplicar cuando colisionan en un caso en particular. Respecto de estas últimas, en que dos normas regulan el mismo supuesto fáctico, surge un problema de validez que puede ser resuelto a través de distintos criterios, a saber; el de jerarquía, el de especialidad o el de temporalidad (se subsume una norma en la otra). Los principios por el contrario, se ponderan con el objeto de determinar cuál debe prevalecer, de manera tal, que no estamos viendo un problema de validez, sino de qué bien jurídico se prefiere respetar en un caso en particular: “*un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable*”<sup>2</sup>. No obstante lo anterior,

---

<sup>1</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p.9.

<sup>2</sup> TOLONEN, H. “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, *AAVV La normatividad del derecho*, Gedisa, 1997, p. 71.

*“el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto solo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”<sup>3</sup>.*

Considerando lo anterior, podemos decir que los derechos fundamentales corresponden a principios desde la perspectiva de la estructura de las normas. Para la resolución de los conflictos que se suscitan cuando hay dos principios aplicables al mismo supuesto fáctico, nace el sistema de la ponderación en nuestro país en el año 1995, con el Dictamen N° 8273/335 de la Inspección del Trabajo. En aquel se adoptó que los exámenes antidrogas en una empresa minera deben importar una armonización de los bienes jurídicos en juego (facultad de dirigir y organizar la actividad laborativa y respetar al mismo tiempo los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución), y finalmente se consideró que debía respetarse el derecho al respeto, la protección y la honra a la vida privada, consagrado en el artículo 19 N°4.

Cabe observar que la legislación laboral corresponde en la mayoría de los casos a reglas, y el catálogo de derechos fundamentales incorporado en la Constitución Política, a principios, de manera tal que podemos concluir que *“si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”<sup>4</sup>.*

---

<sup>3</sup> GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, España, 1999, 34.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, Trotta, p. 110.

Ahora bien, el sistema de ponderación no ha sido pacífico y la gran interrogante que ha surgido en la doctrina es si implica pérdida de certeza jurídica –pilar fundamental del derecho-. Se ha sostenido que esta forma de tratar a los derechos fundamentales daría paso a arbitrariedades judiciales, que suprimirían peligrosamente a la autonomía de la voluntad, pero estimamos que ello no es así dado que tal dilema ya era existente por las potestades abiertas que revisten los jueces laborales ante situaciones como el despido injustificado, en que se abre la puerta a la interpretación de los contratos, y por sobre todo, al tener que atenerse al principio de proporcionalidad, que veremos a continuación.

El principio de proporcionalidad, explica Alexy, puede ser definido con la siguiente fórmula: “*cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”<sup>5</sup>, la cual debe responder a tres sub-principios, el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El de idoneidad por una parte, se relaciona con que la necesidad jurídica que se pretenda satisfacer sea legítima. En este sentido, podemos ilustrar el sub principio en comento con el Dictamen N° 684/50 de la Dirección del Trabajo del año 1997, en que se consideró que la instalación detector de mentiras al interior de una empresa con el fin de fiscalizar el consumo de drogas, no era idóneo al afectar de manera esencial a los derechos fundamentales de los trabajadores, principalmente el derecho a la intimidad.

El test de necesidad a su vez, se aplica una vez que se cumple con el principio de idoneidad, y va vinculado directamente con que la restricción del derecho fundamental sea indispensable para el fin legítimo que se pretende alcanzar. Aquello implica evaluar opciones y descartar las que importen una mayor afectación del derecho fundamental en cuestión. Un claro ejemplo al

---

<sup>5</sup> ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, U. Externado, Bogotá, 2003, p. 66.

respecto, en que habiéndose adoptado una medida idónea ésta no se consideró necesaria, lo encontramos en el Dictamen 4541/319 del año 1998 de la Dirección del Trabajo, en que se señala que una medida para alcanzar el fin legítimo de mejor control del tiempo de los trabajadores no puede ser obtenido a través de la utilización de un cronómetro al momento de utilizar los servicios higiénicos por parte de los funcionarios. La medida en cuestión no se consideró necesaria, por poder realizarse de otra manera menos gravosa en armonía con el Art. 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona, entre otros.

Finalmente, una vez que se consideró que la medida adoptada por el empleador es idónea y necesaria, debemos hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Alexy propone que *“cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”*. En otras palabras, para finalizar el análisis, debemos considerar como un factor determinante el poder justificar que la afectación de un derecho fundamental condice con una notoria prevalencia por el respeto del otro derecho fundamental enfrentado.

Ya revisado tanto el concepto como la forma en que se aplican los derechos fundamentales, debemos dejar establecido para el resto del análisis del presente trabajo, que en la relación laboral, a diferencia de una relación típica de derecho privado, el elemento de subordinación y dependencia que existe entre la parte empleadora y el trabajador, da pie para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales hacia la parte más débil, por lo que un sistema de protección para ésta resulta crucial dentro de las relaciones laborales.

La discusión en torno al alcance del poder que tiene el empleador justifica la reflexión en torno a los derechos fundamentales de los trabajadores,

considerados tanto los derechos fundamentales “laborales”; como el derecho al trabajo, así como también los denominados derechos “inespecíficos”; según la doctrina española referidos a los derechos civiles y políticos que gozan todas las personas en general. En este sentido, Jorge López afirma que “*demasiado a menudo el contrato ha sido instrumento para establecer cláusulas draconianas injustas. El incrédulo no tiene más que recordar el contrato de trabajo durante la revolución industrial...*”<sup>6</sup>.

Según José Luis Ugarte Cataldo, hay una doble explicación histórica para comprender la antigua desvinculación de los derechos fundamentales de la contratación liberal y el mundo del trabajo subordinado, y por ello la necesidad de todo el entramado normativo que resguarde la dignidad de los trabajadores.

En primer lugar, la clásica distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, radicándose primitivamente el contrato de trabajo en esta última clasificación, de suerte tal que se entendió que las relaciones entre particulares debían estar regidas por el principio de la autonomía de la voluntad, propio de un negocio contractual, haciéndose lejano el horizonte de la aplicación de preceptos protectores de orden público.

En segundo lugar, existe una brecha muy distante entre los prototipos sobre los cuales se realizó la construcción de las relaciones laborales –el obrero industrial- con el modelo de los derechos fundamentales –el burgués liberal. Esto se explica por cuanto el contrato de trabajo se implementó como una forma de someter al proletariado a condiciones de trabajo para la maximización de utilidades en el trabajo productivo, a diferencia de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, que comenzaron a desarrollarse más bien por las

---

<sup>6</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*. Parte general, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p.239.

clases acomodadas con el objeto de protegerse de la invasión del Estado en el desarrollo del comercio.

Las dos razones del académico ven mitigados sus efectos, y por ende, se comienza a gestar un sistema de protección de derechos fundamentales hacia los trabajadores, en gran parte por la disolución de la *summa divisio* entre el derecho privado y público, y por otra, el acercamiento del ex obrero con el ex burgués gracias a la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales que veremos a continuación.

## **1.2 Teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.**

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales la podemos situar en 1958, con la famosa sentencia de la *Drittwirkung*, en que se anula una cláusula de un contrato de trabajo por la vulneración de derechos fundamentales y nace “*la vigencia de los derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado*”<sup>7</sup>. Esta teoría se basa en que ante la perturbación o privación de un derecho fundamental, se puede recurrir ante los tribunales de justicia independientemente de quién sea el causante del perjuicio: ya sea el Estado o algún ciudadano en particular.

De ahí en adelante, en prácticamente toda la tradición jurídica occidental, incluido Chile, se ha debido incorporar al bloque de la legislación laboral normas tendientes al debido respeto de las garantías constitucionales referentes a los derechos fundamentales de los trabajadores. En Italia por ejemplo, en 1970 se dicta el *Statuto dei laboratori*, en Estados Unidos, en 1964, se promulga el *Título*

---

<sup>7</sup> VON MUNCH, I. “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”. En AAVV Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Civitas, España, 1997, p.25.

VII de la ley sobre derechos civiles, en que se prohíbe la discriminación laboral por distintos motivos.

Héctor Hugo Barbagelata habla sobre el “*bloque de constitucionalidad de los derechos laborales*”<sup>8</sup> que aplicado en nuestro sistema jurídico, no solo abarca los derechos fundamentales laborales, sino que también encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano, que de todas formas pueden ser apaciguados pero no obviados con un contrato de trabajo. De esta manera podemos integrar los derechos laborales específicos con los derechos humanos, y con ello el resguardo de las garantías constitucionales y legales se puede ver satisfecho ante cualquier persona que atente contra ellos.

### **1.2.1 Reconocimiento normativo en Chile. Derechos fundamentales del trabajador en el ordenamiento jurídico chileno.**

En Chile podemos decir con firmeza que tenemos un sistema de eficacia directa y horizontal de los derechos fundamentales, en donde el lesionado puede recurrir ante los tribunales de justicia para buscar resguardo ante una privación o perturbación de sus derechos fundamentales por un particular y no necesariamente por el Estado.

La fuente normativa para sostener lo anterior radica en el inciso segundo del Art. 6 de la Constitución Política de la República, que señala que “*los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”, de suerte tal que los derechos

---

<sup>8</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 191.

fundamentales son exigibles no solamente a los órganos públicos y al Estado, sino que también a los particulares.

Ahora bien, cabe preguntarse cuáles serían los derechos fundamentales en concreto, y la respuesta va en un doble sentido. En primer lugar, están los de fuente constitucional (artículo 19 de la carta fundamental), y en segundo, los de fuente legal.

Nuestra Constitución Política de la República protege los siguientes derechos: el derecho a la vida (Art. 19 N°1); el derecho a la integridad física y psíquica (Art. 19 N°1); el derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (Art. 19 N°4); el derecho al honor (Art. 19 N°4); el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (Art. 19 N°5); el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (Art. 19 N°6); la libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (Art. 19 N° 12); la libertad de trabajo y de contratación laboral (Art. 19 N°19), entre otros.

Por otra parte, la propia ley procesal regula un derecho conocido en derecho comparado como el de “indemnidad”, que se funda en el derecho fundamental de “tutela judicial efectiva” y consiste en el derecho a no ser objeto de represalias por haber ejercido de manera legítima algún derecho laboral, ya sea de manera judicial o administrativa. Aquello *“vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos”*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Valle F.A. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Social*, N° 29, 2005, p.82.

Lo anterior es especialmente delicado si consideramos que *“por la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía del empresario, las partes no se van a encontrar en una situación de igualdad; con lo cual en el ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostenta tan privilegiada situación podría ser una quimera si no se asegurara a situación de la parte débil de la relación”*<sup>10</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos un procedimiento especializado destinado a proteger a los trabajadores que vean vulnerados sus derechos fundamentales, denominado “tutela laboral”. En otras palabras, corresponde a la forma en que se materializa procesalmente la idea de la eficacia horizontal analizada anteriormente. Es importante tener presente que los derechos que se hacen prevalecer en este procedimiento, al ser de rango constitucional y de orden público, son irrenunciables para los sujetos activos.

Pueden accionar tanto el trabajador afectado, como la organización sindical en cuestión, y además la Inspección del Trabajo. La organización sindical, en cualquiera de sus variables –sindicato, federación, confederaciones o centrales- para poder tener titularidad de la acción, deben invocar un “interés legítimo”. Las organizaciones sindicales son titulares de la acción, aunque no del derecho, puesto que los derechos fundamentales que estamos estudiando recaen sobre personas naturales.

El “interés legítimo” que señalamos en el apartado anterior, se puede dar de diversas formas en la práctica, ya sea acreditando que el trabajador afectado se encuentra afiliado a la organización sindical, de acuerdo al artículo 486 del

---

<sup>10</sup> TASCÓN L., R. “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social* N° 251, España, 2004, p. 160.

Código del Trabajo, o en caso que la víctima no tenga afiliación, exista una expectativa razonable de poder adoptarse una conducta lesiva en contra de algún trabajador sindicalizado, por la forma en que el empleador vulnera derechos fundamentales. Esto incluso, es un deber legal de los sindicatos en virtud del artículo 220 del Código del Trabajo que prescribe en su numeral 3°: “*velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones*”.

Por último, la Inspección del Trabajo, si en el ámbito de sus atribuciones llegase a conocer una vulneración de derechos fundamentales, la ley la obliga a denunciar los hechos al tribunal competente e incluso permite que esta institución se haga parte en el proceso (Art. 486 del Código del Trabajo).

Respecto del sujeto pasivo en este procedimiento siempre corresponde al empleador, quien es, según el artículo 3° del Código del Trabajo, “*la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo*”, y además cabe considerar, según el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, “*al gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica*”.

### **1.2.2 Reconocimiento por la jurisprudencia administrativa y judicial.**

El Tribunal Constitucional respecto del Art. 6 de la Constitución Política de la República, ha señalado en sentencia Rol N° 19 de fecha 27 de noviembre

del año 1983 (a tres años de la dictación de la nueva Constitución de Chile), que éste “*consagra en sus incisos 1° y 2° principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de “la supremacía constitucional” sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios tanto para los gobernantes como para los gobernados*”<sup>11</sup>. De manera concluyente fija el Tribunal Constitucional la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales al establecer la supremacía constitucional y la vinculación directa, puesto que ninguna norma de rango legal o reglamentaria podría vulnerar con eficacia jurídica un derecho garantizado por nuestra carta fundamental, independiente de quién sea el infractor.

La ley laboral a su vez, señala en su artículo 5° que “*el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*”. El legislador a su vez continúa resguardando el contenido esencial de los derechos fundamentales, limitando la libertad que tiene el empleador para organizar su actividad productiva.

En la misma línea, la Dirección del Trabajo ha señalado que “*mientras el sistema jurídico dota al empleador del o que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las*

---

<sup>11</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXX, sección 6ta.

*personas*<sup>12</sup>. Lo anterior se condice estrechamente con el artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución Política.

## **Cap. II.- “Principios de igualdad jurídica y prohibición de discriminación”**

### **2.1 Una primera aproximación al principio de igualdad jurídica.**

Sabido es que el principio de igualdad constituye uno de los cimientos del Estado democrático de Derecho, consagrado tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el ordenamiento jurídico chileno; con anclaje constitucional, como principio general y derecho fundamental.

Convenida su trascendencia, diversas son las dimensiones desde que la que se ha abordado el concepto de igualdad, lo que ha dado lugar a diferentes nociones sobre la misma.

Probablemente la aproximación más reconocida en el derecho comparado es la tradicional distinción entre igualdad *ante* la ley e igualdad *en* la ley.

La igualdad ante la ley, conocida también como igualdad *en la aplicación* de la ley; establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, fundado en la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos y la idea de generalidad de la ley que exige que *las normas sean aplicadas de manera igual*, vale decir, parejamente a casos o situaciones iguales<sup>13</sup>. Ésta primera forma de aproximación a la igualdad, referida exclusivamente a la aplicación del derecho, resultó insuficiente, focalizándose la atención en la fase de elaboración de la norma y los límites a los

---

<sup>12</sup> Dictamen N° 287/14 de 11.01.96

<sup>13</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998. Página 188.

que estaría sujeto el legislador. De este modo, la igualdad en la ley, o igualdad *en el contenido* de la ley exige al legislador garantizar un *tratamiento igual a los ciudadanos*. Ya no se trata sólo de que la ley se aplique a las personas y/o situaciones abarcadas por ella y no a otras (y viceversa), ni tampoco a que la norma se aplique por los órganos correspondientes de manera “uniforme” o con la misma intensidad (dimensión propia de la igualdad ante la ley), sino que se configura como un límite al poder legislativo, por cuanto le exige igualdad en el trato dado por la ley y proscribire establecer discriminaciones no razonables.

### **2.1.1 Qué es y cuál es el contenido de la igualdad jurídica.**

La visión tradicional de la igualdad, se elabora a partir de la formulación aristotélica que establece que “*lo igual debe ser tratado de forma igual, y correlativamente, lo desigual de forma desigual*”. Esta noción puede ser dividida en dos partes: (1) la primera que exige un tratamiento idéntico para asegurar la igualdad, y (2) la segunda que implica un tratamiento diverso para lograr el mismo objetivo.

Esta concepción, firmemente anclada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se configura como un principio puramente *formal*, por cuanto sólo señala que lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual en forma desigual, pero no explica *qué* es lo igual o lo desigual y tampoco *cómo* se debe tratar a los iguales o a los desiguales.

Así, tal como apuntan Lizama y Ugarte; “*la determinación del contenido del principio de igualdad no pasará, entonces, solo por su descripción formal, sino que requeriría, la consideración de cuáles serán aquellos criterios en razón de los cuales se construirán las categorías esenciales acerca de los iguales y los distintos*”<sup>14</sup>. En

---

<sup>14</sup> Ídem. Página 193.

otras palabras, esta fórmula aristotélica, nos señala que tratamiento aplicar luego de que se ha determinado si las personas o situaciones son iguales o desiguales, pero no nos entrega un criterio para determinar *cuándo* deben considerarse como iguales o desiguales. Es así, como cualquier criterio o parámetro podría bastarnos para calificar a dos entidades como iguales o desiguales, o que, aplicando más de un criterio de comparación a una situación determinada, no tengamos orientación respecto de cual priorizar si eventualmente arrojan resultados contradictorios en cuanto a la igualdad o desigualdad de personas o circunstancias.

Es en relación a este problema, que nuestro tribunal constitucional, invoca la teoría alemana de las igualdades y desigualdades “esenciales”: *“Así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables... Además se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual”*<sup>15</sup>

En efecto, este parámetro de comparación o “tertius comparationis”, permitirá construir categorías esenciales de lo igual o lo desigual; quiénes eventualmente quedarán comprendidos en las respectivas categorías para luego aplicar un tratamiento uniforme o diferenciado según corresponda. Es esta la faz material del principio de igualdad, que en complemento a la faz formal, conmina a que la construcción del criterio, en virtud del cual se determina una clase o categoría, estribe en un factor de discriminación legítimo; proscribiendo un tratamiento diverso a las personas o categorías que sean consideradas distintas en virtud de un criterio injustificado.

---

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional fallo Rol N° 1273 del 2010, considerando 60. En el mismo sentido fallo Rol N° 1348 considerando 46.

La necesidad de justificación del criterio, es resaltada por Robert Alexy; “*si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual*” señalando además que la “*la máxima general de la igualdad establece la carga de la argumentación para los tratos desiguales*”<sup>16</sup>. En este punto la justificación se transforma en la legitimación de una posible distinción o desigualdad. El tratamiento normativo que emana de la ley ha de ser, en principio igualitario, sin embargo pueden establecerse diferencias siempre y cuando existan razones objetivas y suficientes.

En definitiva, la regla es entonces que el trato sea siempre igual; debiendo tratarse igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación conforme a un criterio de igualdad justificado, pudiendo a la inversa, tratarse diferente a los desiguales según el mismo criterio justificado, recayendo en ésta hipótesis la carga de argumentación en quien pretenda un tratamiento desigual, que constituye la excepción. Por consiguiente, tratamientos iguales o desiguales pueden ser simultáneamente legítimos, produciéndose sólo una trasgresión cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual sin razón que lo justifique, o cuando estamos en presencia de un tratamiento uniforme habiendo una razón que lo impida.

### **2.1.2. Igualdad jurídica y prohibición de discriminación.**

Vinculada a la idea de igualdad jurídica, encontramos la idea de prohibición de discriminación. Ésta última, ha sido explicada por la doctrina como una

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. Teoría General de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.396.

manifestación del contenido múltiple del principio de igualdad jurídica<sup>17</sup>, siendo la misma idea pero mirada desde perspectivas distintas.

En este contexto, resulta útil la aclaración que nos otorgan Lizama y Ugarte respecto del contenido múltiple de la igualdad jurídica; quienes identifican tres dimensiones en este principio;

(1) La **disposición imperativa** de tratar del mismo modo a los que están en una misma situación o categoría, según el criterio material de igualdad escogido (exigencia de igualdad).

(2) La **disposición permisiva** en orden a autorizar o facultar a no tratar del mismo modo a quienes se encuentran en situaciones o categorías distintas, según un criterio o factor de distinción justificado (permisión de la desigualdad).

(3) La **disposición prohibitiva** de tratar distinto o de manera desigual a quienes se encuentran en categorías o situaciones distintas, pero construidas sobre la base de criterios injustificados de desigualdad (prohibición de discriminación).

Esta forma de entender la igualdad jurídica, en su última dimensión, prohíbe (o dificulta severamente) hacer distinciones basadas en criterios o factores injustificados. Se prohíbe en definitiva la *arbitrariedad*; entendida como la ausencia de fundamentación de la diferencia.

## **2.2. Concepto de discriminación y su reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

Desde la primera aparición del concepto de discriminación en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, que en su artículo 7° señala

---

<sup>17</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998. Página 196

que: “*todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”, diversos son los instrumentos que se han referido a esta noción<sup>18</sup>.

El Derecho Internacional de los derechos humanos, ha establecido como una obligación general el deber del Estado de no discriminar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Ésta obligación, con un fuerte anclaje en diversos instrumentos internacionales, ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un verdadero principio del derecho internacional de los derechos humanos, llegando incluso, para la Corte Interamericana, a constituirse en una norma perentoria o *ius cogens*; sosteniendo que: “*En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado al dominio del ius cogens*”<sup>19</sup>

De los múltiples textos internacionales que hacen referencia a la discriminación, es la definición elaborada por el Comité de Derechos Humanos, la que nos parece más completa, que la entiende como: “*toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** que se **basen** en determinados **motivos**, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier condición social, y que tengan por **objeto** o por **resultado** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”.

---

<sup>18</sup> Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo de 1958, Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Asamblea General, ONU de 1979, entre otros.

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03, párrafo 101, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados.

De esta definición se pueden identificar los elementos de la discriminación. Debe existir una **acción u omisión** (“distinción, exclusión, restricción o preferencia”) que supone previamente una **comparación** entre dos sujetos o grupos respecto del goce de uno o más derechos; puesto que para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en una situación de ser tratada en forma similar o diferente, que se funde en determinados **motivos** (arbitrarios y/o injustificados), que tengan como **objeto**; trato más desfavorable o ventajoso del otorgado a otros en iguales circunstancias (discriminación directa) o como **resultado**; efecto o impacto desproporcionado que una medida neutral provoca en una parte de la población (discriminación indirecta), la provocación de un **perjuicio**; anula o menoscaba el “reconocimiento, goce o ejercicio” de derechos fundamentales.

Importante es la clasificación que nos otorga este concepto, entre discriminación directa e indirecta. Esta categorización ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional<sup>20</sup>, que a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, recurrió a las definiciones de discriminación directa e indirecta incluidas en un informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, que precisa que *“la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”* y la discriminación indirecta; *“se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra”*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Tribunal constitucional Sentencia Rol N° 1710 de 2010 considerando 104.

<sup>21</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11.

Es precisamente esta segunda forma de discriminación, la que se utilizará como criterio de evaluación al momento de analizar la situación de coexistencia de los grupos negociadores y los sindicatos.

### **2.2.1 Relación entre discriminación y desigualdad.**

Analizado el concepto de discriminación, surge la pregunta: ¿Todo trato diferenciado constituye discriminación?

Si bien es cierto los conceptos de discriminación y desigualdad hacen referencia al hecho de diferenciar dos personas o situaciones para otorgarles un tratamiento distinto a cada una, *no toda diferencia de trato será una discriminación*. Mientras en la acción u omisión discriminatoria la distinción estriba en un criterio que se caracteriza por ser arbitrario e injustificado, en la diferencia de trato legítima el criterio utilizado goza de *objetividad*; parámetro no sujeto a interpretación (ausencia de elementos sujetos a valoraciones o interpretaciones personales) e inclusión de todos quienes están bajo el supuesto de hecho, *razonabilidad*; exigencias de lógica y fin legítimo, relación de proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido, y la búsqueda de un *propósito legítimo*; con arreglo a la ley, la Constitución y las Convenciones de Derechos Humanos.

Estos tres elementos de justificación han sido recalcados por el Comité de Derechos Humanos: “...el Comité observa que *no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto*”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Comité DH, Comentario N°18, “No discriminación”, del 10 de noviembre de 1989, párrafo 13.

La discriminación entonces, al igual que la igualdad, es *relativa*, ya que no imposibilita realizar en toda situación una distinción entre determinadas personas o circunstancias, debiendo poner el acento en los criterios en base a los cuales se construirá las categorías o clases de quienes serán los “iguales” o los “distintos”.

### **2.2.2. Categorización de los criterios de distinción.**

Como se ha planteado, la calificación de un acto como discriminatorio o de simple desigualdad, implica la revisión del criterio de distinción y particularmente la evaluación de su justificación.

Múltiples son los criterios en virtud de los cuales se puede basar una distinción. Sin embargo, la doctrina<sup>23</sup> ha clasificado los criterios de distinción en dos grupos: *criterios sujetos a razonabilidad* y *criterios sujetos a sospecha*. Respecto de los primeros, la calificación de su licitud o ilicitud jurídica depende de la existencia de una justificación objetiva y razonable que avale la adopción del criterio de que se trate. Su determinación puede efectuarse en forma negativa y residual (aquellos parámetros que no están señalados en los diversos textos legales) o que son reconocidos mediante cláusulas abiertas tales como “cualquier otra circunstancias” u “otra condición”. Los criterios sujetos a sospecha o categorías sospechosas, en cambio, corresponden a aquellos que están expresamente enumerados en los diversos textos legales como inaceptables. Se refieren a características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre los individuos, tales como el género, el idioma, la religión, la identidad cultural, opinión política, entre otros.

La categorización entre criterios sospechosos y de simple razonabilidad no es baladí, implica consecuencias respecto de la carga probatoria y la intensidad de la

---

<sup>23</sup> LIZAMA PORTAL, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998. Página 210-211.

argumentación para la correcta justificación del criterio. Así, en el caso de un criterio sospechoso será el afectado quien solo debe señalar que el parámetro utilizado equivale a uno de los enumerados en los textos que los consagran, debiendo el agente que hace la distinción justificar con argumentos objetivos, razonables y relevantes de tal nivel de intensidad que permita convertir el criterio que goza desde un principio de una presunción de ilicitud, en un criterio legítimo. En cambio, en el caso de un criterio sujeto a simple razonabilidad, la carga probatoria recaerá en la persona o grupo afectada por la distinción, correspondiéndole corroborar la existencia del criterio y que su eventual utilización no tiene un fundamento objetivo y razonable.

Esta clasificación nos permitirá, además, poder entender que modelo adopta el sistema chileno, a nivel constitucional y legal.

### **2.3. La igualdad material. Consideración de la realidad concreta como determinante de razonabilidad.**

Antes de revisar las normas del ordenamiento jurídico chileno que se refieren a la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación, es atinente referirnos a la igualdad material o fáctica. Esta forma de aproximación al concepto de igualdad supone el abandono de una mirada únicamente formal, toda vez que reconoce la importancia de la desigualdad “de hecho”. No basta con que el ordenamiento jurídico entregue uniformidad en el tratamiento a todas las personas o situaciones consideradas en abstracto, sino que se apunta a alcanzar la igualdad en la realidad específica en que las mismas personas se encuentran situadas, tomando en consideración sus diferencias fácticas.

Se trata de una noción de igualdad que, conjuntamente con la predominante visión aristotélica, ya se hace reconocible en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, se ha señalado que; “*desde la perspectiva*

*conceptual, la igualdad es sometida por la doctrina a una doble dimensión. Por una parte, la igualdad como principio, según el cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la misma aptitud jurídica, que es la que se encuentra en el inicio de la formulación constitucional del número 2° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Por otra parte, sin embargo, encontramos la igualdad como “ideal de igualdad efectiva (por ejemplo: económica, de educación, etc.) que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho”.*<sup>24</sup>

Del razonamiento del Tribunal Constitucional, se devela que no es suficiente con la igualdad formal, entendida en su concepción tradicional, sino que es necesario una igualdad efectiva, que en complemento con la primera apunta a superar las desigualdades fácticas.

La igualdad material o fáctica sería también un mandato del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, implica en su esencia no sólo una igualdad de derecho, sino también de hecho.<sup>25</sup>

Una de las formas de manifestación de la igualdad material, se produce cuando se consideran elementos de la realidad como juicio o criterio de justificación para determinar si una diferencia es o no razonable. En este punto, la apelación a la situación concreta se transforma en una fundamentación suficiente del criterio de distinción, por cuanto la consideración de la misma se considera suficientemente *razonable* (o no) para hacer la distinción.

---

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, Sentencias roles N° 1273 y N° 1348 de 2010, considerandos 63 y 49 respectivamente.

<sup>25</sup> Medina, Cecilia. Observación General 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujeres e Igualdad, en: Anuario de Derechos Humanos 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 127-132

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha invocado situaciones concretas para la determinación de si una diferencia es razonable o arbitraria. Así por ejemplo, ha reconocido condicionantes de la realidad para la justificación de una diferencia establecida por el legislador; *“Por consiguiente y comoquiera que el principio de isonomía en el tratamiento legal, según la conocida fórmula aristotélica, supone dispensar un trato igual a los efectivamente iguales y diferente a aquellos que no lo son, en este caso específico el que el legislador haya exceptuado de la prohibición a sectores socioeconómicos vulnerables, en relación con el acceso a un recurso natural escaso y de importancia vital para su subsistencia, no entraña una discriminación arbitraria pues responde a consideraciones de política pública perfectamente entendibles”*.<sup>26</sup>.

La realidad fáctica, para determinar si una diferencia o un tratamiento uniforme es o no razonable, es un elemento que necesariamente debe considerarse al momento de analizar la coexistencia de grupos negociadores y sindicatos en la actualidad.

#### **2.4. La igualdad jurídica y la prohibición de discriminación en el Derecho chileno.**

En armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el ordenamiento jurídico chileno se identifica la consagración normativa, tanto a nivel constitucional como legal, del principio de igualdad jurídica y no discriminación.

Diversas son las formas en que se consagran la igualdad jurídica y el principio de no discriminación, recogiendo la técnica de categorías sospechosas y de simple razonabilidad, según la norma analizada.

---

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N°2512 de 2013, considerando 2.

Como se revisará, cabe desde ya destacar que la forma en que se aborda por el legislador la discriminación en el ámbito laboral, es distinta a la técnica constitucional. Sin embargo, ambos modelos no son excluyentes, sino que complementarios.

#### **2.4.1. La igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico chileno.**

La carta fundamental en su artículo 19 número 2° señala que: *“La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.*

Como se explicó al comienzo, dos son las dimensiones tradicionales que presenta la igualdad jurídica: igualdad *ante* la ley e igualdad *en* la ley. En la Constitución actual, se ha entendido por la jurisprudencia constitucional que el artículo 19 N° 2 comprende ambas, estableciendo un principio general que es concebido desde los primeros fallos, de la siguiente manera; *“Las normas jurídicas deben ser siempre iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”*<sup>27</sup>. Resulta evidente que la norma constitucional se refiere también a una igualdad en el contenido de la ley, limitando al legislador al momento de crear grupos privilegiados o desventajados. Otro fallo relevante que explica el alcance del principio contenido en el precepto constitucional analizado, sostiene que; *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.”*<sup>28</sup> De este fallo, se devela el

---

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional Sentencia Rol N° 28 de 1985 considerando 4.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional Sentencia Rol N° 53 de 1988 considerando 72.

reconocimiento de la fórmula aristotélica revisada en el inicio, en sus dos partes; tratamiento igual de los iguales y tratamiento distinto de los desiguales. Cabe destacar que en este punto el tribunal constitucional no declara que toda desigualdad requiere siempre un trato desigual, sino que no es razonable tratar situaciones distintas de la misma forma cuando existe una diferencia relevante, que como se ya se analizó, estriba en un criterio de diferenciación justificado por ser objetivo y razonable.

#### **2.4.2. La prohibición de discriminación.**

Sumado al artículo 19 N° 2 de la Constitución, en el plano constitucional, existe una norma específica referida a la prohibición de discriminación. El artículo 19 N° 16 párrafo tercero de la Constitución sostiene que: “*Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”.

Este precepto es fundamental en el sistema antidiscriminatorio en el ámbito laboral. Lizama y Ugarte, no obstante su ubicación en el texto constitucional, sostienen que es una manifestación particular del principio jurídico de igualdad y que además tiene un alcance amplio en cuanto al sujeto imperado por la prohibición, puesto que no sólo alcanza a la ley y a las autoridades públicas, sino que extiende además la obligación de no discriminar a los particulares.<sup>29</sup>

Conforme a lo planteado al momento de analizar la clasificación de los criterios de distinción, la norma constitucional chilena referida a discriminación en el ámbito laboral, se puede circunscribir en el modelo de categorías sospechosas, pero que

---

<sup>29</sup> Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998. Página 230-231.

presenta una particularidad; se trata de un modelo “abierto”, toda vez que señala como criterios ilegítimos “cualquier motivo” que no sea la capacidad o la idoneidad personal, siendo este último el único criterio (a priori) legítimo para la realización de una distinción, quedando todos los otros criterios sujetos a una fundamentación objetiva y razonable.

A nivel legal, el artículo 2° del Código del Trabajo nos señala de manera taxativa que: *“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.*

*Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*

*Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.*

*Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.*

La disposición del Código del trabajo adopta el mismo modelo de categorías sospechosas que el adoptado por la Carta Fundamental. No obstante, a diferencia de éste, se trata de un modelo sospechoso “cerrado”, por cuanto explicita y enumera cada uno de los criterios prohibidos.

El artículo 2° del Código del Trabajo es entonces un explicitación de la norma constitucional, que complementa con aquellos criterios que regularmente se utilizan para discriminar en la esfera laboral.

Revisado en el primer capítulo los derechos fundamentales en general y en el ámbito del trabajo y explicado en este capítulo el derecho fundamental de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, corresponde analizar el estado de situación de la coexistencia de los grupos negociadores y sindicatos, abordándolo en el capítulo siguiente desde la perspectiva de la libertad sindical y en el capítulo final desde el principio de igualdad y la prohibición de discriminación ya examinados.

### **Cap. III.- “Grupos negociadores y sindicatos”**

#### **3.1. Libertad sindical como fundamento de la negociación colectiva.**

Dos han sido los caminos que el Derecho del Trabajo ha transitado para recoger las demandas del movimiento obrero surgido desde la “cuestión social” de principios del siglo XIX: el primero de ellos por medio de la ley, estableciendo condiciones mínimas de trabajo, fijando un catálogo de derechos para el trabajador, siendo en la mayoría de los casos, derechos irrenunciables de orden público. Esto en atención a la clara desigualdad entre las partes a la hora de negociar. Es un estatuto protector del trabajador.

El segundo de ellos se enmarca dentro de la acción colectiva, puesto que al establecerse una legislación laboral que asegura sólo un mínimo o una base para que los trabajadores y trabajadoras puedan desempeñarse dignamente en un empleo, se requieren mecanismos para continuar mejorando las condiciones laborales paulatinamente. Los mecanismos adoptados han sido históricamente la

sindicación, el derecho a huelga y la negociación colectiva, todos ellos relacionados directamente con el derecho fundamental de libertad sindical.

La libertad sindical se ha definido en la jurisprudencia sin mayor disenso como *“la facultad de los trabajadores y empleadores para constituir sindicatos y afiliarse libremente a los mismos, del mismo modo que la facultad de las organizaciones sindicales, una vez constituidas, para desarrollar libremente su programa trazado, tanto a lo referente a su vida interior como externa respecto de sus contrapartes sociales”*<sup>30</sup>. Como indica el jurista Hugo Fernández<sup>31</sup>, la libertad sindical tiene un elemento estático, relativo a la organización de la entidad, y otro dinámico, dirigido a la acción sindical. Ésta tiene por una parte, el derecho a exigir del Estado la promoción de la libertad sindical y por otra, la efectiva tutela de la misma, de manera que el ser titular del derecho no sea una cuestión meramente formal.

Óscar Ermida señala que *“la libertad sindical es un instrumento de desigualdad compensatoria o igualación, en tanto permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador al tiempo que es un elemento constitutivo de la democracia tanto material como formal, tanto porque importantes sectores de la población no pueden (o no sin dificultad) ejercer muchos de los derechos civiles tradicionales, sin la acción igualadora del sindicato, como porque las modernas democracias pluralistas requieren del sindicato como uno de los actores representativos de este pluralismo que le es consustancial”*<sup>32</sup>. Podemos concluir que para poder estar frente a una negociación colectiva que sea fructífera para los actores sociales, debemos tener un Estado que asegure el derecho a la libertad sindical en todas sus dimensiones, las que presuponen otros derechos

---

<sup>30</sup> Sentencia ROL N° 2.862-2002 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, “Un enfoque teórico de la libertad sindical”, pág. 82.

<sup>32</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, “Crítica de la libertad sindical”, en *Derecho Laboral*, Tomo LIV-N° 242, abril-junio 2011, Fundación de Cultura Universitaria, 2011, Montevideo, pág. 228.

fundamentales, tales como el derecho a la libertad de constitución sin autorización previa, el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

La libertad sindical se instala en nuestro catálogo de derechos fundamentales con un presupuesto fundamental que debemos dar por establecido para poder comprender su razón de ser: “...reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, así como del diálogo y de las posibilidades de convergencia entre los actores sociales”<sup>33</sup>. De manera tal, que “no hay desigualdad mayor que la de aplicar un mismo derecho a los que de hecho son desiguales”<sup>34</sup>. De lo anterior, se desprende la acción equiparadora que tiene la organización sindical para enfrentar todos los conflictos que se puedan suscitar en las relaciones de trabajo, con el fin de evitar abusos por parte del empleador.

## **3.2. La negociación colectiva en el derecho chileno.**

### **3.2.1. Breve reseña histórica sobre la negociación colectiva en Chile.**

Distinguiremos cuatro grandes etapas sobre la negociación colectiva en Chile:

---

<sup>33</sup> SIQUEIRA NETO, José Francisco, “Liberdade Sindical no Mercosul e Chile” Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho: Limites e possibilidades de democracia, PROSUR, 1999, p.5.

<sup>34</sup> Citado por LETELIER, Valentín en “Los pobres”, artículo publicado en La Ley, órgano del Partido Radical en Santiago el 1 de enero de 1896 en “La cuestión social en Chile. Ideas y debates precursores (1804-1902”, *Fuentes para la historia de la República*, Volumen VI, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Barros Arana, Santiago, 1995, pág. 425.

1.- **Primera etapa protagonizada por el Código del Trabajo de 1931:** se regula por primera vez en Chile la negociación colectiva, regulándose un procedimiento denominado “Conflictos Colectivos de Trabajo”, el que aplicaba solo para empresas o establecimientos privados, excluyéndose al sector público.

Este procedimiento se materializaba a través de “Juntas de Conciliación”, que eran instancias en que participaban tres representantes de los trabajadores, tres representantes de la parte empleadora y eran presididas por el Inspector del Trabajo, quien contaba con derecho a voto. La Junta proponía las bases de un acuerdo, y en caso que no hubiese unanimidad en la aceptación de éste, se podía proceder a ejercer el derecho de huelga, concurriendo los demás requisitos legales.

Con la dictación de la Ley N° 16.625 en el año 1967 -a propósito de la sindicación agrícola-, hubo un giro en torno a la regulación del procedimiento, dejando sin participación al Estado. De esta manera, en esta actividad económica se formaban “Juntas Especiales de Conciliación Agrícola” compuestas por representantes de trabajadores y empleadores únicamente.

Antes de adentrarnos en el período siguiente, debemos hacer mención que en nuestro país nunca se ha regulado la negociación colectiva por rama de actividad, mas hubo varios intentos a partir de 1950 de la mano de los “tarifados”. Éstos fueron producto de la Ley N° 17.074, que facultó al Presidente de la República a formar “Comisiones Tripartitas”, en que participaban tres representantes de los trabajadores, tres representantes de los empleadores y tres representantes del Estado. Las actividades económicas que pudieron verse inmersas en este sistema fueron la construcción, la industria textil, entre otras.

2.- **Segunda etapa caracterizada por la suspensión de los órganos negociadores:** Empieza en 1973 con el inicio de la dictadura y concluye en 1979, antes de la dictación del Plan Laboral. Comenzaron a intervenir el Ministro de Economía y del Trabajo para fijar las condiciones de trabajo al retomar las “Comisiones Tripartitas”, bajo el alero de un fuerte autoritarismo, que finalmente hizo ilusoria la negociación

colectiva negociada abiertamente, dado que el Estado impuso sus regulaciones en último término.

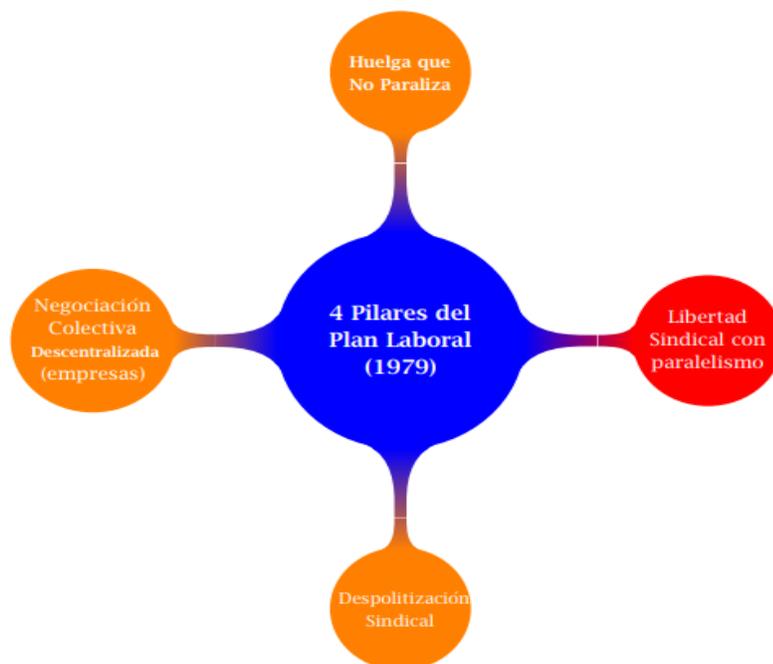
3.- **Tercera etapa: el Plan Laboral:** Esta nueva legislación intentó restringir al máximo la negociación colectiva, circunscribiéndola solamente a una determinada empresa; privilegiando la negociación individual; incentivando negociaciones colectivas informales, incluso en ocasiones sin fuero ni huelga (mecanismos históricos de igualación de posiciones); modesta protección del derecho de negociar, traducido en una sanción pecuniaria de baja cuantía en caso que se concrete una práctica desleal por parte del empleador. Al abrirse las puertas al comercio internacional, al existir libertad de empresa y libre iniciativa privada, todo lo que pudiera frenar tales imperativos debía erradicarse: *“...el modelo de relaciones colectivas implementado por el Gobierno Militar, el cual buscaba derechamente reafirmar el sistema de economía de libre mercado mediante la preeminencia de los intereses empresariales, limitando fuertemente los principios inherentes a la libertad sindical para efectos de no introducir elementos que distorsionaran el mercado de trabajo”*<sup>35</sup>.

El siguiente gráfico muestra los cuatro grandes pilares sobre los que se cimenta el Plan Laboral: huelga no paralizante dado que admite el reemplazo; restricción del ámbito de la negociación colectiva, circunscribiéndola solamente a la empresa; paralelismo organizacional, al permitir la coexistencia con grupos negociadores; finalmente la despolitización de los sindicatos, por tanto solamente pueden intervenir en lo que suceda dentro de una empresa en particular, sin poder incidir en el quehacer nacional.

---

<sup>35</sup> Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.30 Valparaíso jun. 2008

**Figura 1.1:** Los 4 Pilares del Plan Laboral de 1979



**Fuente:** Narbona, K (2014). "Antecedentes del Modelo de Relaciones Laborales Chileno". Observatorio Social Proyecto Plataformas Territoriales por los derechos Económicos y Sociales: Previsión, Trabajo, Educación y Salud

Como adelantamos anteriormente, esta legislación introduce el concepto de grupos negociadores, siendo funcional a la economía neoliberal que se estaba implementando, basándose principalmente en la protección del derecho de propiedad, la libertad de empresa, y en definitiva, todo lo que busque erradicar restricciones a la iniciativa privada en materia económica. En esta línea el académico Eduardo Caamaño sostiene que *“el Régimen Militar buscó debilitar el poder de los sindicatos, como una clara reacción al rol político que estos tuvieron en el período anterior a 1973- A su vez, desde una perspectiva económica, la reforma pretendió derechamente poner fin al rol protagónico exclusivo o monopolístico en la negociación colectiva, desarticulando su poder negociador, colocando en una posición de preeminencia a los intereses del empleador y de la empresa”*<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.30 Valparaíso jun. 2008

César Toledo constata lo anteriormente dicho, indicando que *“fueron signos visibles de ello: la reducción de la negociación colectiva vinculante u obligatoria al ámbito exclusivo de la empresa, el privilegio de la negociación individual por sobre la colectiva, el fomento de negociaciones colectivas informales, incluso sin participación sindical y sin mecanismos clásicos de igualación de poderes en el ámbito de la negociación colectiva (el fuero y la huelga); la excesiva reglamentación de la huelga y la restricción de su ejercicio; el desincentivo de la sindicalización; la limitación y prohibición del derecho a negociar colectivamente para un amplio grupo de trabajadores, la escasa preocupación por la necesidad que la negociación colectiva se verifique con actores debidamente informados, así como una precaria tutela de tal derecho, por medio de la consagración de una mera sanción pecuniaria de baja cuantía por las prácticas desleales en la negociación colectiva”* <sup>37</sup>.

Lo central de lo anterior, radica en que un Estado no puede ver satisfecha su pretensión de garantizar el derecho fundamental de libertad sindical, sólo con asentar la libertad de afiliación a sindicatos y libertad de asociación, para que se puedan formar las coaliciones transitorias ya aludidas. Es imperativo para un Estado democrático el que establezca diferenciaciones y que defina criterios, en pos de los trabajadores. De esta manera, el Estado debe tomar un rol activo en la promoción de los derechos colectivos del trabajo y no tan solo asegurar un clima estable a la hora de poder constituir sindicatos.

En 2012 la Biblioteca del Congreso Nacional desclasificó las bitácoras militares donde se registraron las discusiones oficiales sobre el Plan Laboral, las llamadas “Actas del Plan Laboral”. Para sus autores: *“la huelga es una cosa de araucanos y no deberían existir a esta altura de la evolución”, “la negociación colectiva no es un mecanismo para distribuir ingresos”, “las organizaciones sindicales se marginan de la actividad política”, “la huelga es absolutamente imposible con la actual política*

---

<sup>37</sup> Toledo, César, *Alcances de la negociación colectiva en Chile*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo (2007).

*económica*“, “los salarios no tienen relación directa con el nivel de utilidades”<sup>38</sup>.

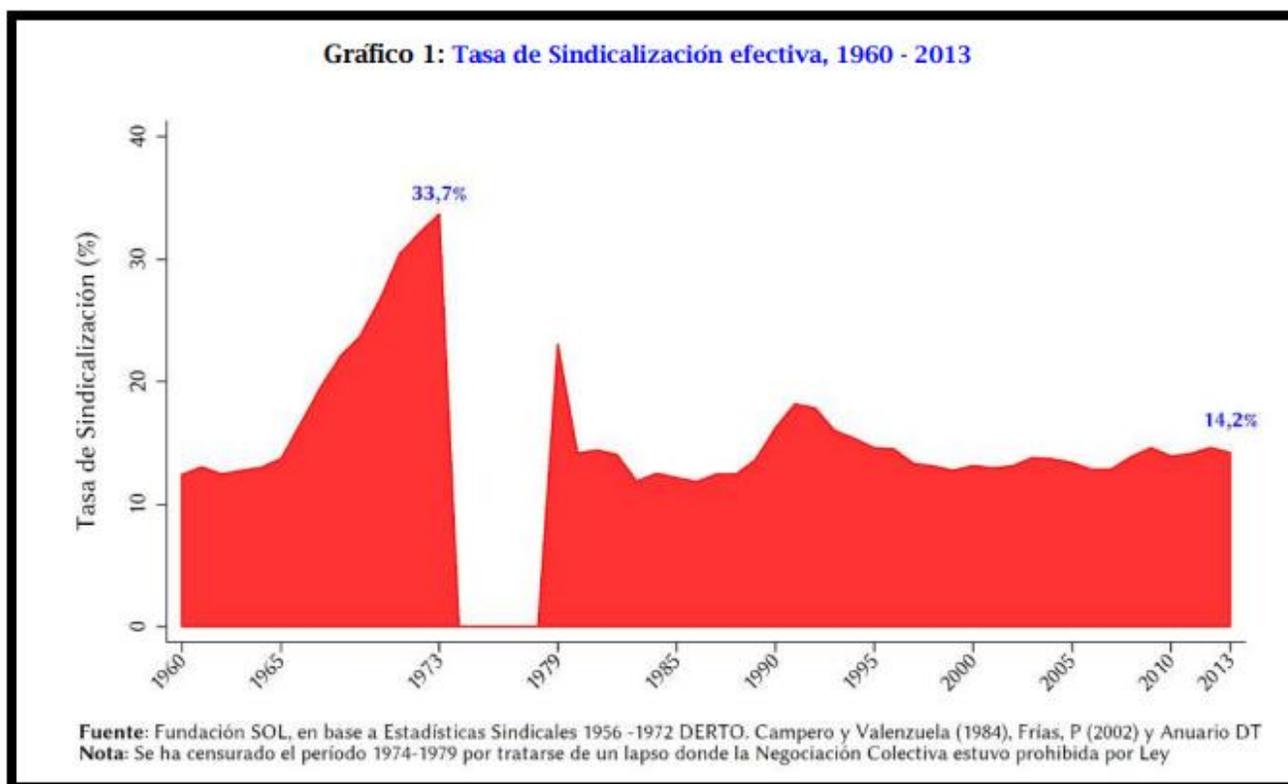
**4.- Cuarta etapa de reformas y leyes laborales luego del retorno de la democracia:** Los gobiernos electos democráticamente no han hecho un cambio sustancial en esta materia respecto del Plan Laboral. Por el contrario, han reforzado y liberalizado el ejercicio del derecho de sindicación, dando ventajas al sector empresarial por sobre el asalariado.

Un ejemplo claro de esto, es el parámetro que tienen los empleadores a la hora de una huelga: si la unidad productiva puede contratar personal al mismo costo que los huelguistas, éstos estarían “queriendo más de lo necesario”. Esto conlleva que los salarios sean prácticamente inamovibles, y a la acción sindical le queda poca cabida.

A través del siguiente gráfico podemos percatarnos de la forma en que evolucionó la sindicalización desde el año 1960 hasta el año 2013, en que claramente se ve la forme de incidencia del Plan Laboral ideado en dictadura militar.

---

<sup>38</sup> <https://ciperchile.cl/2013/04/18/fundacion-sol-los-limites-de-nuestra-negociacion-colectiva-y-la-%E2%80%9Cformalidad-precarizante%E2%80%9D/>



### 3.2.2. Concepto y ámbito objetivo de la negociación colectiva.

El artículo 304 inciso 1° del Código del Trabajo contiene la regla general sobre la materia y dispone que: *“La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación”*.

Esta disposición el Código está en armonía con lo preceptuado por el artículo 19, N° 16 inciso 5° de la Constitución Política de la República, en cuanto a circunscribe la negociación colectiva a la empresa y, en particular, a las empresas del sector privado. A su vez, esta disposición mantiene el esquema tradicional de otorgar el ejercicio de los derechos fundamentales laborales a los trabajadores del sector privado, dejando fuera a los funcionarios públicos, quienes si bien pueden

constituir organizaciones denominadas “Asociaciones de Funcionarios de la Administración Civil del Estado y de las Municipalidades”, que en la práctica si bien son muy similares a las organizaciones sindicales, se les priva del derecho de negociar colectivamente.

Complementando lo anterior, el artículo 304 incisos 2° y 3° del Código del Trabajo trata sobre las excepciones a la regla anterior, estableciendo las empresas en que no podrán realizarse procedimientos de negociación colectiva, señalando que corresponden a aquellas empresas que (1) sean del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio; (2) en leyes especiales prohíban la negociación colectiva; (3) sean públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos. Respecto de esta prohibición, la Dirección del Trabajo ha establecido que es necesario considerar el presupuesto de la institución en su totalidad y no el de cada establecimiento administrado por la empresa o institución.<sup>39</sup>

### **3.2.3.      Ámbito subjetivo; sujetos activos en la negociación colectiva.**

En concordancia con el artículo 19, N° 16 inciso 5° de la Constitución Política de la República y considerando el principio de libertad sindical, por regla general todo trabajador, que no sea de aquellos que prestan servicios en las empresas exceptuadas que estudiamos en el apartado anterior a propósito del artículo 304 del Código del Trabajo, tiene derecho a negociar colectivamente. De esta manera, puede ser parte de un proceso de negociación colectiva estando afiliado a un

---

<sup>39</sup> Dictamen 7166/307, de fecha 13 de noviembre de 1995.

sindicato o siendo parte de un grupo de trabajadores que se unen con el propósito de negociar colectivamente, concurriendo todos los requisitos legales.

El artículo 305 del Código del Trabajo restringe aún más a los sujetos activos en la negociación colectiva, excluyendo a los siguientes tipos de trabajadores:

1. Trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje: esta hipótesis está en concordancia con el artículo 82 del Código del Trabajo, que prescribe que *“en ningún caso las remuneraciones de los aprendices podrán ser reguladas a través de convenio o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”*.
2. Trabajadores contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada: la Dirección del Trabajo ha señalado que por faena transitoria debe entenderse aquella *“obra o trabajo que, por su naturaleza intrínseca, tiene el carácter de momentáneo o temporal, temporalidad cuya duración sólo puede ser determinada en cada caso particular atendiendo a las características especiales del trabajo u obra de que se trate”<sup>40</sup>*. Asimismo, ha dictaminado que: *“... si la ejecución de una obra o faena se prolonga en el tiempo por más de 2 años, no tiene la calidad de transitoria o de temporada”<sup>41</sup>*.

En relación a las dos hipótesis del artículo 305 N° 1 del Código del Trabajo, el profesor Sergio Gamonal<sup>42</sup> sostiene que la forma en que se regula sería inconstitucional, dado que el derecho a negociar colectivamente está reconocido en la Constitución Política, y no se puede afectar su contenido esencial, como la misma norma de la carta fundamental señala en el artículo 19, N° 26. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical, señalando que *“ninguna*

---

<sup>40</sup> Dictamen N° 4627 de fecha 22 de septiembre de 1983.

<sup>41</sup> Dictamen N° 881/42 de fecha 9 de febrero de 1994.

<sup>42</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 250.

*disposición del convenio N° 98 de la OIT autoriza la exclusión de su ámbito de aplicación de los trabajadores temporeros<sup>43</sup>”.*

3. Los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;
4. Las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores;
5. Los trabajadores que, de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

Estas tres últimas hipótesis se explican lógicamente porque corresponden a representantes directos de la parte empleadora, o que se desempeñan en funciones similares a ella y que por tanto, no se justificaría que pudiesen negociar colectivamente.

Ahora bien, para que los trabajadores puedan negociar colectivamente, nuestra legislación contempla dos posibilidades: a través de sindicatos o de grupos de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar.

Sabido es que uno de los objetivos del Plan Laboral fue desarticular a los trabajadores al interior de la empresa, promoviendo tanto la atomización de sindicatos y la creación de grupos negociadores para disminuir el poder de negociación de la parte laboral. Se equipararon los sindicatos con los grupos de trabajadores reunidos para el sólo efecto de negociar colectivamente, siendo concluyentes en la materia los artículos 303 y 315, ambos del Código del Trabajo.

---

<sup>43</sup> OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 898.

*“Una consecuencia natural de lo anterior es el paralelismo organizacional al interior de una misma empresa, pues el mismo modelo normativo permite el paralelismo sindical al interior de la entidad que sirve de base a la constitución de sindicatos, es decir, la empresa. Por una parte, se pueden constituir tantas organizaciones sindicales reúnan los quórum mínimos y, por la otra, no se reconoce derecho alguno al sindicato más representativo. A la vez, se le reconoce espacio a los grupos de trabajadores representantes de fraccionados intereses laborales, lo que ha generado un espacio eficaz para las presiones empresariales tendientes a eliminar la organización sindical, asimismo para quitar eficiencia a la negociación colectiva o generar pseudos acuerdos colectivos, como han sido los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores<sup>44</sup>”.*

Respecto a la igualdad en el trato por parte de la legislación tanto a la organización sindical como al grupo negociador, el profesor Sergio Gamonal sostiene que ello va en desmedro directo del principio de libertad sindical, porque se favorece a la influencia del empleador hacia los grupos negociadores y da pie para la realización de prácticas desleales y/o antisindicales<sup>45</sup>.

Para poder comprender, y a su vez, sostener la posición del académico, es que debemos conocer las diferencias orgánicas entre los sindicatos y los grupos negociadores a la hora de negociar colectivamente. Con el objeto de desarrollar y explicar la idea anterior con mayor profundidad, nos abocaremos al estudio de los grupos negociadores:

1. Se constituyen en el ejercicio del derecho de asociación moral asegurado en el artículo 19 N° 15, inciso primero de la Constitución, de manera tal que no están consagrados constitucionalmente, tan solo tiene rango legal.

---

<sup>44</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo Chileno. Un análisis en ambiente comparado según estándares OIT”, p.42.

<sup>45</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio “Derecho Colectivo del Trabajo”, ob. cit., p. 260-261.

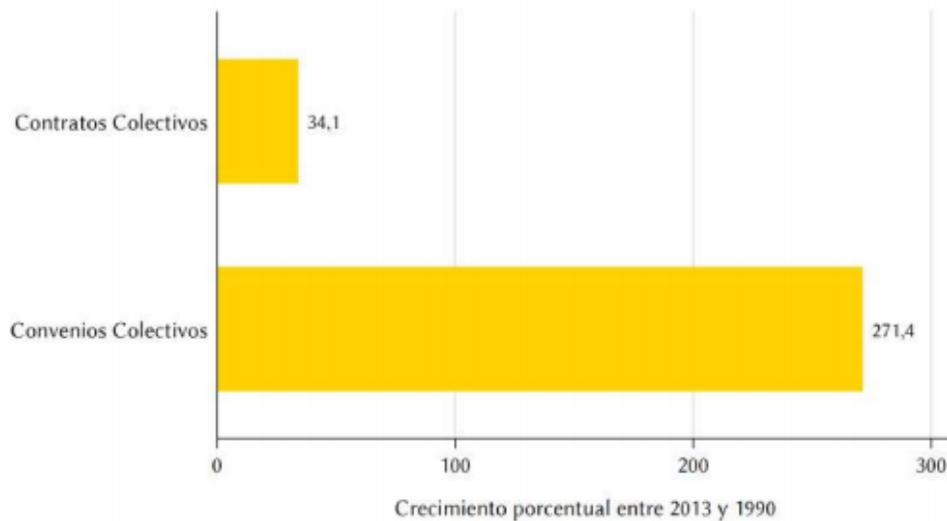
2. No tienen personalidad jurídica, y por tanto, no forman una entidad distinta de los individuos que lo componen.
3. Los trabajadores no realizan ningún aporte económico a la colectividad.
4. El grupo negociador elige a los trabajadores que negociarán directamente con el empleador, pero en ningún caso realizan el encargo en representación de los demás integrantes del grupo.
5. El grupo elige y designa a trabajadores que presentarán peticiones al empleador, pero no los representan.
6. Celebrado un acuerdo colectivo de trabajo, el grupo no tiene representación de los trabajadores involucrados, cada uno de los cuales debe exigir por sí mismo el cumplimiento de lo pactado.
7. Una vez concluida la negociación el grupo se disuelve.
8. Es competente el Juez del Trabajo para conocer de las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por la interpretación y aplicación de los convenios colectivos de trabajo pero solo aplica a los trabajadores que individual o grupalmente reclaman.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Los grupos negociadores efectivamente garantizan el derecho a negociar colectivamente? ¿Cómo realmente el Estado debiese garantizar tal derecho? Esto es necesario pues el Estado de Chile está obligado a cumplir con esa misión por Tratados Internacionales y por la misma Constitución Política de la República.

Para aterrizar la gravedad del tema, según la ENCLA del año 2014, en el 74% de las pequeñas empresas, el 78% de las medianas y el 80% de las grandes empresas con al menos un sindicato activo, el dirigente sindical tuvo que accionar para que cese el incumplimiento del contrato colectivo y/o leyes laborales.

Podemos percatarnos que el incumplimiento tanto del contrato colectivo celebrado como el de las leyes laborales es frecuente, y por tanto el rol de los sindicatos en el período posterior al término de la celebración del contrato colectivo es vital para que se mantenga la vigencia de las condiciones acordadas entre las partes. En este contexto, el hecho que los grupos negociadores no representen a los trabajadores a la hora de firmar el contrato, y que incluso, luego de concluida la negociación se disuelvan, es perjudicial para los trabajadores. No obstante a ello, como demuestra el siguiente gráfico, los convenios colectivos han aumentado de manera exponencial en comparación a los contratos colectivos, puesto que con la llegada del Plan Laboral, como estudiamos al principio del capítulo, se fomentó las negociaciones paralelas y la atomización de las organizaciones sindicales.

**Gráfico 6: Evolución en el Número de trabajadores cubiertos por negociación colectiva según tipo de instrumento, cambio porcentual entre 2013/2012 y 1990/1991**



**Fuente:** Fundación SOL en base a datos administrativos Dirección del Trabajo

Sin perjuicio de lo anterior y, considerando lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT<sup>46</sup>, nada impediría la existencia de grupos negociadores cuando no exista una organización sindical en un caso en particular, dado que de esta manera se posibilita y no se perjudica el ejercicio sobre la libertad sindical.

Como apunta Eduardo Caamaño; *“Esto último podría ser especialmente provechoso en las PYME, sobre todos en las pequeñas y microempresas, ya que por regla general no existe en ellas el quórum mínimo de trabajadores para constituir un sindicato, por lo que la posibilidad de negociar colectivamente, al menos como grupo, le posibilitaría a estos trabajadores ejercer un derecho fundamental que hoy se encuentran absolutamente imposibilitados de ejercer, configurándose por tal motivo otra vulneración a la libertad sindical”*<sup>47</sup>.

### **3.3. La libertad sindical y la negociación colectiva en los Convenios de la OIT y su reconocimiento en Chile.**

Junto con los tratados ratificados por Chile sobre Derechos Humanos que consagran expresamente la libertad sindical, tales como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” de 1969, nos encontramos con los Convenios N°s 87, 98, 135, 154 y recomendación N° 91 de 1951 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En cuanto a los Convenios N°s 87 y 98 podemos señalar que su contenido esencial radica en desarrollar la autonomía colectiva, a través de tres mecanismos, a saber: la huelga, los contratos o convenios colectivos y la negociación colectiva.

---

<sup>46</sup> OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 876.

<sup>47</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo Chileno. Un análisis en ambiente comparado según estándares OIT”, p.44.

El Convenio 87 establece tres aspectos fundamentales de la libertad sindical. La libertad de creación y de afiliación (artículos 2 y 5), la autonomía sindical (artículos 3, 4 y 7) y el reconocimiento amplio de la organización sindical (artículo 10). Siendo más precisos, los artículos 2 y 7 consagran la libertad sindical positiva, estableciendo que los trabajadores tienen la libertad de crear las organizaciones que estimen convenientes y la posibilidad de afiliarse libremente a ellas; el artículo 3 establece las libertades colectivas de reglamentación, representación y de gestión interna; el artículo 4 de disolución; el artículo 5 consagra la libertad de federación y de confederación; en el artículo 8 se establece una limitación tanto al Poder Legislativo como al Judicial, de manera tal que no puede legislarse ni aplicarse la ley importando una restricción o perturbación de las garantías establecidas en este Convenio.

Por otra parte, el Convenio N° 98 dispone en su artículo 1° que los trabajadores deberán gozar de la adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, especialmente, entre otras materias, en lo relativo a su participación en actividades sindicales. Continúa señalando que no deben existir injerencias entre las organizaciones de trabajadores y empleadores (Art. 2) y que deben crearse los mecanismos adecuados para garantizar el respeto del derecho de sindicación (Art. 3). Agrega finalmente que “deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo” (Art. 4).

El Convenio N° 135 de la OIT del año 1971, versa sobre los representantes de los trabajadores al interior de la empresa y la forma en que se les debe respetar en el

desenvolvimiento de su trabajo. El artículo 1° estatuye que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”; en el artículo 3° se definen quiénes se consideran representantes para efectos del Convenio, y se caracterizan por ser representantes sindicales nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

El Convenio N° 154 de la OIT se gesta a propósito de la negociación colectiva y trata en primer lugar definiciones y su campo de aplicación: se establece en su artículo 2° qué se debe entender por tal concepto, y al respecto señala que “*la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez*”. Cabe desprender de la definición esbozada que se entiende la negociación colectiva en sentido amplio, es decir, su ámbito subjetivo no queda circunscrito a una sola empresa, a diferencia de lo que ocurre actualmente en Chile.

En segundo lugar, trata el método de aplicación del Convenio, y a este respecto señala en su artículo 4° que “*en la medida en que no se apliquen por medio de contratos colectivos, por laudos arbitrales o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional, las disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicadas por medio de la legislación nacional*”. De lo anterior se desprende que el Estado, en especial el Poder Legislativo, está obligado en último término a aplicar el Convenio y a garantizar un mecanismo idóneo para materializar la negociación colectiva en el país.

En tercer lugar, entre los artículos 5° y 8° se establecen disposiciones tendientes a fomentar la negociación colectiva, dentro de las cuales, podemos destacar que: (a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio; (b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio; (c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; (d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; (e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Para adentrarnos en la Recomendación N° 91 de 1951 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debemos señalar primeramente que en su preámbulo se estatuye que las proposiciones del cuerpo normativo adoptan la forma de una recomendación, cuya aplicación queda garantizada por las partes interesadas o por las autoridades públicas, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales, es decir, que no tiene carácter vinculante de manera inmediata.

Este documento pretende sostener que los Estados que la suscriban deben establecer un procedimiento de negociación colectiva apropiado a las condiciones nacionales, para la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos, o para asistir a las partes en la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos. Luego propone una definición de contrato colectivo y al respecto señala que *“comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”*. Finalmente agrega que ninguno de los términos de la definición expuesta debería interpretarse de suerte que implique el reconocimiento de una organización de trabajadores creada, dominada o sostenida económicamente por empleadores o sus representantes.

Respecto de los efectos de los contratos colectivos aplica el principio de la autonomía de la voluntad pero con ciertos matices, dado que si bien las disposiciones en los contratos individuales de trabajo contrarias al contrato colectivo deben ser consideradas como nulas y sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo, las disposiciones favorables al trabajador en el contrato individual de trabajo no deben considerarse contrarias al contrato colectivo, y por tanto deben ser validadas.

Un punto interesante que toca esta Recomendación radica en la extensión de los efectos del contrato colectivo, por cuanto propone una serie de medidas para que se puedan aplicar los términos del contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato. Dentro de los criterios que propone para tal medida están que: (a) el

contrato colectivo debiese comprender desde un principio un número de empleadores y de trabajadores interesados que, según la opinión de la autoridad competente, sea suficientemente representativo; (b) que la solicitud de extensión del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo; (c) finalmente, sugiere que debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones.

### **3.4. La negociación colectiva ante la jurisprudencia administrativa y judicial.**

#### **3.4.1. Los dictámenes de la Dirección del Trabajo.**

##### **Dictamen N° 1163/0029 de fecha 13 de marzo de 2017.**

Surge este dictamen por la presentación de fecha 26 de octubre de 2016, de don Héctor Humeres Noguera. El interviniente advierte que en la nueva normativa -Ley N° 20.940-, en el capítulo sobre “Negociación Colectiva” se omite a los grupos negociadores en la regulación del procedimiento para negociar colectivamente, a diferencia de lo dispuesto para las organizaciones sindicales. Continúa el actor señalando que se hace ineludible integrar la ley, para evitar futuros conflictos ante falta de pronunciamiento en la materia señalada precedentemente.

El dictamen en su capítulo segundo, luego de explicar el contexto sobre la reforma laboral y el objetivo en torno a la titularidad sindical, hace referencia al principio de reserva legal y a la facultad interpretativa de la Dirección del Trabajo. Respecto a estos dos últimos puntos, especifica que *“la cuestión fundamental a dilucidar, es si conforme a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° en relación al artículo*

*19 N° 16, inciso 5°, todos de la Constitución Política de la República, la Dirección del Trabajo se encuentra o no habilitada para ir más allá de la actividad propia tendiente a establecer o fijar el sentido y alcance de la legislación laboral, estableciendo, como se pretende, que se regule todo un estatuto para la negociación colectiva de los grupos negociadores”.*

El profesor Luis Cordero Vega es llamado por la Dirección del Trabajo a redactar un informe en derecho, y en éste señala que: “(...) *la inexistencia de un procedimiento de negociación colectiva para los grupos negociadores representa un grave vacío normativo que no puede ser subsanado a través de soluciones lege lata, toda vez que la Constitución establece sobre esta materia una hipótesis de reserva legal. La Dirección del Trabajo cuenta con una potestad interpretativa en virtud de la cual se encuentra facultada para determinar el sentido y alcance de la legislación laboral. No obstante, no puede en su ejercicio arrogarse funciones de otros órganos del Estado, como son las de la de legislar y adjudicar; ni tampoco atribuírsele al dictamen administrativo los mismos efectos que a la ley o que a una sentencia judicial*”<sup>48</sup>.

En otras palabras, “*hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regula una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto, al reglamento*”<sup>49</sup>.

La Dirección del Trabajo finalmente dictamina que, considerando todos los preceptos constitucionales y legales pertinentes, si ella estableciera un

---

<sup>48</sup> CORDERO VEGA, Luis. “*Informe en Derecho sobre los alcances de la facultad interpretativa de la Dirección del Trabajo a propósito del procedimiento de negociación colectiva para grupos de trabajadores no sindicalizados*”, Santiago, 2017.

<sup>49</sup> DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona, 1988, p. 151.

procedimiento de negociación colectiva para los grupos negociadores, infringiría los artículos 6,7, 19 N° 16 y 63 N° 2 de la Constitución.

A su vez, recalca que tampoco procedería la aplicación supletoria de los procedimientos regulados en el Código del Trabajo, ya que supondría una relación de género-especie entre ellos, cuestión que no sucede, sino que más bien, hay un procedimiento de otra naturaleza que por ahora es inexistente.

### **Dictamen N° 3193/084 de fecha 12 de julio de 2017**

Se reitera la solicitud por parte de don Héctor Humeres Noguera, precisando éste que su primera presentación tenía por fin determinar cuál de las vías existentes en la legislación se debía aplicar respecto de los grupos negociadores, y que en ningún caso se solicitó la creación de un nuevo tipo o modalidad de negociación colectiva.

Ante ello, la Dirección del Trabajo responde que señalando que el análisis sobre la reserva legal efectuado en el Dictamen 1163/29 de 13 de marzo de 2017, en virtud del cual se concluye que excede a las facultades del Servicio la determinación del procedimiento de negociación colectiva aplicable al grupo negociador, no implica desconocer la existencia en el actual Código del Trabajo de una serie de normas que reconocen a los grupos negociadores en distintos ámbitos, y que por tanto, la presentación carece de sustento.

### **Dictamen N° 3938/033 de fecha 27 de julio de 2018.**

La Dirección del Trabajo redacta el presente dictamen por razones de buen servicio, para complementar y modificar el sentido y alcance de las disposiciones legales referidas al registro en la Inspección del Trabajo de los acuerdos de grupos

negociadores como instrumentos colectivos, según se establece en el artículo 320 del Código del Trabajo.

El Servicio considera que el inciso cuarto del número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República establece que la negociación colectiva es un derecho garantizado a todos los trabajadores, independientemente de su condición sindical. A continuación señala que en el requerimiento presentado ante el Tribunal Constitucional a propósito de la Ley N° 20.940, se encontraban dentro de las normas impugnadas aquellas que reconocían a las organizaciones sindicales como único sujeto para asumir la representación de los trabajadores en los procesos de negociación colectiva, en aquellas empresas que contasen con sindicatos.

El Tribunal Constitucional dictaminó en el considerando 19° del fallo que se pronunció sobre el requerimiento señalado anteriormente que:

*“...la Constitución establece que la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores (artículo 19, N° 16°, inciso quinto). En otras palabras, la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores.*

*En efecto, se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados. Dicho de otra manera, se garantiza el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas, la más importante, la retribución por su trabajo.*

*Cabe tener presente que los efectos de un instrumento colectivo recaen, fundamentalmente, y de manera directa, en los trabajadores individualmente considerados. Esta circunstancia está en armonía con la consideración de que la*

*titularidad del derecho a negociar colectivamente recae, como se señaló, en todos y en cada uno de los trabajadores.*

*Teniendo presente lo manifestado precedentemente, el mecanismo de intermediación o representación de la voluntad individual para expresar el interés común del colectivo en una negociación no puede implicar una prohibición o limitación tan drástica (como lo hacen las normas impugnadas) del derecho subjetivo de cada trabajador, más aún teniendo en consideración el límite constitucional al legislador contemplado en el artículo 19, N° 26 de la Constitución (inviolabilidad de la esencia de los derechos)”.*

El Servicio complementa lo anterior afirmando que la facultad de los grupos de trabajadores para negociar colectivamente y celebrar contratos colectivos, sin necesidad de ser representados por un sindicato, está expresamente consagrado en el artículo 6° del Código del Trabajo, el que dispone en su inciso segundo que el contrato colectivo es “*aquel que es celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente...*”.

Finalmente concluye la Dirección del Trabajo que conforme a un análisis sistemático y armónico del Código del Trabajo, especialmente los artículos 11, 43, 82, 178 y 324, se debe aceptar que los acuerdos celebrados entre de grupos negociadores y empleadores constituyen legalmente un instrumento colectivo.

### **3.4.2. Jurisprudencia Nacional**

**Sentencia Rol N° 4495 del 26.10.2007 “Inspección del Trabajo con Pesquera Pacific Star S.A.”.**

En esta causa la forma en que se vulnera al sindicato y su rol en la negociación colectiva no es a través de una negociación individual, sino que es a través de la formación de un grupo negociador paralelo al sindicato, y se declaró que aquello constituía una práctica antisindical. En la parte resolutive del fallo se sentencia que *“animada del propósito de negociar colectivamente con grupos de trabajadores no sindicalizados, efectuó maniobras para la formación de un ente negociador al mismo tiempo que promovió la desafiliación de un considerable número de obreros a su organización sindical para integrarlos a la suya, en perjuicio de la aludida organización sindical, incurriendo con todo ello en prácticas atentatorias de la libertad sindical”*. Como vimos anteriormente, el peligro es real al aceptar a los grupos negociadores como sujetos activos en la negociación colectiva en los casos en que la empresa cuenta con sindicatos establecidos de conformidad a la ley, puesto que éstos al tener una estructura tan efímera, es plausible que la parte empleadora quiera restarle poder negociador a los sindicatos, presionando a los trabajadores y negociando paralelamente con grupos formados espontáneamente, como en el caso sub lite.

### **Sentencia Rol N° 978-2006 “Dirección del Trabajo con Universidad Central”**

En la misma línea que el fallo anterior, el sentenciador del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago ha sancionado como práctica antisindical *“(...)proponer al personal no sindicalizado un convenio en términos similares o levemente más beneficioso, unido a la entrega de un bono por la cantidad de \$130.000, opaca de manera evidente y efectiva el esfuerzo desplegado por el sindicato de dicha entidad en aras de llegar a un buen entendimiento entre las partes, lo que se traduce en definitiva en desmotivar la afiliación”*. Una vez más, podemos constatar lo plausible que son las prácticas antisindicales y el esfuerzo que es capaz de hacer la parte empleadora con tal de atomizar el sindicalismo dentro de la empresa.

**Sentencia Rol N° 2050-2004 “Inspección Comunal del Trabajo con Everscrip Snack Productos Chile” 268**

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago sentencia en esta causa que la circunstancia de adecuarse el convenio colectivo a las normas que lo regulan no excluye la posibilidad de tratarse de una acción antisindical:

*“Que del examen en conciencia de las probanzas aportadas a los autos resulta establecidos diversos hechos, entre los cuales tienen especial importancia el desarrollo del proceso de negociación colectiva que se prolongó entre el 15 de julio y el 26 de agosto de 2002, esto es, durante 42 días; el proceso de convenio colectivo que tuvo lugar entre el 16 de septiembre -día de la elección de la comisión negociadora- y el 9 de octubre siguiente, con una duración de 24 días; el pago de \$40.000 a título de (fs. 77) en el mes de septiembre a los trabajadores que suscribieron el convenio, esto es antes de la conclusión del proceso; y, finalmente, la no discutida notable similitud entre el contrato y el convenio colectivo posterior”. “(...) **Que la circunstancia de adecuarse el convenio colectivo a las normas que lo regulan no excluye la posibilidad de tratarse de una acción antisindical, por cuanto con su celebración sólo se atienden los intereses de las partes”. “(...) Que frente a tales hechos es posible sostener que se ha lesionado el valor libertad en su expresión sindical, el que también constituye una condición claramente necesaria para las relaciones entre trabajadores y empleadores -y por ende para la buena marcha de la sociedad y la economía-, por cuanto a esta Corte le parece razonable entender que el contenido del convenio, como ya se ha dicho notablemente similar al del contrato colectivo recién celebrado, su celeridad y el anticipo de pago al inicio de su proceso afectan la actividad sindical porque la descalifican injustamente, al indicarse con dichos hechos la escasa significación de la organización, puesto que los mismos resultados han podido obtenerse sin pertenecer a ella. Tal circunstancia fáctica importa el atentado a la libertad sindical por injerencia de la letra c) del artículo 289 del Código del Trabajo, porque se corresponde completamente con las***

*actuaciones allí señaladas a título ejemplar para dar contenido a la ya referida expresión injerencia, toda vez que las situaciones allí señaladas son claras afectaciones a la actividad sindical, lo que en la especie está constituido por el simple descrédito del sindicato por su prescindencia como consecuencia de lo obrado”. “(...)Que así las cosas corresponde hacer lugar a la denuncia de autos y sancionar a la empleadora por su infracción, al tiempo que disponer el pago del 75% de la cuota sindical a todos los suscriptores del convenio colectivo, por cuanto estos se han beneficiado del proceso de negociación colectiva precedente atendida la incuestionable similitud entre uno y otro instrumento”.*

Es innegable percatarnos de la perturbación del derecho fundamental de libertad sindical en la causa en comento, la parte empleadora concede los mismos beneficios que otorgó al sindicato a un grupo negociador, incluso entregándoles a estos últimos un bono de manera anticipada, de suerte tal que la credibilidad del sindicato se ve debilitada ante la opinión de los demás trabajadores, surge el cuestionamiento sobre la afiliación sindical con todas las cargas que conlleva, puesto que en caso que el sindicato no hubiese accionado judicialmente, los trabajadores no sindicalizados hubiesen obtenido los mismos beneficios sin siquiera tener que pagar una cuota sindical.

**Sentencia S-38-2011 del 20.09.2011. 2do Juzgado del Trabajo de Santiago.**

Al igual que en la sentencia anterior, vemos la forma en que la parte empleadora puede afectar la libertad sindical haciendo negociaciones paralelas con grupos negociadores, desmotivando la afiliación sindical por las razones anteriormente expuestas.

La sentencia afirma que el empleador ha actuado *“deliberadamente, ha estado dirigida a tratar y conseguir igualar a una organización sindical con un grupo de trabajadores que se ha juntado para alcanzar un acuerdo colectivo de trabajo, con la*

*consiguiente afectación a la libertad sindical”. “En efecto, en su afán de igualar a la organización denunciante con la agrupación de trabajadores, lo que se refleja, como lo reconociera el testigo (...), en que ella misma puso sobre la mesa la cantidad que negociaba la organización sindical como bono de término de conflicto, en que ha terminado pactando con dicho grupo de trabajadores un pago adicional de \$80.000, que ha significado la pérdida de credibilidad de la organización sindical frente a sus afiliados, generando en general una mirada de desinterés frente a la actividad sindical, la que se ha concretado especialmente en que el resto de los trabajadores de la Universidad han visto más conveniente adherirse al convenio colectivo del grupo de trabajadores, por cuanto así existe nula responsabilidad sindical, no se pagan cuotas sindicales, ni se participa activamente en una organización de ese tipo y aún así se obtiene lo mismo”.*

*“Reconocer y amparar una situación como la descrita, máxime cuando se ha establecido que el empleador, además ofreció a los trabajadores no afiliados la posibilidad, concretada estadísticamente, de que se les extendieran beneficios del convenio colectivo del grupo de trabajadores, sin duda al corto plazo significaría la desaparición de la actividad sindical en la Universidad denunciada y ello con la desprotección de organizaciones respecto de las cuales es deber del Estado promoverlas y ampararlas”.*

#### **3.4.2.1. Sentencia Corte de Apelaciones Rol N°56412-2018, que deja sin efecto Dictamen N°3938/033 del 27 de julio del 2018.**

Como vimos en el apartado anterior sobre jurisprudencia administrativa, la Dirección del Trabajo a través del Dictamen N° 3938/33 del año en curso, estatuye que son aptos para participar en una negociación colectiva tanto el sindicato como grupos negociadores. Ante ello, diecinueve expertos en la materia, incluso el ex Director del Trabajo Christian Melis, firmaron una carta que señala: *“resulta*

*preocupante que la autoridad administrativa omite en su actuación, la vigencia de las normas constitucionales aplicables, que disponen que la negociación colectiva sólo es susceptible de regulación por ley, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La controversia suscitada por el destino de los grupos de trabajadores, sólo ha podido resolverse de acuerdo a los mecanismos institucionales que la Constitución establece, por lo que la actuación del Director del Trabajo, desgraciadamente, no sólo lesiona la rica historia de la institución, sino que, además, le coloca en un marco que sobrepasa las facultades que se le reconoce en conformidad a la ley.*

Por otra parte, un grupo de sindicatos de diferentes empresas presentó un recurso de protección con el fin de restablecer el imperio del derecho al haber una acción ilegal y arbitraria por parte de la Dirección del Trabajo, siendo acogido por la Octava Sala de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte señala en el considerando duodécimo que *“de la sola lectura de la ley 20.940 (reforma laboral) en relación al capítulo “De la Negociación Colectiva”, esta no tiene ninguna regulación en relación a los acuerdos entre los grupos negociadores y sus empleadores, de modo que, en la especie, no existió una interpretación de normas legales, sino que -ante un vacío legal-, dio una calificación jurídica a dicho acuerdo y creó una norma, excediendo sus facultades legales”*. De esta manera, la Corte sostuvo el mismo criterio jurídico que la Dirección del Trabajo en los dictámenes N°s 1163/0029 y 3193/084, ambos del año 2017, concluyendo finalmente, que la definición del procedimiento para negociar colectivamente respecto de los grupos negociadores es materia que compete al Congreso por medio de una ley, y no a través de una resolución administrativa.

### **3.4.3. El Proyecto de Reforma de las Relaciones Laborales y la sentencia del Tribunal Constitucional chileno.**

La titularidad sindical se enmarca dentro de la Reforma Laboral del año 2016, como uno de los tres grandes pilares –junto con la modificación en el régimen de la extensión de beneficios y el fin del reemplazo en caso de huelga- para poder mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, especialmente las remuneraciones, a través del incremento de su poder negociador.

Respecto de la titularidad sindical, el proyecto reconoce como sujeto principal de la negociación colectiva al sindicato, restringiendo la posibilidad de los grupos negociadores solamente a aquellos casos en que no exista un sindicato constituido de acuerdo a la legislación vigente.

Frente a esta reforma laboral, los sectores más conservadores del país se movilizan y solicitan a través de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, que éste declare inconstitucionales una serie de artículos, dentro de ellos, destacaremos dos, con el propósito de acotar nuestro análisis.

- Artículo 1°, numeral 4°, del proyecto de ley, que sustituye el inciso tercero del artículo 6° del Código del Trabajo, que reza que *“contrato colectivo es aquel celebrado por uno o más empleadores con uno o más sindicatos, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada establecido en el Título IV del Libro IV de este Código”*.
- Artículo 303: *“Negociación colectiva, definición, partes y objetivo. La negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro. (...) Los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro, a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V de este Libro, o de forma directa, y sin sujeción a normas de procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 314. (...) En todas aquellas empresas en que no exista*

*organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo, según las normas previstas en el artículo 315, grupos de trabajadores unidos para ese efecto”.*

Los principales fundamentos de los requirentes consisten en que se contraviene a la Constitución porque al entregar la atribución exclusiva a los sindicatos –cuanto esté constituido al menos uno en una empresa- de negociar colectivamente se afectarían garantías constitucionales de los trabajadores, establecidas en los artículos 19, N°16 (derecho a la negociación colectiva), 19 N°19 (derecho de sindicación) y el 19 N°15 (derecho de asociación) y el Art. 2 (igualdad ante la ley), todos de la Constitución Política de la República.

Respecto del Art. 19 N°16, esgrimen los diputados que la negociación colectiva es un derecho garantizado a los “trabajadores”, y no a las “organizaciones sindicales”, pudiendo haber incluso legislado en este último sentido, como en el Art 19 N°19 de la Constitución Política.

Pasando al derecho de sindicación, alegan los requirentes que se coacciona directa o indirectamente a los trabajadores a pertenecer a un sindicato, para poder así negociar colectivamente. A su vez, al estar garantizada la libre asociación en nuestra carta fundamental, los trabajadores pueden adoptar mecanismos diversos al sindicato para organizarse –grupos negociadores-, no pudiendo el Estado imponer una sola forma de organización.

En relación al derecho de asociación, los requirentes afirman que no se puede coartar la forma en que los trabajadores quieran organizarse, ya sea a través de sindicatos, o bien, de grupos negociadores. Señalan que con esta limitación se afecta el contenido esencial y con ello se infringe el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política.

Finalmente, en relación al derecho de igualdad ante la ley, los requirentes

sostienen que se estaría estableciendo una diferencia arbitraria en desmedro de los grupos negociadores, dándole un privilegio injustificado a los sindicatos como únicos sujetos capaces de negociar colectivamente.

#### **3.4.3.1 Criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional el punto relativo a la titularidad sindical.**

Las cuestiones a resolver por el Tribunal constitucional pueden resumirse en las siguientes interrogantes: (1) Habiendo en la empresa un sindicato constituido, ¿Sería legítimo prohibirle a un trabajador formar una asociación que no corresponda a una organización sindical? (2) En ausencia de alguna organización sindical dentro de una empresa, ¿Podrían los trabajadores asociarse con el solo efecto de negociar con la parte empleadora?

La mayoría estuvo integrada por los Ministros Aróstica, Ministra Peña, Ministros Romero, Ministra Brahm, Ministros Letelier y Vásquez. Ésta sostuvo que el proyecto (artículo 6°, 303, 315, 321 y 328, que se proponía introducir al Código del Trabajo) en la parte que establecía que la negociación sólo podía llevarse a cabo con los sindicatos, y sólo en caso que no existiera organización con los grupos negociadores, era inconstitucional.

El Tribunal Constitucional considera que se infringe el artículo 19 N° 16, por cuanto la Constitución Política en tal precepto establece que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores”, por lo que el derecho fundamental radica en cada trabajador considerado individualmente, y no puede considerarse que el titular de este derecho pasara a ser exclusivamente la organización sindical. El Proyecto estaría vulnerando el contenido esencial del derecho fundamental al disponer que “la negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más

organizaciones sindicales”. Respecto de este punto, el Tribunal Constitucional cita a un autor para complementar lo dicho: *“Cabe señalar que el derecho constitucional de negociación colectiva está reconocido a los trabajadores como titulares del mismo; que este reconocimiento es amplio, por lo que las limitaciones que se impongan a su ejercicio, deben estar expresamente consagradas en la ley y su interpretación, en consecuencia, debe ser restringida; y, conforme a la norma de hermenéutica constitucional contenida en el N° 26° del art. 19, las normas legales que regulen, complementen o limiten este derecho, no pueden imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio<sup>50</sup>”*. El voto de minoría integrado por los Ministros Carmona, Hernández, García y Pozo consideró que no se vulnera el 19 N° 16, porque la negociación colectiva exige organizaciones sindicales. No es lo mismo la libertad contractual personal que la negociación colectiva. Esta exige una voluntad colectiva, una concurrencia de varios trabajadores. Los trabajadores se agrupan en sindicatos.

La Magistratura considera que además habría una infracción al artículo 19 N° 15 de la Constitución, al considerar que los grupos negociadores son una forma de materializar el derecho fundamental de libertad de asociación. Al respecto señala que *“los grupos negociadores, al igual que todo cuerpo intermedio (artículo 1°, inciso tercero), son agrupaciones de personas o asociaciones que se unen en pos de un fin legítimo (negociar colectivamente). Ni la ausencia de personalidad jurídica de los grupos negociadores, ni la transitoriedad de su actuación (algo, en sí mismo, relativo, debido a la inherente temporalidad de cualquier asociación), impide que un trabajador se encuentre constitucionalmente respaldado por el artículo 19, N° 15°”*.<sup>51</sup>

Sumado a lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que se infringe el artículo 19 N° 19, por cuanto el “derecho de sindicarse” pasaría a ser verse

---

<sup>50</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco, “Los convenios colectivos impropios y el derecho a negociar colectivamente”, IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1998, p. 90.

<sup>51</sup> STC, ROL 3016-2016, considerando 29.

constreñido por la necesidad de los trabajadores de poder negociar colectivamente, al prohibirse otra forma de asociación. De esta manera, no se podría considerar abiertamente que los trabajadores tienen el derecho de afiliarse o desafiliarse de un sindicato, puesto que como sabemos, la negociación colectiva es necesaria para poder mejorar las condiciones de trabajo. El voto de minoría en este caso sostuvo que no se vulnera el 19 N° 19, porque no se afecta la libertad de afiliación. No hay un monopolio. Nada hay en el proyecto que restrinja la posibilidad de formar sindicatos.

Finalmente, se considera infringido el artículo 19 N° 2, en primer lugar, al otorgarle la exclusividad de negociar colectivamente a las organizaciones sindicales, dado que, como señala el fallo, *“la radical limitación a la que se alude no es razonablemente necesaria para lograr alcanzar el objetivo de posibilitar que las organizaciones sindicales puedan desarrollarse sin verse menoscabadas por la presencia de grupos negociadores. De hecho, ni siquiera satisface un test menos exigente si se tiene presente que existen resguardos suficientes en la legislación vigente y, a mayor abundamiento, que la evidencia empírica no controvertida no da cuenta de un menoscabo sustancial actual o inminente”*<sup>52</sup>. En segundo lugar, se ve infringida la garantía constitucional de igualdad al negarle derechos a los grupos negociadores de manera injustificada, especialmente el derecho a huelga, que sí tienen las organizaciones sindicales al momento de negociar colectivamente.

El TC indica a modo de cierre que *“no es razonable, ni menos indispensable, la utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismos, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean extremadamente gravosos, especialmente teniendo en consideración el objetivo buscado. En efecto, la coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirla, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga de los trabajadores no sindicalizados con ocasión*

---

<sup>52</sup> STC, ROL 3016-2016, considerando 40.

*de una negociación colectiva, cuando ello es posible. En consecuencia, las medidas dispuestas por el Proyecto de ley constituyen una discriminación arbitraria y, por ende, infringen el artículo 19, N° 2°, inciso segundo de la Constitución*<sup>53</sup>. El voto de minoría señaló que no se vulnera el 19 N° 2, porque el proyecto busca un trato preferente, no excluyente de los sindicatos. El sindicato es un grupo intermedio especialmente regulado y protegido en la Constitución. La Constitución permite a los sindicatos, los protege y los valora. El sindicato es protagónico en la negociación colectiva. La Constitución protege al trabajador individual y al trabajador asociado en el sindicato.

#### **3.4.3.2. El “conflicto constitucional” aparente entre la efectividad de la negociación colectiva por sindicatos, y la libertad de asociación y libre afiliación sindical.**

El Tribunal Constitucional acoge todo el capítulo relativo a la titularidad sindical, argumentando que los trabajadores deben tener independencia y autonomía suficiente para definir la forma en que se verán representados sus intereses a la hora de negociar colectivamente, de manera tal que una regulación tan “drástica” como la impugnada, atentaría contra la esencia del derecho fundamental (Art. 19 N° 26 CPR) de negociar colectivamente conjugado con la libertad de asociación. En este sentido, a ojos de la magistratura, toda agrupación voluntaria de trabajadores que se conforma para efectos de una negociación colectiva es reflejo del derecho de asociación, y la ausencia de reconocimiento constitucional expreso no conlleva su prohibición. En otras palabras, ni la falta de personalidad jurídica de los “grupos negociadores”, ni su acotada subsistencia en el tiempo podrían considerarse como factores que desamparen a los trabajadores

---

<sup>53</sup> STC, ROL 3016-2016, considerando 45.

de su derecho consagrado en el Art. 19 N° 15 de la CPR (dado que no son requisitos consagrados constitucionalmente).

Sumado a lo anterior, el TC considera que el proyecto atenta a todas luces contra la libertad de sindicarse, puesto que el trabajador para negociar colectivamente no tendrá otra opción que afiliarse a un sindicato, so pena de no poder obtener los beneficios de una negociación colectiva.

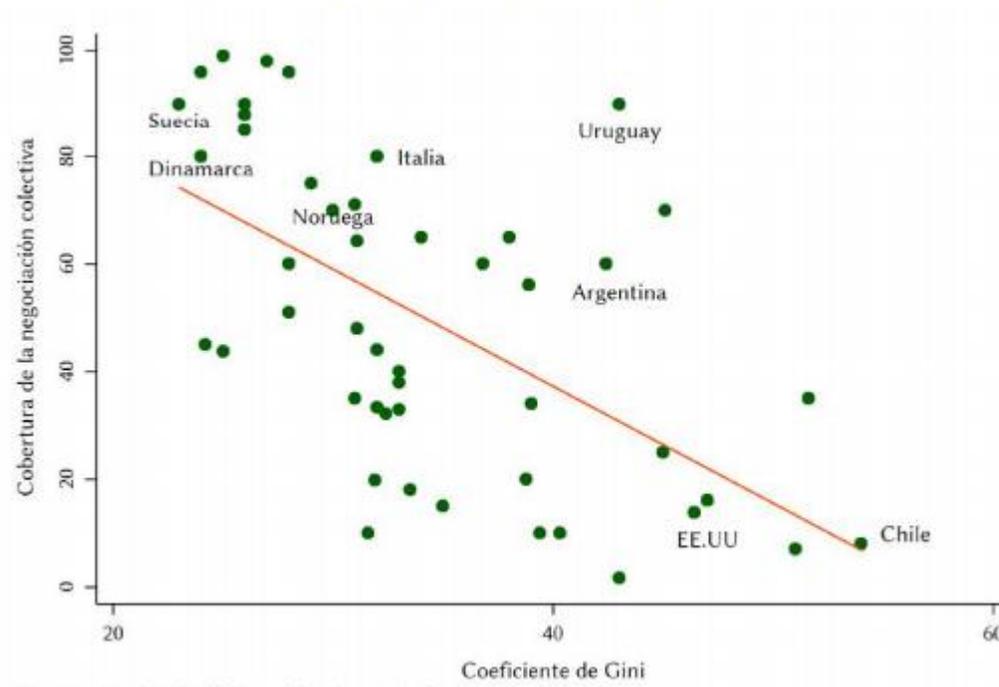
### **3.5. La negociación colectiva en el Derecho comparado.**

En gran parte de las legislaciones estudiadas (Uruguay, España, Portugal, México, Francia, Argentina y Brasil) los titulares para negociar colectivamente corresponden a las organizaciones sindicales, de manera exclusiva. A su vez, *“se puede concluir que de los 23 países de la OECD que el Employment Outlook presenta información, en 21 existe negociación colectiva en más de un nivel (empresa, rama o nacional) y se puede negociar por rama de actividad. Chile es un caso excepcional. En aquellos países donde existe la posibilidad de negociar por rama, es donde se registran los niveles más altos de cobertura, superando el 60%. Sólo en Chile y en Nueva Zelanda se aplicaron cambios estructurales en el grado de centralización de la negociación colectiva, transitando desde la negociación por rama a otra donde exclusivamente se negocia en la empresa. De acuerdo a la literatura, existe una relación causal entre negociación colectiva y distribución del ingreso. Específicamente, mientras más alto es el porcentaje de trabajadores sindicalizados y/o que negocian colectivamente, menor es la desigualdad observada en cada país. Se destacan los trabajos empíricos de Mishel, Card, Freeman y Dustmann”*<sup>54</sup>. El siguiente gráfico demuestra lo anterior nítidamente, estableciendo que a mayor negociación colectiva dentro de un país, mayor es la distribución del ingreso nacional.

---

<sup>54</sup> <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/04/Fundaci%C3%B3n-SOL-2015-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.compressed.pdf>

**Gráfico 13: Desigualdad de Ingresos y porcentaje de trabajadores con negociación colectiva**



**Fuente:** Fundación SOL, publicado originalmente en:  
*Collective Bargaining Structure and the incidence on income distribution, DURÁN(2011)*

Pasando directamente a revisar la legislación comparada, podemos decir que en **Argentina**, la Ley 14.250 consagra que las “convenciones colectivas” corresponden a aquellos acuerdos sobre las condiciones de trabajo entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores, y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial.

Específicamente, el artículo 17 señala que “la representación de los trabajadores en la negociación del convenio colectivo de empresa estará a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda, el que se integrará también con delegados del personal”.

Por su parte, la Ley N° 23.551 sobre organización de las asociaciones sindicales, consagra entre los derechos de aquellas, el de negociar colectivamente, recurrir a la huelga y de adoptar otras medidas legítimas de acción sindical.

En **Brasil**, la negociación colectiva se encuentra regulada por la “Consolidación de las Leyes del Trabajo”, Decreto-Ley N° 5.452, de 1943. En tal cuerpo normativo se establece en sus artículos 513b y 612 que solamente pueden negociar colectivamente organizaciones sindicales, ya sean sindicato, federación o confederación.

En **Colombia** ocurre algo similar a Brasil, según el artículo 467 del su Código del Trabajo, las convenciones colectivas corresponden a aquellas celebradas por uno o más empleadores con uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, con el fin de regular las condiciones de trabajo.

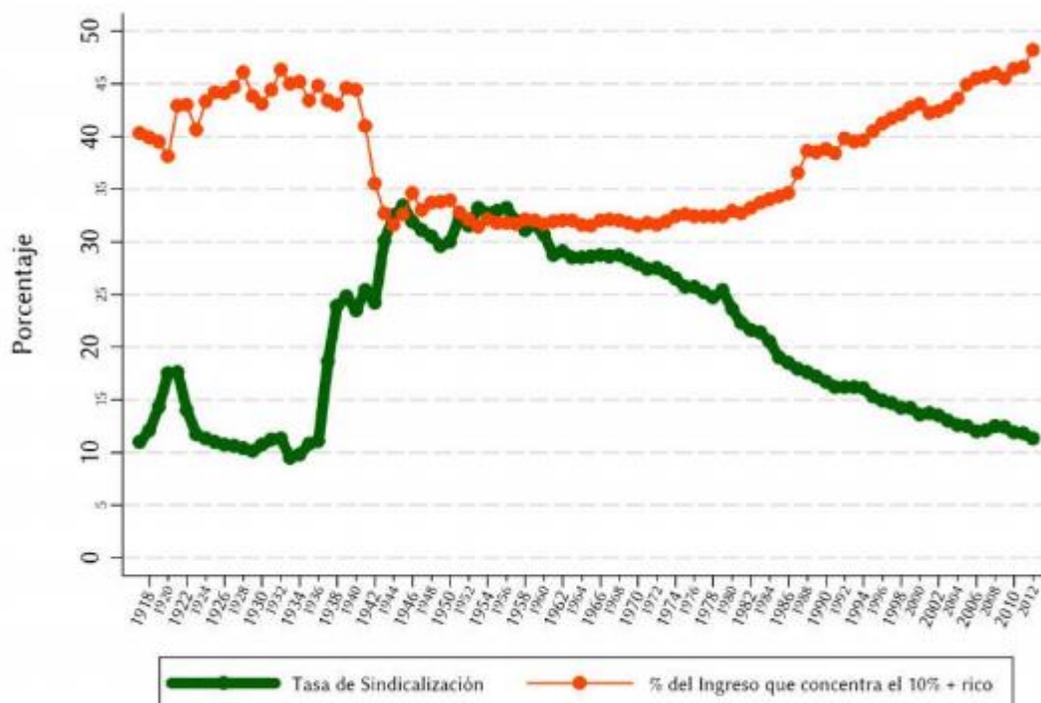
En el caso de **Estados Unidos**, se regula el principio de exclusividad sindical en la “National Labor Relations Act”, en su artículo 9°. “*El principio de exclusividad significa también que el empleador no pueda evitar negociar con el sindicato y hacerlo directamente con los trabajadores, aunque los mismos trabajadores hayan sido quienes iniciaron las negociaciones*”<sup>55</sup>.

El siguiente gráfico demuestra lo que hemos dicho a lo largo del presente trabajo, a la relación directamente proporcional entre el grado de sindicalización y la distribución del ingreso dentro de un país. De esta forma, podemos percatarnos que en el año 1954, en EE.UU., con un grado de sindicalización que del 33% aproximadamente, el 10% de la población más rica concentraba alrededor del 30% del ingreso nacional. A contrario sensu, en el año 2012, con un grado de sindicalización de un 11% aproximadamente, ¡El 10% del sector más rico del país concentra casi el 45% del ingreso nacional!

---

<sup>55</sup> “*Titularidad Sindical Comparada*”, Biblioteca del Congreso Nacional. Paola Álvarez D., Asesoría Técnica Parlamentaria. Equipo de trabajo Christine Weidenslaufer, 08/10/2014

Gráfico 14: Tasa de Sindicalización en Estados Unidos y la participación del 10% más rico, 1918 - 2012



Fuente: Economic Policy Institute (EPI). Union Membership and the Income Share of the Top Ten Percent

Seguendo el estudio comparado, la Constitución **italiana** establece que la organización sindical será libre, no pudiendo imponerse a los sindicatos otra obligación que la de registrarse. En efecto, el artículo 18 de su Constitución señala que “*los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente, sin autorización, para fines que no estén prohibidos a los individuos por la ley penal. Estarán prohibidas las asociaciones secretas y las que persigan, incluso indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar*”. Asimismo, los sindicatos deben tener un régimen interior fundado en principios democráticos. También los sindicatos tienen personalidad jurídica. Del mismo modo, tienen como función principal concertar los convenios colectivos de trabajo. Y se reconoce el derecho a huelga (artículos 39 y 40).

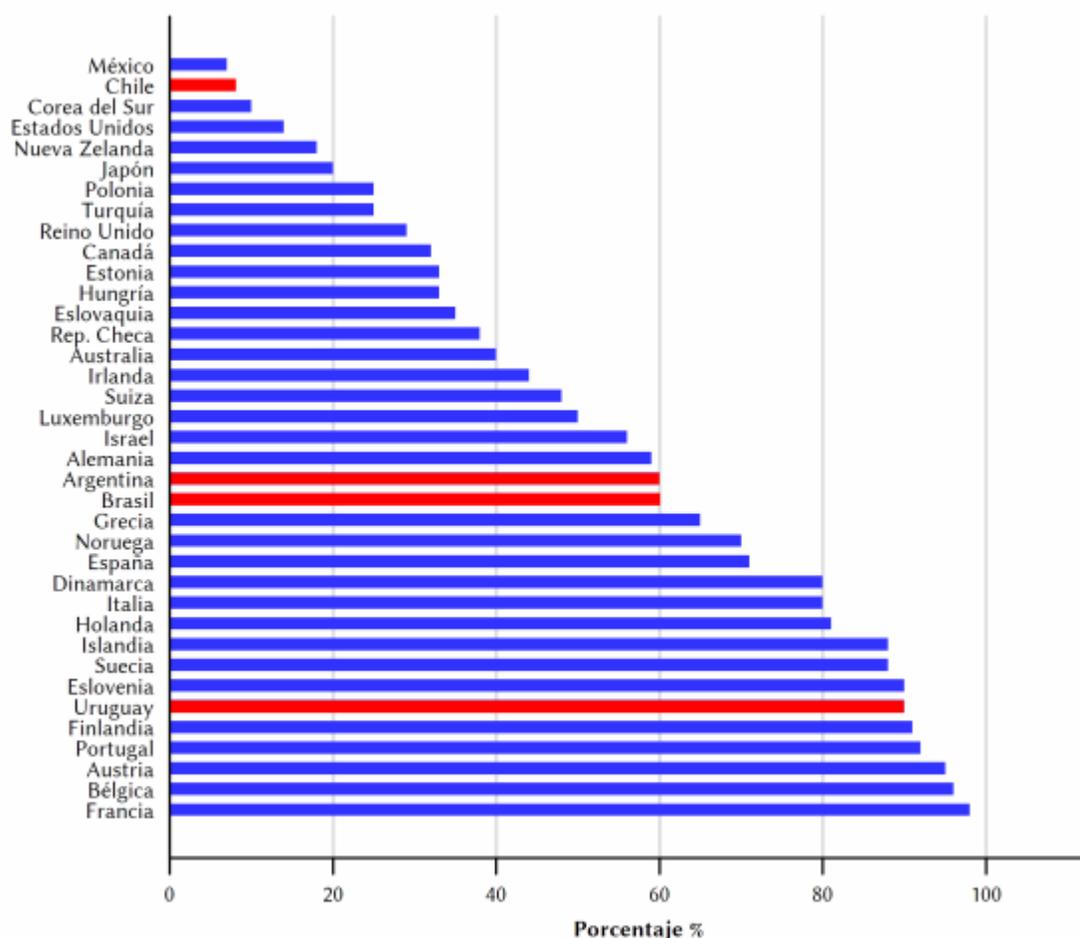
En **España** la titularidad sindical se trata a propósito del “Estatuto de los Trabajadores”, y específicamente su artículo 82 señala que “*los convenios colectivos*

*en la negociación que se desarrolla con los representantes de los trabajadores y los empresarios, en virtud de su autonomía colectiva*". Los sindicatos en cuanto a su creación y actividad son libres. Todos tienen derecho a sindicarse libremente sin que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato. Del mismo modo, se establece que la estructura de funcionamiento interno debe ser democrático. Además, se dispone que los sindicatos deben contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Finalmente, la ley debe garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral, así como la fuerza vinculante de los convenios. Finalmente, se reconoce el derecho a huelga de los trabajadores para defensa de sus intereses (artículo 7, 28, 35, 37). Dado que en España la negociación colectiva no está circunscrita solamente dentro de la empresa, la ley española distingue según el nivel del convenio, estimando por ejemplo, que a nivel de empresa considerada individualmente, el convenio es eficaz cuando se celebra con el empleador y alguna sección sindical que sume la mayoría de los miembros del comité de empresa.

En **Perú**, el artículo 28 de su Constitución establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; que además la sindicación es la encargada de garantizar la libertad sindical y de fomentar la negociación colectiva a través de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Finalmente, a través del siguiente gráfico podemos contemplar un panorama general sobre cuántos trabajadores negocian colectivamente en cada país, y nos podemos dar cuenta de lo poco que se ha desarrollado en el nuestro, y todo lo que ello implica, en especial, la relación que tiene distribución del ingreso, que vimos anteriormente.

**Gráfico 11: Porcentaje de trabajadores que negocian colectivamente, países OECD más Uruguay, Argentina y Brasil**



**Fuente:** Fundación SOL en base a European Trade Union Institute (ETUI) y base de datos AIAS (2011)

\* Última información disponible está comprendida entre los años 2007 y 2012

Cobertura calculada sobre los trabajadores asalariados con derecho a Negociación Colectiva

**Nota:** Chile → Negociación colectiva con derecho a huelga, cifra 2013 (8,4%), en base a Anuarios DT

**Cap. IV.- “Una coexistencia incompatible con los principios de igualdad jurídica y no discriminación”**

Señalado el marco normativo y dogmático de la libertad sindical y la negociación colectiva a nivel nacional e internacional (en los distintos instrumentos que la consagran), así como revisado lo señalado por la jurisprudencia, es atingente exhibir y analizar el contexto en que operan y las principales diferencias que presentan los grupos negociadores y los sindicatos. A continuación se analizará si son dos entidades jurídicas que se encuentran en una misma posición y por consiguiente si debiera el legislador tratarlas de manera semejante o si, por el contrario, sería justificable un tratamiento diferente.

**4.1 Cuadro comparativo entre cargas que deben soportar los afiliados a sindicato y los trabajadores pertenecientes a grupos negociadores.**

El siguiente cuadro comparativo devela de manera sistemática las diferencias principales entre grupos negociadores y sindicatos:

<b>SINDICATOS</b>	<b>GRUPOS NEGOCIADORES</b>
El sindicato está dotado de <i>personalidad jurídica</i> , patrimonio propio y domicilio.	<i>No constituye una entidad distinta</i> a los trabajadores individuales que lo reúnen; el grupo tiene una existencia de facto.
Como requisito de pertenencia es indispensable que el trabajador manifieste su <i>decisión de afiliarse</i> , quedando regido por las respectivas normas estatutarias y como	<i>No existe “acto de afiliación”</i> para reunir un grupo negociador. Solo se limitan a la elaboración de un pliego de peticiones que presentan al empleador.

<p>consecuencia de su calidad de socio: asumiendo las obligaciones y deberes que le corresponden.</p>	
<p>Dentro de los deberes de los socios, encontramos el financiamiento del Sindicato a través de <i>cuotas o aportes</i> ordinarios o extraordinarios.</p>	<p>Los trabajadores reunidos en un grupo negociador <i>no efectúan ningún aporte</i> pecuniario.</p>
<p>Debe cumplir con los <i>quórum</i> de constitución señalados en los artículos 227 y 228 del Código del Trabajo, en relación al total de trabajadores de la empresa.</p>	<p>El Art. 315 inciso tercero del Código del Trabajo señala que podrán presentar proyectos de contrato colectivo en una empresa o en un establecimiento de ella, los grupos de trabajadores que reúnan, a lo menos, los mismos quórum y porcentajes requeridos para la constitución de un sindicato de empresa o el de un establecimiento de ella. Pero agrega que estos quórum y porcentajes se entenderán referidos al total de los trabajadores facultados para negociar colectivamente, que laboren en la empresa o en el establecimiento según el caso.</p>
<p>Los <i>directores sindicales</i> son <i>representantes permanentes</i> de los asociados ante la empresa y ante tribunales de justicia en temas</p>	<p>Entre los involucrados se designa quien llevará a cabo las tratativas con la empresa; <i>sin ser representantes de los trabajadores</i></p>

colectivos por el solo ministerio de la ley.	incumbentes, ni en la negociación colectiva ni en ninguna otra materia.
En relación al acuerdo colectivo, una vez celebrado, durante la vigencia del mismo; la acción sindical <i>controla y verifica su cumplimiento</i> en representación de los asociados.	Al no tener representación de los trabajadores implicados, celebrado el acuerdo colectivo, <i>cada uno de los trabajadores deberá eventualmente exigir por sí mismo ante el empleador el cumplimiento de lo acordado.</i>
Tiene un <i>funcionamiento permanente</i> . La actividad que desarrollan los sindicatos en representación de sus afiliados tiene distintas aristas.	El grupo se <i>disuelve cuando termina la negociación.</i>

#### **4.1.1 En los hechos, una posición desigual.**

Del cuadro anterior se devela claramente la posición desigual que presentan los grupos negociadores y los sindicatos.

Los grupos negociadores no constituyen una organización distinta de quienes lo componen, no tienen reconocimiento constitucional expreso, carecen de patrimonio propio y no existe aporte pecuniario alguno por parte de los involucrados, adolece de falta de representatividad en la empresa, se reúnen transitoriamente con la única pretensión de obtener circunstancialmente beneficios de la empresa y finalmente siendo incapaz de defender tales beneficios verificando el cumplimiento del acuerdo celebrado.

Los sindicatos en cambio, si constituyen una auténtica experiencia asociativa; están expresamente reconocidos y regulados detalla mente por la Constitución, son grupos intermedios y expresión de poder social, tal como lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC Rol 1295), los afiliados realizan aportes periódicos para contribuir al debido funcionamiento de la organización: asisten a asambleas, eligen directores, pagan las cuotas, participan en la comisión revisora de cuentas o comisión electoral, entre otras cargas. Su ámbito de acción es amplio, representando a los trabajadores ante la empresa; desde exigir que la empresa cumpla alguna cláusula del instrumento colectivo o reclamar a la empresa por derechos de algún trabajador hasta llevar a cabo actividades dirigidas a hijos y otros miembros de la familia del afiliado (ayudas solidarias, soluciones habitacionales o acciones recreativas y culturales, entre otras).

En este contexto, el grupo es una mera coordinación oportunista de trabajadores, reconocida por la ley<sup>56</sup> como una alternativa a la participación sindical produciendo un paralelismo organizacional y un fraccionamiento del ejercicio de la negociación colectiva al interior de la misma empresa, mermando la acción colectiva<sup>57</sup> al permitir que estos puedan eventualmente competir con sindicatos en la obtención de beneficios ante la empresa.

Además, este grupo transitorio de trabajadores que en el derecho chileno se les reconoce la posibilidad de negociar colectivamente sin necesidad de constituir un sindicato, existe únicamente en nuestro país y es objeto de crítica y rechazo por la experiencia comparada y la OIT; particularmente el Comité de

---

<sup>56</sup> El Código del Trabajo los reconoce explícitamente en los artículos 303 inciso primero, 315 incisos primero y tercero y 344 inciso segundo.

<sup>57</sup> El profesor Francisco Tapia, considera que: *“En la práctica, la existencia de grupos negociadores llevan a que por esta vía se tienda a impedir la formación del sindicato desde que se promueven negociaciones reales o aparentes que sustituyen a la organización permanente”*. En *“El modelo chileno de exclusión de los derechos sindicales: Crítica a las normas de negociación colectiva”*, Revista de Derecho Laboral Nro. 160, Uruguay, 2008, pág. 9.

Libertad Sindical, ha señalado que la Recomendación 91 sobre contratos colectivos (1951) da preeminencia, en cuanto a una de las partes en la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, reconociendo a los representantes de los trabajadores no organizados solo en el caso de ausencia de tales organizaciones, pues la equiparación de los grupos negociadores con los sindicatos implica la vulneración del principio de libertad sindical<sup>58</sup>.

De este modo, si bien es cierto la OIT le reconoce legitimidad a los grupos negociadores en ausencia de sindicatos, los datos de la Encuesta Laboral (ENCLA) 2014 realizada por la Dirección del Trabajo manifiestan que estos operan principalmente en conjunto con las organizaciones sindicales. Así, en las empresas con sindicato el 88,5% ha negociado colectivamente en los últimos cinco años anteriores a la aplicación de la encuesta, en contraposición a la realidad que exhiben las empresas sin sindicatos, en las cuales solo el 12,3% negociado colectivamente en los últimos cinco años; de manera tal que la proporción de las primeras respecto de las segundas es de más de 7 veces (88,5% vs. 12,3%). Además, un 83,1 % de las empresas no han negociado colectivamente en los últimos 5 años y el 88% de las empresas sostienen que no han negociado porque no tenían sindicato. Y agrega la encuesta que el 70% de las empresas que tienen grupos negociadores ya tenían anteriormente sindicatos.

Estas cifras advierten que la negociación colectiva está vinculada inevitablemente con los los sindicatos. Reafirma la relevancia de la acción sindical que del total de los instrumentos colectivos vigentes el 86,4% reconoce su origen en los sindicatos, mientras que las empresas con instrumentos colectivos vigentes que no cuentan con sindicato es considerablemente menor:

---

<sup>58</sup> Ver informe casos Nros. 1512, 1781, 1926, 2138, 2243, 2216 y 2251. Recopilación de decisiones y principio del Comité de Libertad Sindical del Consejo de la Administración de la OIT, Ginebra 2006, Quinta edición, p. 201.

13,6%. Vale decir, que en las empresas con instrumentos colectivos vigentes menos de un quinto es fruto de grupos negociadores.

Es entonces en este escenario, a partir del cual se debe analizar si se justifica un tratamiento legal diferenciado entre ambos, o si por el contrario no se debe realizar diferenciación alguna; otorgando los mismos medios de acción colectiva a grupos negociadores y sindicatos.

#### **4.2 ¿Grupos negociadores como grupos intermedios?**

Establecido lo anterior, es atingente primeramente definir si esta equiparación en el tratamiento entre los grupos negociadores y sindicatos se justificaría en que los primeros constituyen un **grupo intermedio**; constituido en virtud del **derecho de asociación**, que al alero de lo señalado explícitamente por nuestra carta fundamental sería objeto de protección o, si por el contrario, no sería manifestación genuina del derecho de asociación en todas sus dimensiones.

Nuestra Constitución reconoce el derecho de asociación en el art. 19 No. 15. Este comprende la posibilidad del individuo de unirse voluntaria y establemente con otros para lograr determinados fines – en términos del texto constitucional “el derecho de asociarse sin permiso previo”- y la facultad de autogobierno de la asociación creada<sup>59</sup>. Tal como señala de manera taxativa Nogueira Alcalá: “(...) *constituye la facultad que tienen todas las personas para ejercer la libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las que ya estén creadas, la libertad para no asociarse y para dejar de pertenecer a asociaciones, la libertad de determinar sus fines, la organización de ellas y la determinación de su funcionamiento interno sin interferencias públicas y el conjunto de facultades*

---

<sup>59</sup> García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, “Diccionario Constitucional Chileno”. Santiago, 2014, p. 334 y ss.

*que tienen los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones de que forman parte o frente a aquellas en que buscan integrarse(...)*<sup>60</sup>.

Asimismo, el tribunal Constitucional señala que el derecho de asociación es la “(...) *facultad de una persona de unirse a otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado(...)*”<sup>61</sup>.

El derecho de asociación es de naturaleza dual, y la doctrina ha identificado dos dimensiones: en su faz individual (que posee un doble carácter; positivo y negativo), comprende la facultad de formar, modificar o extinguir asociaciones, imponiendo al Estado un deber de no interferencia. Además, permite proteger al individuo en contra de la asociación obligatoria toda vez que incluye el derecho a abandonar una asociación. En su faz colectiva, comprende la facultad de autogobierno; dictar normas, elegir su forma de conducción y representación<sup>62</sup>.

De igual forma, ha sido reconocida esta doble dimensión en el TC; como derecho de asociación (libertad positiva) y libertad de asociación (libertad negativa)<sup>63</sup>.

Determinado el alcance del derecho recogido en el art. 19 No.15 de la Constitución, la pregunta relevante es si los grupos negociadores constituyen una asociación (como manifestación y resultado del ejercicio del derecho de asociación) y entonces, si en razón del deber de reconocimiento y amparo de los grupos intermedios (art. 1, inc 3 CPR) el Estado debe protegerlos y no interferir en sus fines.

---

<sup>60</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”, Santiago 2008, Cecoch Librotecnia, Tomo II, pp. 548 y ss.

<sup>61</sup> Véase STC Rol No. 43 cons. 12.

<sup>62</sup> García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, “*Diccionario Constitucional Chileno*”. Santiago, 2014, p. 334 y ss.

<sup>63</sup> Véase STC Rol No. 184-94 cons. 7 letra c).

Primeramente, es manifiesto que la dimensión colectiva del derecho de asociación no se expresa en los grupos negociadores. Esta dimensión institucional u objetiva del derecho, tal como nos señala de manera taxativa Nogueira Alcalá: “(...) corresponde a la asociación como ente colectivo, que le permite dotarse de sus reglas de funcionamiento, determinar sus órganos internos y sus respectivas competencias, los derechos y deberes de los asociados, el desarrollo de sus actividades sin interferencias de los poderes públicos (...)”<sup>64</sup>. En estos términos, los grupos negociadores carecen de esta faz colectiva; no existe una organización con voluntad propia y representatividad en la empresa (el grupo que reúnen no representa a los involucrados en la negociación colectiva en la empresa, puesto que cada trabajador acepta de manera individual la oferta realizada por la empresa, no habiendo representatividad ni delegación de decisiones de los interesados en el grupo negociador), no se dan reglas propias ni existe una determinación de los derechos y obligaciones de los asociados, como tampoco el patrimonio y su gestión (esto resulta inviable pues los trabajadores involucrados no efectúan ningún aporte económico) y eventualmente los requisitos de admisión y expulsión. En definitiva, los grupos negociadores no se diferencian de los socios que los componen y no existe una autodeterminación colectiva de los mismos.

En segundo término, en relación a la dimensión individual (positiva) no resulta claro si los grupos negociadores son manifestación de la misma<sup>65</sup>. El texto constitucional en su art. 19 No. 15 inc. 1, se limita a señalar que la constitución asegura a todas las personas “el derecho a asociarse sin permiso previo”. Sin embargo, como se señaló anteriormente, tanto la doctrina como la

---

<sup>64</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales*”, Santiago 2008, Cechoch Librotecnia, Tomo II, pp. 551-552

<sup>65</sup> En este punto la dimensión individual “negativa”, entendida como aquella que establece que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación, carece de relevancia para determinar si el grupo negociador es una auténtica asociación.

jurisprudencia han fijado su alcance. De este modo, se entiende que la unión voluntaria con otros para la consecución de ciertos fines supone que la misma tenga cierto grado de “permanencia” o una pretensión de “estabilidad” en el tiempo, cuestión que en la práctica adolecen los grupos negociadores, toda vez que se disuelven de inmediato una vez concluida la negociación.

Este grado de permanencia o pretensión de estabilidad fue, en un principio, aceptado por el Tribunal Constitucional (STC Rol No. 43 cons. 12), criterio que es desconocido en la STC Rol No. 3016 cons. 6, en la que el voto de mayoría, sostiene que ni la ausencia de personalidad jurídica ni la transitoriedad de la actuación implica que el derecho de asociación no ha sido ejercido. En este punto, parece más acertada el análisis del voto disidente donde se reflexiona además sobre las implicancias de la admisión de estas “asociaciones morales” en la negociación colectiva. Sostiene la disidencia que estas “asociaciones” existen como una modalidad que no requiere del permiso de nadie, que no se han constituido jurídicamente (carecen de personalidad jurídica) y que habilita a un estadio de desarrollo de la voluntad común que supera la mera reunión y que permitiría configurar una negociación colectiva.

Continúa señalando que esta ausencia de estructura y organización jurídica hace incompatible sostener que nos encontremos frente a una voluntad común. Se trata de un déficit de titularidad que adolece de las modalidades organizativas que permiten realizar y concretizar el derecho; una débil titularidad sumada a la ausencia de estructura deviene en una imposibilidad práctica de ejercer el derecho a negociación colectiva.

En definitiva, en consideración a lo señalado, si bien es cierto pareciera ser claro que los grupos negociadores no son expresión de la dimensión colectiva del derecho de asociación (por su manifiesta inexistencia orgánica y estructural que permita distinguirlos de los individuos involucrados) y por ende difícilmente

calificables como grupos intermedios<sup>66</sup>; por cuanto además adolecen de una función de reconocimiento que los lleve a estructurar la sociedad (dimension estructurante del ámbito laboral que si se reconoce en los sindicatos expresada en la función económica y social que cumplen y que los ha llevado a ser reconocidos como sujetos históricos) y no serían entonces objetos de una especial protección constitucional (máxime cuando siquiera están consagrados en el texto constitucional, a diferencia de los sindicatos a los cuales se les reconoce explícitamente), queda en la duda, tras el fallo del Tribunal Constitucional que identifica el elemento de permanencia como no definitorio del derecho, si se les puede considerar como manifestación de la dimensión individual positiva, toda vez se trataría de trabajadores reunidos voluntariamente sin permiso previo con la pretensión común de negociar colectivamente y, en un estadio anterior a su formación, como manifestación de la dimensión individual negativa por cuanto se protege al individuo en contra de la asociación obligatoria y la facultad de abandonar la asociación.

### **4.3 Una equiparación arbitraria**

Descrito el contexto y principales diferencias entre los grupos negociadores y sindicato, así como la naturaleza jurídica de cada uno, y aplicando lo expuesto en el capítulo sobre el principio de igualdad jurídica y no discriminación, es posible responder a la pregunta sobre si la equiparación entre estos dos entes constituiría una equiparación arbitraria; infringiendo el principio de igualdad jurídica y la prohibición de discriminación, dos principios que representan la

---

<sup>66</sup> Se ha entendido los grupos intermedios como “*organizaciones* voluntariamente creadas por las persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado para que cumplan sus fines específicos a través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público” En un sentido similar, como “una pluralidad de personas que de algún modo se hayan vinculado por determinada situación, y así no lo son ni las personas separada,énte consideradas ni en cierto modo tampoco las familias, *ni las agrupaciones ni aglomerados inorganicos*”. García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, “Diccionario Constitucional Chileno”. Santiago, 2014, p. 503.

misma idea enfocada desde distintos ángulos: por cuanto cabe recordar que el principio de igualdad se entiende con un contenido múltiple: mandata a tratar igual a los iguales (principio de igualdad) y, por otro lado, prohíbe tratarlos de forma distinta sin justificación (principio de no discriminación)<sup>67</sup>.

Del reconocimiento de este contenido múltiple del principio de igualdad, recordando lo planteado por Lizama y Ugarte, se deriva que éste comprende tres aspectos normativos:

- 1.) La disposición *imperativa*; tratar del mismo modo a los que están en una misma situación o categoría, según el criterio material escogido (igualdad),
- 2.) La disposición *permissiva*; que autoriza a no tratar del mismo modo a quienes están en posiciones o categorías diversas, en consideración a un criterio y/o factor de distinción que esté justificado (simple desigualdad) y
- 3.) La disposición *prohibitiva*; de tratar distinto o de forma desigual a quienes estén en posiciones o categorías distintas en virtud de criterios injustificados de desigualdad (discriminación)<sup>68</sup>.

En este contexto, se anticipa que el problema de los sujetos activos en la negociación colectiva se presenta precisamente por la *vulneración manifiesta de la disposición prohibitiva del principio de igualdad, toda vez que se trata “igual a los distintos” bajo la condición de un criterio de discriminación injustificado, esto es; subjetivo y no razonable.*

Esta vulneración se configura en 3 fases consecutivas. En *primer lugar*, los trabajadores parte del sindicato y los trabajadores involucrados en los grupos negociadores se encuentran en una posición distinta. Tal como se detalló en el inicio de este capítulo, mientras los primeros soportan las cargas que conlleva el formar parte de un sindicato, los segundos no tienen ninguno de estos deberes

---

<sup>67</sup> Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Editorial jurídica ConoSur Ltda. Santiago, 1998. P. 196.

<sup>68</sup> Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. Op. Cit. No. 12, p. 197.

y obligaciones. Igualmente, a nivel colectivo son dos entes con naturaleza jurídica diversa, mientras los sindicatos configuran una auténtica experiencia colectiva y organizativa siendo claramente calificables como grupos intermedios (con reconocimiento constitucional expreso y regulados detalladamente), los grupos negociadores como se analizó, no conforman grupos intermedios sino que son una mera reunión transitoria de trabajadores con una única y transitoria pretensión.

En *segundo lugar*, no obstante este estado de situación, hay un tratamiento legislativo (y tras el fallo del tribunal constitucional) y jurisdiccional igualitario a dos realidades distintas; al otorgar los mismos medios de acción colectiva. Incluso la legislación otorga beneficios en la conformación de grupos negociadores que hacen que ésta sea menos dispendiosa que la de los sindicatos. Así, cuando artículo 315 inciso 3 del Código del Trabajo se refiere a los quórum y porcentajes requeridos para la constitución de un grupo negociador (señalando en primera instancia que serán los mismos que los del sindicato), en seguida agrega que los mismos se entienden referidos al total de los *trabajadores facultados para negociar colectivamente*, que laboren en la empresa. Estos quórum y porcentajes son efectivamente menos restrictivos que la constitución de un sindicato; por cuanto los quórum de estos últimos son en relación al total de trabajadores que laboren en la empresa y no solamente a los que están facultados para negociar colectivamente (excluyendo aquellos enumerados en el artículo 305 CT)<sup>69</sup> como en el caso de los grupos negociadores, situación que además atenta contra la libertad colectiva de actuación sindical<sup>70</sup>. En *tercer*

---

<sup>69</sup> En este grupo encontramos: (1) trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, (2) trabajadores contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada, gerentes, (3) gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados de facultades generales de administración, (3) personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores y (4) los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

<sup>70</sup> Gamonal Contreras, Sergio. “*Trabajo y Derecho*”. Legalpublishing, Santiago, 2010. P. 114.

*término*, esta equiparación y tratamiento más beneficioso no encuentra una justificación objetiva y razonable: los grupos negociadores no constituyen un grupo intermedio (ausencia de estructura y organización) que deba ser respetado, amparado y promovido por el legislador y su aceptación en la negociación colectiva cuando existe un sindicato previamente constituido, como ya se expuso en el capítulo tercero, constituye una práctica antidsindical o desleal y así lo ha interpretado la jurisprudencia nacional. Además, una supuesta protección al derecho de asociación (derecho que de todas maneras se les reconoce a los trabajadores no sindicalizados toda vez que pueden constituir otros sindicatos en iguales condiciones y cumpliendo los mismos requisitos al que ya se encuentra constituido y no decidan afiliarse) no puede traer como consecuencia una vulneración manifiesta a la libertad sindical y la obstaculización de la acción colectiva de un grupo intermedio, constituyendo, por lo demás, una restricción absolutamente desproporcional en pos de un derecho que de igual forma se encuentra resguardado.

De esta manera está equiparación entre quienes se encuentran en situaciones distintas, carente de una justificación objetiva y razonable conlleva necesariamente a una discriminación indirecta y arbitraria a quienes deciden sindicalizarse. Se trata de una medida en principio general y “neutra”, pero que genera una situación de desventaja para los sindicatos.

En este contexto, la justificación del criterio de diferenciación entre los grupos negociadores y los sindicatos, cual es la constitución (o no) de una auténtica experiencia asociativa, que implique eventualmente un tratamiento uniforme o desigual, la encontramos en el plano de los hechos. Es precisamente la realidad antes descrita, la que nos permite señalar que la equiparación de estas dos situaciones tan disímiles, cuya justificación sería que los grupos negociadores son expresión del derecho de asociación, es subjetiva y no razonable pues, además de afectar la libertad sindical, adolece de un correlato

en los hechos. Desde la perspectiva inversa, las condicionantes de la realidad expuestas, se configuran como una justificación objetiva que fundamenta un tratamiento diverso.

#### **4.- Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

Desde el momento en que el artículo 5 inciso 2 de nuestra Carta fundamental prescribe que es deber de los órganos del Estado el respeto y promoción de los derechos consagrados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile, se hace necesario analizar el ámbito subjetivo de la negociación colectiva al alero de los parámetros fijados en las convenciones e instrumentos internacionales pertinentes, vale decir, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, bajo los parámetros que nos entregan los diversas convenciones e instrumentos internacionales pertinentes y vigentes en Chile, estamos en condiciones de analizar de manera más adecuada el alcance y las consecuencias de ésta co-titularidad en el ámbito subjetivo de la negociación colectiva. Así, será imprescindible tomar en consideración lo prescrito por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En complemento a lo anterior, son relevantes la directrices otorgadas por los distintos Convenios OIT, específicamente el Convenio 87; sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, el Convenio 98; sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva y, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo de 1998.

En suma, un análisis desde el Derecho Internacional de los Derechos humanos nos permitirá revisar dos cuestiones fundamentales:

1.) Determinado que el régimen de co-titularidad en la negociación colectiva existente en Chile vulnera el principio de igualdad y no discriminación, reconocidos en el derecho internacional como una norma *ius cogens*<sup>71</sup>, toda vez que hay una comparación entre dos sujetos sumado a una acción (legislación preferente y fallo del Tribunal Constitucional) fundada en motivos subjetivos y no razonables que trae como consecuencia un perjuicio; cual es el menoscabo al ejercicio de un derecho reconocido convencionalmente (libertad sindical), en el plano internacional, además, se *podría configurar responsabilidad y la eventual obligación de reparar.*

2.) Además, se determinará si el proyecto de ley que moderniza las relaciones laborales e impugnado en el Tribunal Constitucional otorgando titularidad preferente a los sindicatos cumple con los estándares internacionales, específicamente se determinará si en el ámbito de la negociación colectiva el derecho de asociación (en la única dimensión en que es posible su afectación) de los trabajadores no afiliados al sindicato puede ser objeto de una restricción legítima para lograr la protección de la libertad sindical.

#### **4.4.1.- La obligación de respeto y garantía de la libertad sindical. Contenido y alcance al alero del derecho internacional de los derechos humanos e instrumentos OIT.**

---

<sup>71</sup> La Corte Interamericana de derechos humanos ha sostenido: “En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado al dominio del *Ius cogens*”. Opinión consultiva 18/03, párrafo 101.

Sabido es que, sumado a la prohibición de discriminación, la obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta mediante dos obligaciones principales: respeto y garantía.

La obligación de *respeto* consiste en cumplir directamente la conducta establecida en la norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. De este modo, las acciones de cumplimiento por parte del Estado puede ser positivas (actividad de prestación) y/o negativas (abstención) y están definidas por cada derecho o libertad particular.

La obligación de *garantía* implica que el Estado está obligado a crear las condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la respectiva convención, cualquiera sea su contenido normativo. Esta obligación de garantía implica necesariamente medidas positivas: 1) medidas para asegurar el goce y ejercicio del derecho que pueden ser generales (como por ejemplo legislar internamente para remover los obstáculos normativos) o especiales. 2) medidas para amparar a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del estado o particulares: se exige que la amenaza sea seria y la medida adopta por el Estado sea proporcional a la misma. 3) medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos 4) medidas y reparación de la víctima y 5) medidas de cooperación con órganos internacionales para el desarrollo de actividades de control.

Estas obligaciones están determinadas por el alcance y contenido de cada derecho en particular. En este sentido para determinar el contenido y alcance de la libertad sindical hay que considerar además de los instrumentos de derechos humanos, las convenios Nos 87 y 98<sup>72</sup> de la Organización Internacional del Trabajo.

---

<sup>72</sup> Ambos convenios ratificado por Chile. Diario oficial, 12 de mayo de 1999.

Tanto en el Artículo 22 PIDCP como en el artículo 8 PIDESC se reconoce el derecho a formar sindicatos y afiliarse a ellos como parte esencial de la libertad sindical. Se refuerza, además, la protección de este derecho al señalar el artículo 22.3 del primero de los instrumentos señalados que “(...) *ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación* (referencia expresa al Convenio No. 87 OIT), *a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en el ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías (...)*” .

Semejante es la obligación prescrita por el art 8.1 a) del PIDESC cual es la prohibición de los Estados de imponer restricciones al derecho de sindicalización que no sean las prescritas por la ley y necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades de ajenos (estos son considerados límites legítimos que, junto a otros requisitos, justifica una restricción de derechos como se analizará más adelante).

Se debe agregar además que la CADH reconoce el derecho de las personas de asociarse para fines laborales u otros y señala de manera taxativa en su artículo 29.a que la interpretación de las normas de la Convención no pueden llevar a suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, e incluso agrega el artículo 29.b; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de esos Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados. El artículo 2 de la CADH por su parte consagra la obligación del Estado de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención.

Estas disposiciones convencionales, si bien establecen prohibiciones y deberes generales de los Estados respecto a los derechos consagrados en las Convenciones, la especificación de estas obligaciones vienen determinadas por el contenido del derecho mismo, y para eso es necesario revisar las normas pertinentes en los Convenios OIT ya mencionados.

En este punto, juega un rol fundamental el convenio No. 87 OIT (al cual se refiere el artículo 22.3 PIDCP) sobre libertad sindical. Son disposiciones relevantes en este instrumento: el artículo 10 que recoge una amplia titularidad que acoge el pluralismo organizativo en el ámbito sindical al señalar que el término organización significa *“toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”*.

A su vez, el artículo 2 reconoce el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones que estimen convenientes y afiliarse o desafiliarse a ellas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Se reconoce también en el artículo 3 la autonomía de las organizaciones y en los artículos 5 y 7 la posibilidad de constituir federaciones y confederaciones así como la imposibilidad de exigir condiciones para la constitución de la personalidad jurídica que limite lo dispuesto en los artículos antes mencionados. Y finalmente, el artículo 11 resalta la obligación de respeto y garantía del libre ejercicio del derecho de sindicación.

De la lectura de estas normas, se devela que el convenio admite la plena organización sindical y la necesidad de contar con la personalidad jurídica esencial para el ejercicio de estos derechos.

Lineamientos importantes encontramos también en el Convenio No. 98 OIT, particularmente al establecer en su artículo 1.1 que los trabajadores deberán gozar de protección contra actos de discriminación que menoscaben la libertad sindical y en su artículo 2.1 al garantizar la protección contra actos de injerencia que, acto seguido, son precisados en el artículo 2.2 como “(...) *medidas que tiendan a fomentar la constitución de organización de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores(...)*”. Se consagra de este modo, una tutela amplia a la libertad sindical.

En adición a estos dos instrumentos, encontramos los Convenios Nos. 135<sup>73</sup> y 154<sup>74</sup> OIT, sobre protección y facilidades que deben otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores y sobre promoción de la negociación colectiva, respectivamente. Si bien es cierto solo el primero de estos Convenios ha sido ratificado por nuestro país, se cita el segundo por cuanto reafirma y especifica el primero. Así, en el artículo 5 del Convenio No. 135 OIT se sostiene explícitamente que “(...) *cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes(...)*”, idea que se reafirma en el ámbito de la negociación colectiva en el artículo 3.2 del Convenio No. 154 OIT al sostener que cuando en la negociación colectiva se incluya igualmente negociaciones con los representantes de los trabajadores (señalados en el párrafo 1 del mismo

---

<sup>73</sup> Ratificado por Chile, Diario Oficial 29 de Julio del 2000.

<sup>74</sup> Instrumento que aún no ha sido ratificado por nuestro país.

precepto), deberán “(...) adoptarse las medidas necesarias para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas (...)”. Se reconoce por un lado claramente otras titularidades diversas a los sindicatos en completa armonía con la idea de diversas formas organizativas que representan a los trabajadores. Y es precisamente el artículo 3 del Convenio 135 el que delimita que se entiende por “representante de los trabajadores”, comprendiendo por un lado (a) los representantes sindicales o los (b) representantes electos, aquellos que son libremente elegidos por los trabajadores de la empresa de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos Pero se establece claramente que la existencia de estos representantes no puede menoscabar la posición de los sindicatos.

Reforzando esta idea, ambos Convenios han sido interpretados a través de los instrumentos oficiales por los organismos técnicos de la OIT y han sostenido al respecto que: “(...) en el convenio sobre los representantes de los trabajadores (no. 135), y en el Convenio sobre negociación colectiva (no. 154), figuran disposiciones expresas para garantizar que cuando en una misma empresa existan sindicatos y representantes elegidos por los trabajadores, se adopten medidas apropiadas para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados (...)”<sup>75</sup>. De igual forma para el Comité de Libertad Sindical la Recomendación 91 sobre contratos colectivos, “(...) da preeminencia, en cuanto a una de las partes en la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores. O organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en

---

<sup>75</sup> OIT, Libertad Sindical. Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta edición, párrafo 946.

*detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores (...)*<sup>76</sup>.

Por último, cabe destacar el punto 2 de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 que destaca que: *“(...) todos los miembros, aún cuando no hayan ratificado los Convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos Convenios, es decir: i) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (...)*”.

A la luz de estos instrumentos queda de manifiesto el lugar central que ocupa para la OIT y los diversos instrumentos regionales e internacionales, el reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental de validez universal y las correlativas obligaciones de los Estados, de respeto y garantía para lograr su consecución efectiva. Se reconoce la libertad sindical en un sentido amplio, en su faz organizativa (formación de organizaciones de trabajadores), autonormativa (negociación colectiva) e incluso la huelga, de manera tal que la acción estatal (entendida en un sentido amplio) deberá dirigirse a adoptar todas las medidas positivas y negativas necesarias para alcanzar el pleno respeto de este derecho en el ordenamiento jurídico interno.

Al equiparar, el legislador y el TC, a los grupos negociadores con los sindicatos, se vulnera la obligaciones de respeto y garantía a la libertad sindical al infringir abiertamente lo prescrito por los artículos anteriores, legislando y declarando constitucional una práctica antisindical y/o desleal que afecta a los titulares de la libertad sindical que negocian colectivamente, proscrita por los instrumentos

---

<sup>76</sup> La Libertad Sindical. Oficina Internaonal del Trabajo, Cuarta Edición revisada, 1996, párrafo 238.

internacionales de derechos humanos y los Convenios OIT, restringiendo de este modo, severamente este derecho.

#### **4.4.2 Límites legítimos.**

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible que una persona no pueda ejercer plenamente algunos derechos y que esta situación esté plenamente justificada. Esto ocurre cuando nos encontramos frente a una limitación legítima al goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente: una restricción o una suspensión admitida por el derecho internacional.

No se hará referencia a la suspensión temporal de derechos, porque los presupuestos facticos en que opera (artículo 4 PIDCP y artículo 27 CADH) no aplican en la situación que se analiza.

En el ámbito de los derechos humanos nos podemos encontrar con 3 situaciones: a) derechos que no admiten restricción (tales como la esclavitud, libertad de conciencia o tortura), b) derechos que admiten restricciones particulares (propiedad y asociación de fuerzas armadas) y c) derechos que admiten restricciones generales. En esta última categoría se encuentra la libertad sindical.

La posibilidad de restringir un derecho no es una facultad discrecional, está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones fijadas por el derecho internacional, cuya inobservancia la transforma en ilegítima y por tanto, deja de ser una simple vulneración de un derecho y puede ser catalogada como una violación de obligaciones internacionales del Estado.

La primera condición es que la medida este *establecida por ley*<sup>77</sup>. Se trata este primer requisito de una protección contra la posible arbitrariedad del agente. No hay controversia en este primer requisito; los grupos negociadores están establecidos en la ley laboral chilena en diversas normas.

El segundo límite es que la *causa que se invoque* para justificar la restricción sea de aquellas *establecidas en los instrumentos internacionales*, sea como norma general o específicamente para determinados derechos. Usualmente, estas causas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, la protección de la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los otros. En relación a los grupos negociadores, la justificación ofrecida es la supuesta protección a el derecho de asociación de los trabajadores no sindicalizados, vale decir, la protección de los derechos y libertades de otros. Como se definió anteriormente, los grupos negociadores no constituyen una auténtica experiencia asociativa, por lo que en principio no existe derecho que restringir. Aún si consideráramos que en cierto punto si es expresión de la dimensión individual positiva la cual podría verse eventualmente restringida y que sería posible de proteger, supondría aceptar que en el ámbito de la negociación colectiva se podría constituir cualquier asociación inorgánica y sin una estructura clara dotada de personalidad jurídica ni representatividad, situación que constituye una completa inadecuación a las normas convencionales.

Finalmente y como tercer requisito, las medidas de restricción debe respetar el principio de proporcionalidad. La Corte Interamericana de derecho humanos ha sostenido que este principio está compuesto de tres elementos: i) la medida debe ser “necesaria”, debe responder a una apremiante necesidad social y debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses

---

<sup>77</sup> Véase artículos 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

públicos o los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados, ii) deberá ser “adecuada”, esto es, conducente para obtener la protección del respectivo derecho a través de la restricción del otro en colisión y iii) será “proporcional”, la medida deberá conseguir el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de restricción; si existe una alternativa menos gravosa, se empleará esa alternativa<sup>78</sup>.

En consideración a este marco conceptual, la restricción examinada no resulta proporcional. La protección al derecho de asociación en su dimensión individual positiva (si es que existiera en los grupos negociadores) si se puede conseguir sin afectar la libertad sindical, permitiendo la formación de cualquier otra organización representativa de trabajadores (no necesariamente otro sindicato, en derecho comparado delgados de personal o comités de empresa) en cumplimiento de los requisitos que legítimamente pueda establecer el legislador.

#### **4.4.3 Responsabilidad Internacional. “Actuación estatal”.**

Un tema de suma relevancia en el escenario Internacional, es la configuración de responsabilidad, por cuanto puede traer consecuencias para el Estado infractor que deriva en la obligación de reparar la violación respectiva.

Los elementos que integran el hecho ilícito Internacional son: 1) la existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente y 2) que esta sea imputable al Estado. Aquí, la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

---

<sup>78</sup> OC- 5/85

La adopción de una medida legislativa arbitraria incompatible con las obligaciones internacionales de respeto y garantía de la libertad sindical ( y vulneratoria de la prohibición general de no discriminación), por cuanto promueve una práctica antisindical debilitando la acción colectiva de manera ilegítima, y la interpretación inadecuada por el Tribunal Constitucional (como órgano del Estado) a estándares internacionales que surgen literalmente de los diversos instrumentos internacionales analizados, así como de la interpretación de organismos técnicos especializados, configuran la responsabilidad internacional de Estado de Chile. En este sentido, en relación a la actuación del Tribunal Constitucional, no se considera una excepción válida de la actuación del Tribunal Constitucional chileno la aplicación de normas de derecho interno.

#### **4.4.- Revisión del proyecto de ley desde el DIDH.**

Realizado el examen de legitimación en la restricción a la libertad sindical que implica la actual normativa y la errada interpretación sostenida por el TC, se someterá al mismo análisis al proyecto de ley que fue impugnado ante el órgano constitucional.

Las normas sometidas a cuestionamiento son el artículo 1 numerales 4 y 37 del mismo. Señalan estos que “la negociación colectiva se desarrolla por una o más organizaciones sindicales” y que los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de” la o las organizaciones sindicales que los representen”. La titularidad sindical propuesta, en concordancia con lo lineamientos de la OIT, no excluye negociación de los trabajadores de empresas en donde “no exista organización sindical, con derecho a negociar” pudiendo hacerlo “grupos de trabajadores unidos para este efecto” conforme a una “negociación semi-reglada” y que ésta carece del derecho de declarar la huelga y esos trabajadores no tienen el fuero sindical que ampare

esas negociaciones. Además, es contrato colectivo el celebrado con “uno o más sindicatos”.

El primer requisito para considerar como legítima la restricción al derecho de asociación en su faz individual positiva, está a la vista. Es el legislador que, facultado por el artículo 19 no. 16 inc. 5 de la Constitución, establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica, cumpliendo con esta nueva ley estándares normativos internacionales. No debe confundirse la titularidad del derecho a negociar colectivamente (que corresponde a todos los trabajadores) con la legitimación activa para negociar. Así, sería la *ley* quien legítimamente, regula esta situación e impone una restricción al derecho de asociación.

Sumado a lo anterior, la finalidad debe ser legítima, vale decir, que el propósito del legislador y de la restricción sea de aquellos contenidos y aceptados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. ¿Es el objetivo invocado: libertad sindical uno aquellos que se puede invocar para restringir el derecho de asociación? Toda vez que ha sido reconocido a nivel consitucional e internacional como un derecho fundamental, y las correspondientes obligaciones del Estado de Chile de respetar y asegurar el pleno goce y ejercicio de este derecho adoptando medidas de tipo general y especial para lograrlo, y siendo la finalidad expresa del proyecto de ley la de incentivar al sindicato como actor preferente (no existe aquí un monopolio Sindical, pues la ley reconoce la posibilidad de que coexistan varias organizaciones sindicales e incluso permite la presencia de grupos negociadores cuando no hay una organización previamente constituida) en la negociación colectiva, se puede sostener que si es un objetivo legítimo.

El juicio de proporcionalidad exige responder satisfactoriamente a tres preguntas: ¿es la restricción conducente para conseguir el objetivo invocado? ¿Es

proporcional? ¿No había otra alternativa para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho?

En primer término, se trata de una restricción adecuada; en la medida que la prohibición de formar asociaciones transitorias cuando ya existen sindicatos, si fortalece la libertad sindical y la acción colectiva de los sindicatos, fortaleciendo su posición de contraparte frente a los intereses del empleador. Es también una restricción necesaria, por cuanto no existen medios menos restrictivos, para lograr una protección de la libertad sindical en la situación específica que se produce cuando ya hay sindicatos conformados, que prohibirlos en ese contexto determinado.

El permitir cualquier “asociación” transitoria cuya conformación resulte menos dificultosa que la conformación de una organización sindical o de otra naturaleza que sea realmente representativa de los trabajadores, afecta severamente la libertad sindical por ser una práctica desleal. Y por último, es una medida que cumple con los estándares del principio de proporcionalidad propiamente tal; la protección de la libertad sindical en el escenario analizado se logra afectando de la menor forma posible el goce y ejercicio del derecho de “asociación”; así, solo se limita la formación de un tipo de “asociación” (los grupos negociadores) en un contexto determinado en condiciones cuyo resultado puede traer un perjuicio a los demás sujetos en la negociación colectiva, pero se permite cuando no existen aún organizaciones sindicales y, en todo caso, cuando existieren siempre le queda a salvo al trabajador no sindicalizados a conformar otra organización sindical que represente de mejor forma sus intereses ante la contraparte en la negociación colectiva, que por lo demás la formación de un sindicato es una expresión particular del derecho de asociación.

De este modo, el proyecto de ley impugnado si se adecuaba completamente a los requisitos impuestos desde el derecho internacional de los derechos humanos y

en pleno respeto a los tratados internacionales ratificados por Chile, pretendió a fortalecer la libertad sindical en nuestro país.

### **Conclusiones**

Realizada la reflexión jurídica; análisis normativo nacional e internacional, revisión jurisprudencial y evaluación del derecho comparado, y explicada en el plano de los hechos la coexistencia entre grupos negociadores y sindicatos, es posible concluir lo siguiente:

El principio de igualdad jurídica, en su concepción aristotélica; *“lo igual debe ser tratado de forma igual, y correlativamente, lo desigual de forma desigual”*, implica una triple dimensión; imperativa; permisiva y prohibitiva, las cuales han sido reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional en diversos fallos. Se trata de una concepción puramente formal, que no nos señala cuándo determinadas personas o circunstancias deben considerarse como iguales o desiguales.

El criterio de comparación o *“tertius comparationis”* nos permite determinar las categorías esenciales de los iguales o los distintos. Corresponde a la faz material del principio de igualdad jurídica, que en complemento a la faz formal, conmina a que la construcción del criterio de comparación estribe en una justificación objetiva y razonable. La justificación del criterio es particularmente relevante, puesto que es precisamente en ella donde debe recaer el juicio para determinar la legitimidad (o falta de ella) de una diferencia. En definitiva, la regla es que el trato sea siempre igual, debiendo tratarse igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación conforme a un criterio de igualdad justificado, pudiendo a la inversa, tratarse diferente a los desiguales según el mismo criterio justificado.

La prohibición de discriminación, corresponde a una idea estrechamente vinculada con la igualdad jurídica que conlleva la idea de hacer distinciones en base a criterios injustificados (a diferencia de la simple desigualdad, en que el criterio utilizado para la distinción esta satisfactoriamente justificado por ser objetivo y razonable). El deber de no discriminar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos, se encuentra reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por medio de diversos instrumentos, constituyendo según la Corte Interamericana una norma *ius cogens*. En consideración a su jerarquía internacional y a su anclaje constitucional y legal en el plano nacional, resulta imperativo que exista una adecuación entre la regulación laboral, específicamente el ámbito subjetivo de la negociación colectiva y el principio de prohibición de discriminación.

La situación fáctica devela una considerable desigualdad entre los grupos negociadores y los sindicatos; presencia de personalidad jurídica, concurrencia de deberes, quórum de constitución, representación, funcionamiento permanente, entre otros, son los parámetros que los diferencian y que en consideración a ellos, es que es trascendental una tratamiento legislativo diferenciado, pues se trata de dos situaciones desiguales que exige, para evitar un quebrantamiento al principio de igualdad jurídica y prohibición de discriminación, que no se los trate uniformemente.

El reconocimiento y protección de los grupos negociadores, podría justificarse en si se circunscribe en la categoría de grupo intermedio, al ser expresión de derecho de asociación que, según lo ha identificado la doctrina, conlleva una doble dimensión; colectiva e individual. Respecto de la primera, los grupos negociadores carecen de ella, toda vez que no constituyen una organización con voluntad propia y representatividad ante la empresa, adolecen de reglas propias, de la determinación de los derechos y obligaciones de los asociados, de patrimonio y de su gestión, y en definitiva, no se diferencian de los individuos que los componen sin tener una autodeterminación colectiva de los

mismos. En relación a la segunda, podemos señalar que es discutible si se presenta en los grupos negociadores, puesto que la unión voluntaria con otros para la consecución de ciertos fines supone una pretensión de permanencia y/o estabilidad en el tiempo. Así lo había reconocido correctamente el Tribunal Constitucional hasta el cambio de criterio en la STC Rol N° 3016 cons. 6. que incorrectamente a nuestro juicio, desconoce que la dimensión individual condice necesariamente con la idea de permanencia y la identificación de una voluntad “común”.

El tratamiento uniforme entre grupos negociadores y sindicatos, configura una hipótesis de discriminación indirecta; un reconocimiento de las mismas prerrogativas y derechos en la negociación colectiva trae como consecuencia una situación de desventaja de los sindicatos respecto de los grupos negociadores así como la afectación de la libertad sindical, debido a desigualdades existentes no tratadas por una regulación supuestamente neutra.

En este contexto, la justificación del criterio de diferenciación o “tertius comparationis”, cual es la constitución (o no) de una autentica experiencia asociativa, la encontramos en los hechos. Es precisamente la situación fáctica descrita en estas páginas, la que nos permite sostener que la equiparación de estas dos situaciones tan disímiles, cuya justificación sería que los grupos negociadores serían expresión del derecho de asociación, es subjetiva y no razonable, puesto que además de afectar la libertad sindical, no tiene un correlato en el plano de los hechos. A la inversa, las condicionantes de la realidad expuestas constituyen una justificación objetiva y razonable que fundamenta un tratamiento diverso. En este sentido, es menester dilucidar que la Constitución no prohíbe al legislador establecer diferencias razonables, es decir, que no sean arbitrarias. A su vez, los sindicatos y los grupos negociadores tienen diferencias esenciales que hacen que disten mucho el uno del otro (como por ejemplo, el desamparo que sufren los trabajadores por parte de los grupos negociadores una vez que se alcanza el acuerdo), por lo que resulta plausible que tengan regulaciones diferenciadas.

Es por esto que la académica Claudia Rodrigo Silva afirma en su libro con tanta seguridad que *“en una relación desigual de poder, el ordenamiento jurídico de todo Estado democrático de derecho debe tener normas que podríamos estimar de discriminación positiva, tendientes a dar protección a la parte débil y a contrarrestar la desigualdad entre las personas, en este caso, la desigualdad entre la parte trabajadora y la empleadora. La autocomposición mediante la organización colectiva de los trabajadores y la autonomía colectiva es quizás la forma por excelencia que tienen las legislaciones para abordar esta situación de desigualdad inicial”*<sup>79</sup>. De ello se colige la posibilidad de efectivamente discriminar positivamente, estableciendo una diferenciación razonable entre los “grupos negociadores” a la hora de negociar colectivamente, de lo que resulta razonable y legítimo que prevalezcan los sindicatos ante ellos como titulares de la negociación colectiva, por todo lo que he venido argumentando.

Los grupos negociadores al no tener organización jurídica ni representación alguna respecto de los trabajadores, conlleva a una dificultad evidente para negociar colectivamente. El hecho de que los trabajadores elegidos por el grupo se sienten a negociar con el empleador y ahí fijen las condiciones contractuales a futuro, resulta irrisorio, dado que no tienen poder alguno en la negociación: no son una contraparte conjunta ni tampoco tienen legitimidad alguna para suscribir un contrato a nombre de los demás compañeros de trabajo; bien dice el Ejecutivo entonces, cuando le confieren traslado en el procedimiento llevado a cabo ante el TC, señalando que el derecho subjetivo a negociar colectivamente no puede interpretarse como un derecho a un contrato plurindividual.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al alero de los diversos instrumentos evaluados, se devela con claridad que la libertad sindical y su protección ocupa un lugar central para la OIT y para la comunidad internacional en general, el reconocimiento de la misma como derecho

---

<sup>79</sup> Derecho colectivo del trabajo en Argentina: Un modelo a considerar en Chile, p.31.

fundamental y las correlativas obligaciones de los Estados, que se traducen en respeto y garantía para lograr su consecución efectiva. Al equiparar el legislador y el TC, a los grupos negociadores con los sindicatos se transgreden estas obligaciones, al declararse constitucional una práctica antisindical y/o desleal que afecta a los titulares de la libertad sindical que negocian colectivamente, restringiéndose sin justificación este derecho. Esta medida legislativa arbitraria y la actuación del Tribunal Constitucional configuran una hipótesis de responsabilidad internacional por actuación estatal al existir una acción que viola la obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente y ser además, imputable al Estado.

La interpretación que realiza el TC desfigura totalmente el derecho a negociación colectiva, puesto que considera que los trabajadores, al tener derecho a negociar colectivamente, llegan al absurdo que “cada trabajador tiene derecho a negociar un contrato colectivo”, dado que lo ven como un derecho subjetivo, de corte individual. Dicho raciocinio no lo puede explicar mejor el profesor Luis Lizama, estableciendo que *“la activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados, aunque se ejerza de forma colectiva. En consecuencia, concluyó que la agrupación voluntaria de trabajadores para efectos de negociar colectivamente era una manifestación del derecho de asociación, reconocido constitucionalmente, y que, por tanto, el tratamiento desfavorable que se le daba a los grupos negociadores en el proyecto de ley original era inconstitucional. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional determinó que la regla que establecía la titularidad de la organización sindical en el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva era inconstitucional<sup>80</sup>”*.

El problema del argumento precedente, y que sostiene además el Tribunal Constitucional, está en que comprender el derecho en cuestión de tal forma no se diferenciaría en nada con la libertad contractual, regulado el Art. 19 N°16 inciso

---

<sup>80</sup> Lizama, Luis, *La Reforma Laboral Explicada y Comentada*, p.62.

segundo, que asegura el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, con justa retribución. De manera tal, si no se distingue el plano individual del colectivo considerando la asimetría y la subordinación de los trabajadores, éstos quedan en situación claramente desventajosa frente al empleador.

El Tribunal Constitucional debió reconocer que el sujeto “trabajadores” requiere de una estructura y de una institucionalidad para garantizar y poder ejercer una negociación colectiva. Por el contrario, permitió que permanezcan vigentes a la hora de negociar colectivamente grupos transitorios de trabajadores que se caracterizan por su ausencia de estructura que deviene en una flagrante imposibilidad práctica de ejercer el derecho a negociación colectiva conforme a los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, y a la propia Constitución. Las asociaciones morales en ningún caso podrían alcanzar una titularidad con representación efectiva de los trabajadores, dado que por su estructura se desequilibran los poderes de negociación manifiestamente a favor del empleador.

Konrad Hesse en armonía con lo anterior, afirma que *“el ejercicio óptimo de una libertad fundamental requiere la disposición de instituciones o prestaciones, cuya verdadera dimensión material no puede ser inferior a la necesaria; las instituciones y los procedimientos, en general, permiten la delimitación, configuración y ordenación de los ámbitos de libertad”*<sup>81</sup>, por lo que a la hora de hablar de titular de negociación colectiva, se requiere una personalidad jurídica como forma de estructurar la voluntad común de los trabajadores, que sea realmente una contraparte a los empleadores y con ello puedan liberarse en cierta medida de la negociación individual, que como hemos visto a lo largo del trabajo, tiene un desequilibrio inherente a la naturaleza de las partes.

Para alertar lo perjudicial que es la coexistencia de los grupos negociadores para los trabajadores –al disolverse la coalición tras el término de la negociación

---

<sup>81</sup> Hesse, Konrad (2011), Escritos de Derecho Constitucional, Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 169

colectiva-, es que debemos remitirnos a la ENCLA del año 2014, que dictamina que en el 78% de las empresas con sindicatos activos, el dirigente tuvo que accionar para que se cumpla el contrato colectivo y/o leyes laborales. Esto es así en el 74% de las pequeñas empresas, el 78% de las medianas y el 80% de las grandes empresas con al menos un sindicato activo. De ello se puede desprender la manera en que los empleadores incumplen sistemáticamente los contratos colectivos, y lo necesario que es para los trabajadores el contar con algún ente que los represente para que impere el derecho y se hagan valer los derechos laborales que emanan de dichos contratos. Como vimos anteriormente, los grupos negociadores por su esencia no realizan esta labor fundamental, puesto que tras el término de la negociación colectiva, se disuelven, por lo que cada trabajador debe luchar individualmente por el cumplimiento de su contrato, dificultando evidentemente el ejercicio de sus derechos. Por lo mismo –al tener que accionar los dirigentes sindicales en casi el 80% de las empresas que cuentan con sindicatos, para que se cumpla el contrato colectivo- es que para los empleadores resulta evidentemente imprescindible que haya fiscalización ex post la celebración del contrato colectivo, cuestión que los grupos negociadores no pueden hacer, por dar un ejemplo.

Complementando los datos de la ENCLA, la profesora Irene Rojas Miño afirma que *“se le reconoce espacio a los grupos de trabajadores representantes de fraccionados intereses laborales, lo que ha generado un espacio eficaz para las presiones empresariales tendientes a eliminar la organización sindical, asimismo para quitar eficiencia a la negociación colectiva o generar seudos acuerdos colectivos, como han sido los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores. Si bien las bases del Plan Laboral no señalan los fundamentos de esta medida, el conjunto de ellas permite suponer la atomización de la parte laboral y, consecuentemente, la pérdida de su poder negociador”*<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> ROJAS MIÑO, Irene, “Las reformas laborales”, p. 204.

Sergio Gamonal, en misma sintonía considera que *“la igualdad con que la legislación contempla a las coaliciones transitorias de trabajadores en relación con los sindicatos atenta contra el principio de libertad sindical, pues posibilita que existiendo sindicatos en una empresa, una coalición transitoria de trabajadores pudiera negociar colectivamente, lo que favorece la influencia del empleador sobre la misma y la posibilidad de divisiones u otras prácticas desleales inducidas por el empleador. Además, el legislador promueve indirectamente a las coaliciones transitorias de trabajadores al establecer condiciones de menor exigencia para que puedan negociar colectivamente”*<sup>83</sup>.

El solo imaginar que el empleador incumpla unilateralmente el convenio colectivo, y ante ello no tenga ninguna contraparte jurídica ni ningún ente colectivo capaz de fiscalizar y accionar, constituye una perspectiva de abuso del derecho; no es justo para el trabajador que la negociación con el empleador se dé en un marco que no se distinga la negociación individual del trabajo respecto de la colectiva, dada las condiciones asimétricas y de subordinación que fundan la relación laboral.

No obstante lo anterior, como vimos en ocasiones pasadas, en concordancia con el Boletín 9.835-13, El Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha pronunciado a favor de los grupos transitorios cuando no existan sindicatos constituidos afirmando que: *“La recomendación sobre los contratos colectivos (N° 91 de 1951) da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”*<sup>84</sup>. De

---

<sup>83</sup> Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, p. 261

<sup>84</sup> OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit. (n. 27), párrafo 944.

esta forma, la OIT estima que los grupos negociadores solamente tendrían una válida vigencia en cuanto no existan organizaciones sindicales que pudiesen hacerle frente al empleador, ante una negociación colectiva (mecanismo que propuso la Reforma Laboral que vimos anteriormente). La salvedad recién expuesta, que permite válidamente la participación de los grupos negociadores anterior juega un rol fundamental en las PYMES y microempresas que generalmente no cuentan con quórum mínimo para formar sindicatos, por lo que al menos negociando como grupo les permitiría ejercer su derecho fundamental de la negociación colectiva.

La actual equiparación –grupos negociadores y sindicatos- infringe los requisitos para limitar legítimamente un derecho (libertad sindical) a la luz de los criterios que nos entrega el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Transgrede abiertamente los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Especialmente en relación a la proporcionalidad, la protección al derecho de asociación en su dimensión individual, en el caso concreto analizado, si se puede conseguir sin afectar la libertad sindical, permitiendo la formación de cualquier otra organización representativa de trabajadores en cumplimiento de los requisitos que legítimamente pueda establecer el legislador. Por el contrario, en completa adecuación con las normas internacionales, encontramos el proyecto de ley modificatorio de Michelle Bachelet; la restricción del derecho de asociación se hace mediante ley, en cumplimiento con un fin legítimo y adecuándose a los criterios de proporcionalidad.

A modo de cierre, podemos decir que se justifican discriminaciones positivas en nuestro derecho, pudiendo dar término de una vez por todas con la coexistencia de los grupos negociadores, para que los sindicatos canalicen la voz de los trabajadores y puedan modificar sus condiciones laborales de manera eficaz, pudiendo fiscalizar luego de terminado el procedimiento, teniendo personalidad jurídica que los permita comparecer en juicios de sus afiliados, entre muchas otras virtudes de estos entes intermedios garantizados constitucionalmente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- Tolonen, H. “Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política”, AAVV *La normatividad del derecho*, Gedisa, 1997.
- Guatini, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, España, 1999.
- Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*. Trotta.
- Alexy, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales*, U. Externado, Bogotá, 2003.
- López Santa María, Jorge, *Los contratos*. Parte general, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Von Munch, I. “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”. En AAVV *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, España, 1997.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Valle F.A. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Social*, N° 29, 2005.
- Tascon L. R. “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social* N° 251, España, 2004.
- *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXX, sección 6ta.
- Dictamen N° 287/14 de 11.01.96.
- Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis. “*Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1998.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03, párrafo 101, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados.
- Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008.
- Comité DH, Comentario N°18, “No discriminación”, del 10 de noviembre de 1989, párrafo 13.
- Medina, Cecilia. Observación General 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujeres e Igualdad, en: Anuario de Derechos Humanos 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Fernández Brignoni, Hugo. “Un enfoque teórico de la libertad sindical”.
- Ermida Uriarte, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”, en Derecho Laboral, Tomo LIV-N° 242, Fundación de Cultura Universitaria, 2011, Montevideo.
- Siquería Neto, José Francisco, “Liberdade Sindical no Mercosul e Chile” dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho: Limites e possibilidades de democracia. PROSUR, 1999.
- Letelier, Valentín en “Los pobres”, La Ley, órgano del Partido Radical, 1986, Santiago. “La cuestión social en Chile. Ideas y debates precursores”.
- Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°.30, Valparaíso, 2008.
- Toledo, César, *Alcances de la negociación colectiva en Chile*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo (2007).
- <https://ciperchile.cl/2013/04/18/fundacion-sol-los-limites-de-nuestra-negociacion-colectiva-y-la-%E2%80%9Cformalidad-precarizante%E2%80%9D/>.
- Gamonal Contreras, Sergio, “Derecho Colectivo del Trabajo”.
- OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.
- Caamaño Rojo, Eduardo. “La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo Chileno. Un análisis en ambiente comparado según estándares OIT”.

- Cordero Vega, Luis. *“Informe en Derecho sobre los alcances de la facultad interpretativa de la Dirección del Trabajo a propósito del procedimiento de negociación colectiva para grupos de trabajadores no sindicalizados”*, Santiago, 2017.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona, 1988.
- Tapia Guerrero, Francisco. “Los convenios colectivos impropios y el derecho a negociar colectivamente”. IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 1998.
- <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/04/Fundaci%C3%B3n-SOL-2015-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.compressed.pdf>.
- *“Titularidad Sindical Comparada”*, Biblioteca del Congreso Nacional. Paola Álvarez D., Asesoría Técnica Parlamentaria. Equipo de trabajo Christine Weidenslaufer, 2014.
- Tapia, Francisco. *“El modelo chileno de exclusión de los derechos sindicales: Crítica a las normas de negociación colectiva”*, Revista de Derecho Laboral Nro. 160, Uruguay, 2008.
- Recopilación de decisiones y principio del Comité de Libertad Sindical del Consejo de la Administración de la OIT, Ginebra 2006, Quinta edición.
- García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, “Diccionario Constitucional Chileno”. Santiago, 2014.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”*, Cecoch Librotecnia, Tomo II. Santiago. 2008.
- Gamonal Contreras, Sergio. *“Trabajo y Derecho”*. Legalpublishing, Santiago, 2010.
- Opinión Consultiva Corte Interamericana 18/03.
- La Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, Cuarta Edición revisada, 1996.
- Opinión consultiva C.I. 5/85
- ENCLA 2014.
- Lizama, Luis. La Reforma laboral explicada y comentada.

- Rodrigo Silva, Claudia. Derecho colectivo del trabajo en Argentina: Un modelo a considerar en Chile.
- Hesse, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2011.
- Rojas Mino, Irene, “*Las reformas laborales*”.