

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO DEL TRABAJO
CHILENO. UN ANÁLISIS EN AMBIENTE COMPARADO Y SEGÚN
ESTÁNDARES OIT

INVESTIGADOR RESPONSABLE: Prof. Dr. Eduardo Caamaño Rojo

Valparaíso, enero de 2008.

INDICE

Parte Preliminar

1. Ideas Previas
2. Antecedentes del actual marco normativo sobre la negociación colectiva
3. Materias que serán objeto del estudio
4. Metodología del estudio

Primera parte

Antecedentes generales sobre la libertad sindical y el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva

1. La libertad sindical como fundamento de la negociación colectiva
2. Reconocimiento de la libertad sindical en los convenios de la OIT y su incidencia en el derecho chileno
3. Antecedentes históricos sobre la negociación colectiva en Chile
 - 3.1. Primera etapa: El Código del Trabajo de 1931 y leyes posteriores
 - 3.2. Segunda etapa: Período entre 1973 a 1990
 - 3.3. Tercera etapa: El Plan Laboral
 - 3.4. Cuarta etapa: Las reformas laborales luego del retorno a la democracia

Segunda parte

La negociación colectiva en el derecho del trabajo chileno: primacía de la visión restrictiva e instrumental por sobre la promoción efectiva de este derecho fundamental

1. Concepto de negociación colectiva
 - 1.1. La Constitución Política de la República versus el Código del Trabajo
2. Ámbito objetivo de la negociación colectiva: las empresas en que se puede negociar
 - 2.1. La antigüedad de la empresa como requisito de la negociación colectiva
3. Ámbito subjetivo de la negociación colectiva
 - 3.1. Trabajadores que pueden negociar colectivamente
 - 3.2. Trabajadores excluidos de la negociación colectiva
 - 3.3. Sujetos activos en la negociación colectiva: el dilema entre los sindicatos y los grupos de

trabajadores

4. Materias que pueden ser objeto de la negociación colectiva
 - 4.1. Materias excluidas de la negociación colectiva
5. Los niveles de a negociación colectiva
 - 5.1. La negociación colectiva a nivel de empresa: la opción preferida del legislador
 - 5.2. La negociación colectiva pluriempresa: la construcción jurídica de un castillo de naipes
6. Procedimientos de negociación colectiva
 - 6.1. La negociación colectiva reglada y los derechos de los trabajadores
 - 6.2. La negociación colectiva no reglada: un derecho sin prerrogativas
 - 6.3. La negociación colectiva semireglada: los extremos de la visión individualista
- 7.- La eficacia personal limitada del contrato colectivo chileno.
- 8.- El derecho de huelga.

Parte Final

1. Razones que hacen necesaria una reforma legal en materia de negociación colectiva
2. Algunas reformas necesarias

PARTE PRELIMINAR

1. IDEAS PREVIAS

La información proporcionada por la última Encuesta Laboral elaborada por la Dirección del Trabajo, la ENCLA¹ 2006, muestra resultados alarmantes en materia de negociación colectiva en el actual mercado de trabajo chileno. En efecto, según la encuesta, la proporción de empresas que ha negociado colectivamente en los últimos 5 años no alcanza al 10%, o sea, la negociación colectiva sólo ha tenido lugar en una de cada diez empresas, lo que constituye una situación enormemente restrictiva que dimensiona el mínimo impacto de este instrumento en las relaciones laborales del país. De igual manera, la ENCLA ha permitido establecer que en Chile la proporción de empresas con instrumento colectivo vigente alcanza al 8,7% y, por tanto, en su complemento, en el 91,3% de las empresas rigen condiciones contractuales basadas únicamente en la negociación individual entre empleadores y trabajadores.

Los resultados anteriores dan cuenta de un escenario muy complejo por las repercusiones que la falta de una adecuada cobertura de la negociación colectiva supone en el ámbito económico y social, pues estos resultados son indiciarios de la enorme inequidad en la distribución de los ingresos que existe en el país. En este sentido, la misma encuesta permitió acreditar que en Chile el 65,6% de la fuerza laboral percibe remuneraciones inferiores a los \$405.000.-, lo que a todas luces refuerza la necesidad de estudiar y replantear el actual marco jurídico sobre la negociación colectiva, en vistas a contribuir desde la perspectiva jurídica laboral a crear condiciones que posibiliten aumentar el número de trabajadores que puedan acceder a un mejoramiento de sus condiciones salariales y de trabajo por la vía de los acuerdos colectivos con sus empleadores.

Sin perjuicio de ello, la relevancia del perfeccionamiento del ordenamiento laboral en materia colectiva está dada también, porque permite asentar las bases jurídicas para el desarrollo de un diálogo social sólido y fructífero, el que se ha venido configurando como el camino más efectivo para generar acuerdos amplios y diversos que faciliten a trabajadores y empleadores, de conformidad a sus distintas realidades, necesidades e intereses, hacer frente a los imprevistos vaivenes y a los constantes cambios de la economía globalizada.²

Por otra parte, en relación con lo antes expuesto, no se puede obviar la especial significación que posee la negociación colectiva en cuanto constituye un derecho fundamental de los trabajadores consagrado tanto en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 16 inciso 5, como en múltiples instrumentos internacionales ratificados por Chile, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A su vez, a nivel supranacional y en el ámbito estrictamente laboral, la negociación colectiva, en particular, y la libertad sindical, en general, han adquirido el valor de derechos fundamentales de validez universal, según se desprende claramente de los convenios N° 87 y N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De igual forma, la Declaración relativa a los

¹ Documento disponible en: www.dt.gob.cl.

² Ver: Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Bruselas, Bélgica, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final.

Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del mismo organismo internacional es especialmente representativa del valor de la libertad sindical y del deber del Estado de avanzar en su concreción efectiva, ya que de acuerdo a lo establecido en su apartado segundo, "... todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, 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: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva..."

Por lo anterior, entonces, la necesidad de estudiar cambios normativos que perfeccionen nuestra actual institucionalidad laboral en materia de negociación colectiva obedecen no sólo a la urgencia de dar respuesta a las condiciones laborales desfavorables que afectan a un porcentaje mayoritario de trabajadores chilenos, sino que también a la necesidad de dotar de eficacia al ejercicio de un derecho fundamental y de dar cumplimiento a los tratados internacionales ratificados por el país, cuyos compromisos nos sólo tienen implicancias jurídicas sino que también económicas en el plano internacional.

En efecto, el no reconocimiento efectivo de la negociación colectiva y la escasa cobertura de los instrumentos colectivos dan pie para que se configuren situaciones de dumping social que pueden comprometer la credibilidad del país frente a sus socios comerciales, pues ello redundaría en que nuestros productos de exportación puedan ser más competitivos no en base a su calidad o a la eficiencia de sus procesos productivos, sino que gracias al menor costo laboral incorporado al precio final. Situaciones como ésta pueden tener graves consecuencias, pues permitirían dar lugar, por ejemplo, a que nuestro país no esté cumpliendo cabalmente las obligaciones asumidas en materia laboral en el Tratado de Libre Comercio con EEUU.³

2. ANTECEDENTES DEL ACTUAL MARCO NORMATIVO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva se encuentra regulada en Chile en el Libro IV del Código del Trabajo (CdT), cuyo contenido medular sigue correspondiendo al diseño impuesto por el Plan Laboral de 1978, concretado normativamente en el Decreto Ley (DL) N° 2.758. Esta normativa obedeció al interés del Régimen Militar de implementar un marco regulatorio del ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que estuviera en concordancia y al servicio de un nuevo modelo económico de corte neoliberal, abierto al comercio internacional y en el que se promovían como verdaderos ejes centrales de su funcionamiento el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras que dificultaran o encarecieran la libre iniciativa privada en materia económica. Por este motivo, la normativa laboral de aquel entonces, sin perjuicio de no haber sido consensuada democráticamente, representó un quiebre con la anterior institucionalidad laboral consolidada a partir del CdT de 1931 y sus modificaciones posteriores, en la que, acorde con la visión inicial de fuerte valorización y promoción de los derechos colectivos laborales, se reforzaba el reconocimiento y eficacia de los derechos de sindicación, de negociación colectiva y de huelga.

³ Sobre la materia: Caamaño Rojo, Eduardo, Contenido laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, en Revista Laboral Chilena N° 118, julio 2003, p. 79 s.

Nos encontramos, por tanto, con una legislación que si bien pretendió revolucionar, a su singular modo, la legislación existente desde hacía medio siglo, excluyendo la participación estatal, no hizo sino limitar aún más el ámbito de la libertad sindical en lo pertinente al derecho a negociar colectivamente, teniendo como 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 lo más informales posibles, incluso sin la participación sindical de por medio y sin los mecanismos clásicos de igualación de poderes en el ámbito de la negociación colectiva (el fuero y la huelga); la reglamentación frondosa de la huelga en el caso de la negociación colectiva reglada, restringiéndola enormemente; la permisividad de la negociación colectiva por parte de grupos de trabajadores reunidos para ese sólo efecto, con el consiguiente desincentivo de la sindicalización; la limitación y/o 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 precarísima 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.⁴

Esta normativa incorporada por el DL N° 2.758, que luego dio forma al CdT de 1987, fue objeto de diversas modificaciones posteriores por los Gobiernos de la Concertación al momento de reinstaurarse la democracia en el país, lo que se hizo fundamentalmente a través de las Leyes N° 19.049, 19.069 y 19.759. Sin embargo, si se efectúa un balance general de los alcances de las modificaciones legales más relevantes que ha experimentado la legislación laboral desde el año 1991 hasta la fecha no se puede estar muy conforme con el resultado final, toda vez que las reformas, particularmente la del año 2001, luego de la ratificación de los convenios medulares de la OIT en materia de libertad sindical, se han centrado fundamentalmente en reforzar y liberalizar el ejercicio del derecho de sindicación en un amplio sentido, dejando de lado modificaciones más sustanciales a la normativa heredada del Régimen Militar en materia de negociación colectiva y de huelga. Esto último marca un desequilibrio en la situación y en el rol de los actores sociales laborales, como a su vez, reafirma una inconsecuencia en el pleno reconocimiento de los derechos laborales que explica los limitados alcances que tiene hoy la negociación colectiva en Chile, según lo ha demostrado la ENCLA 2006. Un dato relevante para ilustrar lo anterior es que, hasta la fecha, nuestro país no ha ratificado el convenio N° 154 de la OIT de 1981 sobre promoción del derecho a la negociación colectiva, ni se vislumbra una clara voluntad política de avanzar en ese sentido.

Ahora bien, las causas que explican la supervivencia hasta la fecha de un modelo tan restrictivo de negociación colectiva pueden ser de diversa naturaleza, primando según nuestro parecer, aquellas de índole económico o político, pues dan cuenta de visiones y de principios conforme a los cuales pareciera subvalorarse la importancia de reformar el actual ordenamiento jurídico laboral en contraste con la sobrevaloración que se otorga a índices macro y microeconómicos de carácter

⁴ Véase: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Semestre II, 2007; Toledo, César, Alcances de la negociación colectiva en Chile, documento sin editar.

abstracto y, por lo mismo, alejados de la sensibilidad y de las necesidades del ciudadano común que forma parte de la fuerza laboral. Con todo, aquellas consideraciones centradas en la necesidad consolidación del modelo económico o de mantener las condiciones que han hecho posible un crecimiento sostenido del país en los últimos años, no pueden impedir un diálogo o la discusión sobre los alcances que presenta la actual legislación laboral y que repercuten directamente en las cuestionables condiciones de trabajo en que se encuentra un porcentaje considerable de trabajadores y trabajadoras chilenos.

Por otra parte, no se pueden perder de vista las transformaciones económicas, sociales y culturales del actual mundo globalizado en el que se desarrollan las actividades productivas y de intercambio y que nada tienen que ver con el escenario a partir del cual se consolidó el Derecho del Trabajo a principios del siglo XX o ni siquiera con la visión del mundo imperante en la década de los 80 cuando se diseñó e implementó el Plan Laboral.⁵ Por lo tanto, el estudio de la implicancia de la actual normativa en materia de negociación colectiva debe ser vista también como una oportunidad para refundar las bases a partir de las cuales deben articularse las relaciones laborales colectivas en el nuevo siglo, que hagan posible la consolidación de un diálogo social libre y en condiciones de equivalencia que pueda dar respuesta a las múltiples y diversas exigencias que presenta y presentará el mercado laboral. Esto último hasta la fecha no ha sido posible de alcanzar, debido a las fuertes restricciones que limitan el ejercicio del derecho a negociar colectivamente, dando cuenta, además, de un modelo que privilegia los intereses empresariales por sobre los intereses de los trabajadores, en vez de crear las condiciones de equilibrio de poderes necesarias que son el presupuesto indispensable para el pleno ejercicio de la libertad sindical, en esta búsqueda legítima de trabajadores y empleadores organizados colectivamente para hacer valer sus intereses en el plano laboral y económico.

3. MATERIAS QUE SERÁN OBJETO DEL ESTUDIO

Teniendo en consideración lo planteado en los acápites precedentes se ha estimado oportuno centrar el estudio sobre la negociación colectiva en el Derecho del Trabajo chileno, fundamentalmente, en las siguientes materias:

- a) Sujetos de la negociación colectiva: en este punto se analizará el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente, la situación de los trabajadores excluidos del derecho a negociar, la situación de los sindicatos y de los grupos de trabajadores en la negociación.
- b) Nivel de la negociación: se estudiarán los planos en los cuales es posible negociar colectivamente con un cierto grado de eficacia y las dificultades que presenta la opción por niveles diferentes a los preferidos por la legislación laboral inspirada aún por los principios y visiones del Plan Laboral.

⁵ Véase: Franco, Julio; Marcos-Sánchez, José; Benoit, Christine, Negociación colectiva articulada. Una propuesta estratégica, OIT/PLADES, Lima, Perú, 2001, p. 16 s.

- c) Materias de negociación: este punto es singularmente sensible pues la actual legislación laboral circunscribe la negociación únicamente a las remuneraciones y las condiciones de trabajo, impidiendo que otras materias que pudieran ser de interés para los trabajadores y los empleadores, tales como la participación en la toma de decisiones, la promoción del empleo femenino, la erradicación de la discriminación o el pacto de mecanismos flexibles de duración y/o distribución de la jornada de trabajo puedan ser objeto de acuerdos entre las partes, todo lo cual termina dándole un sentido materialista y de corto plazo a la negociación colectiva.
- d) Procedimientos de negociación colectiva: la actual normativa laboral reconoce diversos tipos de negociación colectiva con derechos y prerrogativas muy disímiles para los trabajadores, por lo que se hace necesario estudiar este punto a partir del presupuesto de la plena autonomía colectiva que subyace a un reconocimiento eficaz y pleno de la libertad sindical.
- e) Los instrumentos colectivos y su eficacia: se explicitarán las particularidades de los diversos tipos de instrumentos colectivos y su incidencia en la proyección normativa de los acuerdos alcanzados entre trabajadores y empleadores.
- f) La huelga y la contratación de personal de reemplazo: esta es sin duda una de las materias centrales del presente estudio por su trascendencia y proyecciones más allá del plano jurídico. La actual normativa laboral ha asumido una opción ideológica acerca del rol de la huelga y de las facultades del empleador frente a un proceso de negociación colectiva, lo que amerita una reflexión acerca de la validez de esa opción en el actual momento histórico, en concordancia con lo que debe ser el rol del país ante la necesidad de dar plena eficacia al reconocimiento de la libertad sindical.

4. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

La investigación se realizará sobre la base de los métodos tradicionales de las ciencias jurídicas, poniendo especial énfasis en el análisis de las fuentes comparadas que permitan conocer otras realidades y soluciones normativas frente al reconocimiento y regulación del derecho a la negociación colectiva y la huelga. Con todo, las referencias al derecho comparado no tendrán el fin único de mostrar la legislación de otros países, sino que estará centrada en el marco del estudio propuesto, se tenderá a que sea relevante para nuestra realidad y se privilegiará la búsqueda de soluciones novedosas que contribuyan a perfeccionar nuestra institucionalidad laboral.

Además, corresponde destacar que de manera transversal el estudio estará inspirado por los principios y normas internacionales del trabajo rarificadas por Chile, particularmente en lo que se refiere a los convenios de la OIT y a los postulados esenciales de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de dicho organismo internacional, toda vez que, tal como se hiciera presente en párrafos anteriores, el desafío más importante que plantea el

estudio crítico de nuestra actual normativa laboral en materia de negociación colectiva dice relación con la necesidad de armonizar la legislación con una visión más plena e integral de la libertad sindical, con miras a hacer realidad la eficacia de este derecho fundamental para la gran mayoría de los trabajadores en Chile.

Por lo anterior, entonces, se desea subrayar que la perspectiva central del análisis será la jurídica, dejando de lado otros enfoques que también son relevantes en el estudio de la negociación colectiva, tales como el económico o el sociológico, puesto que el fin último de este estudio es contrastar nuestra legislación laboral vigente con el derecho fundamental a la libertad sindical, explicitando las falencias y proponiendo reformas que contribuyan a que el ordenamiento jurídico pueda verdaderamente promover la negociación colectiva y asegurar la efectividad de su ejercicio a todos los trabajadores chilenos.

Para concluir, cabe señalar que nuestro país difícilmente podrá llegar a ser desarrollado en lo económico y social, si el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad sindical siguen constituyendo el privilegio de una minoría. Este estudio, compartiendo los planteamientos de la OIT sobre el trabajo decente, parte por tanto de la premisa que no puede haber crecimiento económico sin equidad y que la normativa laboral debe sentar las bases justas para que los actores sociales puedan, a partir de su libre autonomía y la confianza recíprocas, articular un nuevo tipo de diálogo social acorde con las exigencias y particularidades del mundo contemporáneo.

PRIMERA PARTE:

ANTECEDENTES GENERALES SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. LA LIBERTAD SINDICAL COMO FUNDAMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Para una adecuada delimitación del tema objeto de este estudio, es necesario hacer una breve referencia introductoria a la noción de la libertad sindical implícita en el CdT de 1987, en el cual se sistematizó la legislación que dio forma normativa al Plan laboral⁶ y que luego subyacerá en las versiones sistematizadas posteriores del CdT hasta la última gran reforma laboral introducida el año 2001 por la Ley N° 19.759.

⁶ Nos referimos en concreto al DL N° 2.200 de 1978 sobre contrato de trabajo y las demás relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, al DL N° 2.756 de 1979 sobre organización sindical y al DL N° 2.759 de 1979 sobre negociación colectiva, sin perjuicio de otras leyes laborales posteriores, incluidas luego en el CdT de 1987. Véase sobre la materia: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

Es así, que si se examina desde una perspectiva general la legislación de la época, es posible inferir que ella asumía una concepción restrictiva de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que encontraba también un correlato en la visión de la doctrina iuslaboralista tradicional chilena,⁷ y se traducía, en concreto, en una exclusión del ámbito funcional de la libertad sindical, es decir, el ejercicio de la actividad sindical en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, poniendo el acento, básicamente, en las facultades de constituir, organizar, afiliarse y desafiliarse de una organización sindical. Por lo anterior, desde esta punto de vista, se tendía generalizadamente a asociar la libertad sindical de manera exclusiva con el derecho de sindicación⁸, lo que coincidía, a su vez, con la estructura normativa adoptada por nuestra Constitución Política de la República (CPR) y una lectura meramente formalista y no finalista de sus disposiciones, en razón de que el texto constitucional consagra separadamente el derecho de sindicación (artículo 19 N° 19) del derecho a negociar colectivamente (artículo 19 N° 16 inciso 5) y asume un reconocimiento negativo y limitado del derecho a huelga (artículo 19 N° 16 inciso 6).

Atendido lo precedentemente expuesto, se puede afirmar que la legislación laboral dictada durante el Régimen Militar asumía una visión limitada de la libertad sindical, no acorde con los principios y derechos básicos reconocidos por los convenios N° 87 y N° 98 de la OIT,⁹ aún cuando pudiera sostenerse lo contrario,¹⁰ desconociendo, por tanto, la evolución conceptual de esta libertad que, solo en sus orígenes se entendió referida apenas al reconocimiento del derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, pero que luego dio paso a reconocerle un contenido complejo que incluye derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), tanto en el plano individual como colectivo.¹¹ En todo caso, basta dejar de manifiesto que la ratificación por parte de Chile el año 1999 de los principales instrumentos internacionales sobre la libertad sindical, como asimismo, la evolución normativa interna en materia de relaciones colectivas de trabajo que ha

⁷ Así por ejemplo, Macchiavello, Guido, Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1989, p. 122.

⁸ Véase: Ugarte Cataldo, José Luis, Libertad sindical y Constitución: cómo superar una vieja lectura, en Revista Laboral Chilena, mayo 2000, pp. 71-72; Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2002, p. 87.

⁹ Cabe hacer presente que durante el Régimen Militar no se ratificaron estos convenios, lo que recién tuvo lugar el año 1999. Sobre la materia: Corvera, Diego; Gumucio, J., Las normas de los convenios 87 y 98 de la OIT y su relación con la normativa interna chilena, en Revista Laboral Chilena, julio 2000, p. 65 s.; Thayer Arteaga, William, Hacia una nueva cultura laboral. Efectos y proyecciones de la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, Fundación Científica y Tecnológica, Asociación Chilena de Seguridad, Santiago, Chile, 1999.

¹⁰ Como lo plantea Ugarte, una de las ventajas de la idea restringida de libertad sindical que explica su éxito y permanencia en nuestra cultura jurídica laboral obedece a que lo formal y exiguo de su contenido, sólo referido a aspectos organizativos, impone una extensión tan mínima de protección que difícilmente es posible generar regulaciones estatales o conductas que la violenten o restrinjan. En dicho caso, aun cuando el Estado se limite a proteger la libre organización y se desentienda de los fines perseguidos con la libre asociación y de los mecanismos para lograrlos, no brindando mayor amparo a la actividad sindical, se podría entender, con dosis de buena voluntad, que ha cumplido satisfactoriamente con su deber de protección de la libertad sindical. Ugarte, José Luis, Libertad sindical y Constitución, ob. cit., p. 71.

¹¹ En este sentido: Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 29.

tenido lugar desde comienzos de la década de los noventa, permiten, en los albores del siglo XXI, sustentar clara y firmemente una noción amplia de esta libertad y, ante todo, proclamar su carácter de atributo esencial de toda persona, es decir, su calidad de derecho humano fundamental.¹²

Por lo anterior, la *libertad sindical* se puede definir como: “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga.”¹³ En base a esta definición de libertad sindical se puede concluir que forman parte de su contenido esencial el derecho de sindicación (faz orgánica) y naturalmente el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, mediante la acción reivindicativa y participativa,¹⁴ lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga¹⁵ (faz funcional).¹⁶ En concordancia

¹² Así se desprende claramente de lo previsto por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20 N° 1 y 23 N° 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22); el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 8); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXII) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 16). Además, de acuerdo a lo ya señalado, esta concepción es compartida por la OIT, por ejemplo, en el apartado 2 de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

¹³ Varas Castillo, Mario, Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, agosto 2003, p. 3 s. En el Derecho Comparado, para dar un ejemplo, la doctrina la define como: “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que les son atribuidas constitucionalmente para la defensa de los intereses del trabajo asalariado.” En este sentido: Palomeque, Manuel; Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, 11° edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 2003, p. 431.

¹⁴ “Además de lo participativo y lo reivindicativo, modernamente el sindicato desarrolla numerosas e importantes actividades laterales, tales como, entre otras, las relacionadas con la formación profesional, lo cultural, la rehabilitación y protección de minusválidos, la salud, las obras sociales de diverso tipo...” Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, ob. cit., p. 47. Un correlato de lo anterior se encuentra en nuestra legislación laboral si se analizan los fines amplios reconocidos a los sindicatos en el artículo 220 del CdT o a las federaciones y confederaciones en el artículo 267 del mismo cuerpo legal.

¹⁵ En igual sentido: Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, ob. cit., p. 45; OIT, Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, edición del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 23 s. Una concepción amplia de la libertad sindical se acepta también el Derecho alemán en razón de lo dispuesto por el artículo 9 inciso 3 de la Constitución de ese país. Así lo manifiesta: Epping, Volker, Grundrechte, 2ª edición, Editorial Springer, Berlín, Alemania, 2005, pp. 331-338; Preis, Ulrich, Arbeitsrecht. Praxis-Lehrbuch zum Kollektivarbeitsrecht, Editorial Dr. Otto Schmidt, Colonia, Alemania, 2003, pp. 22 – 24.

¹⁶ En el derecho español, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resuelto que el derecho de libertad sindical comprende no sólo el derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos, sino también el derecho a que los sindicatos fundados realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede denominar contenido esencial (sentencias de fechas 29/11/1982 y 25/4/1984). Estos derechos necesarios a incluir en el contenido del derecho de libertad sindical constitucionalmente reconocido a todos los sindicatos son, sin duda alguna, el de negociación colectiva, huelga e incoación

con lo anterior, se plantea que la libertad sindical es una libertad civil y política. Es una libertad civil, ya que consagra el derecho de los privados de reivindicar cierta autonomía en la regulación de los fenómenos sociales, así como la libertad de las agrupaciones colectivas de no ser intervenidas por el Estado y de constituir un ordenamiento normativo especial y autónomo del estatal. A su vez, se trata de una libertad política, ya que comprende el poder de resistencia colectiva de los ciudadanos y de participación en las estructuras y funciones estatales.¹⁷

Asimismo, compartiendo lo sostenido por Osvaldo Mantero¹⁸, cabe sostener que la circunstancia de que la libertad sindical se encuentre reconocida en una gran parte de las constituciones modernas y en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, no es la causa de que ésta sea un derecho fundamental, sino la consecuencia de que lo es. En efecto, para el autor citado, la calidad de derecho fundamental de la libertad sindical es consecuencia de su reconocimiento como tal por la conciencia jurídica universal, siendo ese reconocimiento, al igual que respecto del resto de los derechos fundamentales, el producto de un largo proceso de luchas y enfrentamientos.¹⁹ De esta manera, entonces, la inclusión de la libertad sindical en los instrumentos sobre derechos humanos se produce en medio de una transformación profunda del concepto de derecho fundamental, cuyo centro se encuentra en la propia libertad sindical y en otros derechos relacionados con el trabajo, pues este reconocimiento está íntimamente relacionado con dos transformaciones del concepto de estas garantías esenciales del ser humano: por una parte, el reconocimiento de los derechos sociales y, por otra, la aceptación de derechos cuyo titular no es el individuo, sino que un conjunto de personas.²⁰

En plena concordancia con lo anterior, las concepciones actuales sobre la libertad sindical recalcan que ella no se limita solo a los aspectos individuales de su ejercicio (libertad de constitución y afiliación), sino que se proyecta necesariamente a la tutela y promoción de las

de conflictos colectivos, los que constituyen un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería reconocible (sentencias de fecha 31/3/1986 y 25/1/1988). En detalle: Sala Franco, Tomás; Albiol Montecinos, Ignacio, *Derecho Sindical*, 9ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 45.

¹⁷ En este sentido: Veneziani, B., *Statu e autonomia collettiva, diritto sindacale italiano e comparato*, Bari, Cacucci, 1992, p. 54-55; citado por Gamonal Contreras, Sergio, *Daño moral en el contrato de trabajo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 101-102.

¹⁸ Mantero, Osvaldo, *Derecho sindical*, 2ª reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, pp. 76-77.

¹⁹ En relación con nuestra realidad nacional se señala que: “La afirmación de principios como el respeto a los trabajadores y a sus organizaciones sindicales serán una de las principales consecuencias de las luchas del primer decenio de nuestro siglo y es necesario considerarlos como antecedentes para explicar la formación democrática de Chile.” En este sentido: Ortiz, Fernando, *El movimiento obrero en Chile*, Lom Ediciones, Santiago, Chile, 2005, p. 21.

²⁰ En cuanto a la concepción de la libertad sindical como derecho fundamental véase también: Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., p. 64 s.

expresiones de carácter colectivo que le son propias, esto es, el ejercicio de derechos que dicen relación con el desarrollo de la actividad sindical en su faz funcional, vinculado específicamente al derecho de negociación colectiva y derecho a huelga.²¹ Este es también el planteamiento sostenido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.²² Además, puede afirmarse que esta sería la concepción de la libertad sindical que consagra la Constitución Política de la República, si se analizan de manera armónica e integrada las disposiciones de los artículos 19 N° 16, 19 y 26 de la CPR,²³ en concordancia con los principios contenidos en los mencionados convenios N° 97 y 98 de la OIT ratificados por Chile.

Por lo tanto, la evolución natural experimentada por la noción de libertad sindical y su reforzamiento a nivel interno luego de la ratificación de los principales instrumentos internacionales del trabajo sobre la materia y las reformas introducidas a la legislación nacional desde el retorno a la democracia en el país, reclaman de una visión amplia e integradora de esta libertad, conforme a la cual su ejercicio, desde una dimensión colectiva, va naturalmente asociada al ejercicio de un derecho fundamental. Por tal razón es un deber ineludible de todo Estado de Derecho promover y dar de eficacia al legítimo ejercicio de las garantías fundamentales, dotándolas de adecuados mecanismos de tutela y materializando, de ser ello pertinente, las modificaciones legales que puedan ser necesarias para poner fin a las restricciones que las limiten y hacer realidad sus posibilidades de ejercicio por todos los ciudadanos, evitando que se desvirtúen, transformándose en un privilegio de pequeños grupos. De allí, por cierto, que las preocupantes cifras sobre el alcance de la negociación colectiva en Chile evidenciadas por la ENCLA 2006, ya referida en la parte preliminar de este estudio, deben constituir un llamado de alerta que acelere la adopción de medidas tendientes mejorar la precaria situación en que se encuentra la dimensión colectiva de la libertad sindical.

²¹ En igual sentido: Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, ob. cit., p. 45; Palomeque, Manuel; Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 247.

²² Ver: OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª Edición (revisada), Ginebra, Suiza, 2006. Así, por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical ha resuelto que: “El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido.” En este sentido: Recopilación de 1996, párrafo 782; 310º informe, caso N° 1928, párrafo 175; 311.er informe, caso N° 1951, párrafo 220; caso N° 1942, párrafo 269; 321.er informe, caso N° 2019, párrafo 412; 327º informe, caso N° 2119, párrafo 253 y 338º, informe, caso N° 2326, párrafo 459.

²³ Véase: Ugarte Cataldo, José Luis, Libertad sindical y Constitución: como superar una vieja lectura, ob. cit.

2. RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LOS CONVENIOS DE LA OIT Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CHILENO

La OIT se preocupado prácticamente desde sus comienzos de la necesidad de asegurar normas y principios básicos sobre la libertad sindical que tengan vigencia y validez para todos los países que la integran, lo que se ha materializado a través de distintos instrumentos internacionales, tales como convenios y recomendaciones, siendo los más relevantes:

- El convenio N° 87 de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación;
- El convenio N° 98 de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.²⁴

Por su parte, los convenios anteriores se complementan con otros instrumentos internacionales emanados de la OIT, entre los que cabe destacar:

- Convenio N° 135 de 1971, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores;²⁵
- Convenio N° 141 de 1975, sobre organizaciones rurales;²⁶
- Convenio N° 151 de 1978, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública;²⁷
- Convenio N° 154 de 1981, sobre promoción de la negociación colectiva.²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, en el contexto de lo que implica, desde la visión de la OIT, reforzar el valor de libertad sindical como un derecho fundamental, debe tenerse en especial consideración la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, la que en sus considerandos destaca que: "...el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas." Por lo anterior, "...con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano."

²⁴ Ambos convenios fueron ratificados por Chile después de haber transcurrido 50 años desde su dictación; Diario Oficial de fecha 12 de mayo de 1999.

²⁵ Ratificado por Chile, Diario Oficial de fecha 29 de julio de 2000.

²⁶ Este convenio aún no ha sido ratificado por Chile.

²⁷ Ratificado por Chile, Diario Oficial de fecha 26 de diciembre de 2000.

²⁸ Este convenio aún no ha sido ratificado por Chile.

A continuación, en el punto 2 de la Declaración se contiene lo que constituye sin lugar a dudas el núcleo central y programático de este instrumento internacional, en el que se señala 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:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”

Así, entonces, queda claro desde la perspectiva de la OIT el lugar central que ocupa el reconocimiento de la libertad sindical como derecho fundamental de validez universal y el deber ineludible de todos los Estados miembros de ese organismo por materializar su vigencia efectiva, dado su rol primordial como presupuesto del “trabajo decente”.²⁹

Ahora bien, entrando al contenido central de los convenios N° 87 y 98 de la OIT, cabe destacar como aspectos más relevantes del reconocimiento a la libertad sindical a los siguientes:

- Los trabajadores y los empleadores deben tener absoluta libertad para constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes,³⁰ como para afiliarse a éstas, sin otra condición que la de respetar sus estatutos (artículo 2 del convenio N° 87);
- Las organizaciones de trabajadores deben tener el derecho a redactar sus estatutos y reglamentos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, y el derecho de formular su programa de acción. Lo anterior debe poder efectuarse sin intervención de las autoridades públicas que puedan limitar o entorpecer el ejercicio de este derecho (artículo 3 del convenio N° 87).
- Las organizaciones de trabajadores deben tener el derecho a constituir federaciones o confederaciones, así como a afiliarse a las mismas, sean éstas nacionales o internacionales (artículo 5 del convenio N° 87).
- La adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones de trabajadores no debe estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones del convenio (artículo 7 del convenio N° 87).

²⁹ Véase: Espinoza, Malva, Trabajo decente y protección social, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, Chile, 2003.

³⁰ El artículo 10 del convenio N° 87 dispone que: “En el presente Convenio, 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.”

- La OIT reconoce en sus convenios que el reconocimiento de la libertad sindical no es absoluta y debe ejercerse de acuerdo a las condiciones específicas de cada país (artículo 8 del convenio N° 87).
- La huelga no es tratada explícitamente en el convenio N° 87, pero el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT y la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, órganos establecidos para el control de la aplicación de las normas de la OIT, han señalado que está implicada en el contenido de los artículos 3 y 10 del citado convenio y desde ahí han reconocido el derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y delimitado su ejercicio. Asimismo, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que el derecho a huelga es un corolario indisociable del derecho de asociación reconocido por el convenio N° 87, constituyendo uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones en la medida que sea un medio de defensa de sus intereses colectivos.³¹
- Se establece una tutela amplia de la libertad sindical. Es así como los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (artículo 1 del convenio N° 98). De igual manera, las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia³² de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración (artículo 2 del convenio N° 98).
- 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 (artículo 4 del convenio N° 98).

En relación con esta disposición, resulta interesante señalar que es la única que se refiere a la negociación colectiva, lo que encuentra una explicación en la visión de la OIT en aquel entonces y en el contexto histórico en el que el convenio fue dictado, sin embargo, como el mismo organismo internacional lo ha recalcado en otros instrumentos posteriores, particularmente, el convenio N° 154 de 1981, la negociación colectiva forma parte indiscutida

³¹ OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 523 y 520.

³² El artículo 2 apartado 2 dispone que: “Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones 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.”

de la libertad sindical y existe un deber de los Estados miembros de la OIT de fomentarla y de hacer realidad su ejercicio.³³ Ello es así, porque en el momento actual la sociedad democrática instaura a la libre sindicación y al derecho a la negociación colectiva como principios básicos del estado social, reflejando de esa forma su papel central y emplazándolos como fundamentos de la democracia. De esta manera, se reconoce el papel equilibrador de las asociaciones ligadas al ámbito laboral y la importancia de sus medios de acción, a la vez que sitúa lo social como clave de la existencia del propio Estado.³⁴

No obstante lo anterior, en materia de negociación colectiva el principal convenio de la OIT es el N° 154, en el que se precisa y desarrollan las normas generales contenidas en el convenio N° 98, tal como lo señala su propio preámbulo. En el convenio N° 154 se contiene una definición de negociación colectiva, señalando que esta 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." A continuación, la otra norma central de este convenio, el artículo 5, precisa de qué manera deben llevarse a cabo las actividades de fomento de la negociación colectiva y dispone que:

"Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto 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."

³³ En igual sentido: Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, ob. cit., p. 45 s.

³⁴ Vega-Ruiz, María, Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina. El desarrollo práctico de un principio fundamental, Programa Infocus para la promoción de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, OIT, 2003, p. 9.

Ahora bien, en lo que respecta a la incidencia de esta normativa internacional respecto de nuestro Derecho Interno, cabe señalar que al ser Chile miembro de la OIT se encuentra en la necesidad, tal como lo plantea categóricamente el apartado 2 de la Declaración relativa los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, de hacer realidad, de buena fe, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, lo que supone una serie de deberes tendientes a promover este derecho y a ampliar el número de trabajadores cubiertos por los beneficios de los instrumentos colectivos. Además, dentro de estos deberes se encuentra naturalmente el de propiciar reformas al ordenamiento jurídico laboral, cuando ello sea necesario para poder materializar el pleno ejercicio de este derecho fundamental. En efecto, este último deber de adecuar la normativa interna, resulta claro e indiscutido, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la OIT, cuando el país ha ratificado los convenios, lo que, tal cual ya se ha señalado, se hizo respecto de los convenios N° 87 y 98. De allí entonces, que parte fundamental de la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759 de 2001 al CdT apuntó, precisamente, a concordar nuestra legislación interna con las normas y principios de dichos instrumentos internacionales,³⁵ lo que implicó una reforma sustantiva al Derecho Sindical, caracterizado hasta antes de dicha reforma por su excesivo reglamentarismo y por limitaciones directas e indirectas que se imponían al libre ejercicio de la autonomía colectiva.³⁶

Con todo, subsisten dudas acerca de la situación de la negociación colectiva, pues lamentablemente Chile no ha ratificado todavía el convenio N° 154 que es explícito en el deber de promover la negociación colectiva. Además, con ocasión de la reforma laboral del año 2001 se hicieron muy pocas reformas, todas ellas no sustanciales, al CdT en materia de negociación colectiva y de huelga, por lo que la doctrina iuslaboralista nacional³⁷ está de acuerdo al sostener que en dos de los pilares básicos de la libertad sindical – la negociación colectiva y la huelga – Chile mantiene aún prácticamente incólume la visión restrictiva del ejercicio de estos derechos heredada del Plan Laboral.

³⁵ Véase el Punto I.1. del Mensaje con el cual el Presidente Ricardo Lagos envió el proyecto de ley de reforma laboral al Congreso Nacional, Mensaje N° 136-343, de fecha 16 de noviembre de 2000.

³⁶ Según lo manifiesta Tapia, Francisco, *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 187-188, este ajuste de nuestra normativa interna con los convenios internacionales se efectuó mediante: a) el reconocimiento efectivo del derecho de sindicalización, en términos de que los trabajadores pueden constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, ampliándose la tipología sindical y disminuyéndose los quórum de constitución de sindicatos, así como favoreciendo la constitución de un primer sindicato a nivel de empresa a través de un quórum promocional. b) La consagración de la más amplia autonomía sindical con el retiro de la intervención fiscalizadora del Estado y la remisión de su funcionamiento al estatuto sindical; eliminando requisitos de elegibilidad de sus representantes y estableciendo un régimen electoral autónomo. c) El reforzamiento de la libertad sindical a través de normas represivas de las conductas antisindicales, sea que se trate o no de trabajadores amparados por el fuero sindical. Véase asimismo: Tapia, Francisco, *Modificaciones al Derecho Sindical en la Ley N° 19.759*, en *Revista Laboral Chilena*, enero 2002, p. 84 s.

³⁷ Entre otros, Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., p. 237 s.; Rojas Miño, Irene, *Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral*, ob. cit.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede sostener que una postura pasiva y acrítica frente a la problemática que origina la actual normativa sobre negociación colectiva no es posible, en base al claro mandato de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo y, sobre todo, porque existe una realidad indesmentible en nuestro mercado de trabajo reflejada claramente por las principales encuestas laborales y que plantea como un desafío social ineludible la necesidad de intervenir para poner fin a la baja incidencia que hoy tiene el ejercicio de los derechos colectivos y a la inequidad salarial creciente y agravada por la falta de mecanismos adecuados de redistribución de ingresos.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN CHILE

3.1. PRIMERA ETAPA: EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931 Y LEYES POSTERIORES

La negociación colectiva se regula por primera vez en Chile en el CdT de 1931, el cual contempló un procedimiento de negociación que denominó “Conflictos Colectivos del Trabajo”, confundiendo con esta terminología lo que es la negociación colectiva con el conflicto. Además, resulta interesante destacar que en el esquema normativo de este primer CdT, la negociación colectiva se radicaba a nivel de empresa o establecimiento,³⁸ limitándose la aplicación del procedimiento únicamente a los trabajadores del sector privado, ya que el CdT de 1931 prohibía la negociación colectiva en el sector público, así como en una parte importante de las empresas del Estado. No obstante, ello no fue impedimento para que, en la práctica, se desarrollaran negociaciones colectivas informales en el sector público y para que tuvieran lugar un número considerable de huelgas ilegales.³⁹

En general, respecto del sistema de negociación colectiva reconocido por el CdT de 1931 se puede señalar que éste presentaba las siguientes particularidades:

- Tenía un carácter administrativo, ya que se realizaba ante las denominadas “Juntas de Conciliación”, organizadas a nivel departamental.
- Las Juntas estaban integradas por tres representantes los de trabajadores y tres representantes de los empleadores del respectivo departamento.
- Las Juntas eran presididas por el Inspector del Trabajo, quien contaba con derecho a voto.
- Los “conflictos colectivos” no resueltos por las partes debían someterse a un mecanismo de solución alternativo ante la Junta de Conciliación, lo que constituía un requisito necesario para un posible ejercicio posterior del derecho a huelga.

³⁸ Véase también: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

³⁹ En detalle: Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2003, p. 577 s.

- La Junta de Conciliación proponía una fórmula para dirimir el conflicto, bastando que una parte no lo aceptara para que no prosperara la conciliación.
- El Inspector del Trabajo podía dirimir los conflictos en caso de empate, lo que, en último término, le restaba legitimidad al sistema, pues se trataba de un funcionario público dependiente de la Administración del Estado, la que, obviamente, actuaba de acuerdo a los lineamientos generales del gobierno de turno.

Con posterioridad, luego de la dictación de la Ley N° 16.625, de fecha 29 de abril de 1967, sobre sindicación campesina, cambia en parte el sistema nacional de negociación colectiva al permitirse también en el ámbito agrícola el desarrollo de negociaciones y con un sentido distinto al que este procedimiento tenía en el CdT de 1931, pues se promovió una negociación más directa y sin intervención del Estado. La negociación se realizaba a nivel de empresa o predio agrícola y, en caso de que no prosperara el acuerdo directo, se crearon “Juntas Especiales de Conciliación Agrícola” formadas únicamente por representantes de los trabajadores y de los empleadores.

A su vez, un aspecto importante de destacar en la normativa laboral sobre negociación colectiva anterior al año 1973, es que en Chile nunca existió un sistema puro de negociación colectiva por rama de actividad. No obstante, de manera paulatina a partir de la década de 1950 fueron surgiendo los denominados “*tarifados*” para ciertos sectores de actividad económica como la construcción, la industria textil, de cuero y de calzado, etc. Hacia fines de 1960, concretamente, mediante la dictación de la Ley N° 17.074, de fecha 31 de diciembre de 1968, se facultó al Presidente de la República para crear “Comisiones Tripartitas” compuestas por tres representantes del Estado, tres representantes de los empleadores y tres representantes de los trabajadores según cada rama de actividad, lo que permitió ir poco a poco institucionalizando un nuevo sistema, el que, en todo caso, sólo funcionó hasta 1973.⁴⁰

Las Comisiones Tripartitas tuvieron como objetivo establecer un sistema de fijación de remuneraciones y de condiciones de trabajo mínimas por rama de actividad. Estas comisiones se formaron en algunas áreas como constructoras, bancos, camiones de transporte urbano e interurbano, montaje industrial, etc. y constituyeron un mecanismo de fijación de un piso de remuneraciones y de condiciones de trabajo por rama de actividad muy detallado que se denominaba “tarifado”. El acuerdo regía para todos los trabajadores del sector, como un verdadero código particular del trabajo, independientemente del tamaño de la empresa o cantidad de trabajadores, por lo que las empresas pequeñas tenían normalmente inconvenientes en su aplicación, por tener distintos niveles de costos que las empresas grandes. Además, eran las empresas grandes, por regla general, las que fijaban la banda de acuerdos, fortaleciendo con ello su posición en el mercado. En lo que respecta a su contenido, cabe señalar que en los tarifados se fijaban los valores de las horas o días de trabajo según las distintas categorías al interior del ramo respectivo. Asimismo, se fijaban asignaciones, gratificaciones, bonos escolares, por fallecimiento, nacimiento, aguinaldos de navidad, de fiestas patrias, etc. También se fijaban en ellos condiciones

⁴⁰ Véase: Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob. cit., p. 577 s.

de trabajo, tales como, implementos de seguridad, condiciones mínimas de higiene y seguridad en las faenas, etc.

Finalmente, cabe señalar que estos acuerdos adoptados por las Comisiones Tripartitas tenían una duración de un año, por lo que anualmente se negociaban nuevas condiciones, lo que no dejaba de presentar inconvenientes prácticos pues debían retomarse periódicamente las negociaciones y ello repercutía, por ejemplo, en las políticas de inversiones de las empresas, al introducir un componente de incertidumbre en el valor de los costos laborales.

3.2. SEGUNDA ETAPA: PERÍODO ENTRE 1973 a 1979

Durante este período de tiempo con el cual se inicia el Régimen Militar, se produjo una importante alteración de la normativa vigente hasta ese momento y, en concreto, en lo que se refiere a los procedimientos de negociación colectiva, se dispuso un receso de todos los órganos negociadores existentes hasta la fecha.⁴¹ Paralelamente, mediante la dictación de algunas normas legales se prorrogó, con o sin modificaciones, la vigencia de los diferentes tipos de instrumentos colectivos vigentes hasta 1973. Además, en 1974 se restableció un sistema de Comisiones Tripartitas, primero con un carácter consultivo y, luego, con facultades semi-resolutivas, aunque con intervención del Ministerio del Trabajo y del Ministerio de Economía, con lo cual se fijaron condiciones de trabajo y de remuneración para ciertas áreas económicas por un nivel superior al establecido por la ley para la generalidad de los trabajadores. Este sistema funcionó hasta 1979. Con todo, como lo manifiesta el profesor Francisco Walker,⁴² este sistema no constituyó un verdadero mecanismo de negociación colectiva, pues las condiciones de trabajo y de remuneración superiores a las fijadas por la ley quedaron, en último término, definidas por la autoridad administrativa, la que tenía un carácter autoritario.

Por otra parte, en casos excepcionales se permitió, con la anuencia de la autoridad, una especie de negociación colectiva directa entre el empleador y los trabajadores. Sin perjuicio de lo anterior, cabe sostener que, en general, se trató de un período de indefinición en el que pugnaban dos visiones distintas: una, que apuntaba a restablecer un sistema de negociación colectiva tripartita, similar al vigente en ese momento que era heredero del sistema original derivado del CdT de 1931 y otra postura, de corte neoliberal ortodoxo, que plantea un nuevo modelo normativo de relaciones laborales que sirva de sustento y no obstaculice el modelo económico de libre mercado que se pretende instaurar en el país, conforme al cual, en el ámbito de las relaciones colectivas, se considera únicamente una negociación colectiva a nivel de empresa, pudiendo coexistir en su interior distintos procesos negociadores.

⁴¹ Sobre la materia: Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob. cit., p. 585 s.

⁴² Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob. cit., p. 586.

3.3. TERCERA ETAPA: EL PLAN LABORAL

Como lo afirma Irene Rojas, el modelo normativo de relaciones laborales que el Régimen Militar impuso hacia fines de la década del setenta, se inserta en un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país, proceso que denominó "modernizaciones", y que incorporó además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras.⁴³ En el plano laboral el nuevo modelo normativo replanteó radicalmente el sistema de relaciones individuales y colectivas del trabajo, lo que supuso una derogación de la normativa anterior. Ahora bien, las características básicas de este nuevo modelo normativo son, por una parte, el establecimiento de una flexibilidad y, en muchos casos, de desregulación en la normativa de las relaciones individuales de trabajo y, por la otra, una rígida regulación de las relaciones colectivas. En efecto, se establece un Derecho Individual del Trabajo de carácter flexibilizador y desregulador, ya sea al dejar de regular diversos aspectos de las relaciones individuales de trabajo o al flexibilizar otras, mediante técnicas de disminución de beneficios, o disminución de sanciones ante su incumplimiento. De otro lado, se rigidiza al máximo el Derecho Colectivo del Trabajo, limitando el poder de la organización laboral, ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales. Para ello se reguló con gran detalle cada una de las instituciones jurídico laborales, estableciendo, además, limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga. Las funciones del sindicato quedan restringidas a la reivindicación económica en el nivel de empresa, prohibiéndose expresamente algunas actividades, en muchos casos con sanciones penales.

Así, entonces, el carácter fundacional del régimen militar para con el modelo económico y su adhesión a la teoría de las ventajas comparativas en el comercio internacional llevó a desarrollar toda medida dirigida a asegurar la rentabilidad del capital en los sectores en los que se definía la inserción del país en la economía internacional. En tales procesos no fueron indiferentes la generación y fortalecimiento de grupos empresariales, la privatización de empresas y la liberalización de los mercados de trabajo, así como las limitaciones y prohibiciones para la acción sindical y la negociación colectiva.⁴⁴

A su vez, cabe destacar que el Plan Laboral de 1978, plasmado en el DL N° 2.758 de 1979, se inspira en la idea neoliberal de que la negociación colectiva debía limitarse a ser un medio por el cual un grupo de trabajadores negocia sus remuneraciones con el empleador sobre la base del valor que tienen sus aportes en la empresa, ya que la negociación colectiva no puede operar como un mecanismo de redistribución de la riqueza en un país, pues esto sólo produce efectos perversos para la economía al establecerse remuneraciones que sobrepasan los niveles de

⁴³ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

⁴⁴ Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, ob. cit., p. 33.

productividad.⁴⁵ Por ello, entonces, según esta concepción de negociación colectiva, se distingue entre un “salario piso”, valor tal en que toda remuneración ofrecida por debajo del mismo vuelve al trabajador dispuesto a buscar otra fuente de trabajo. De manera que los empresarios no podrían pagar salarios inferiores a los que determine el mercado laboral correspondiente y un “salario techo”; indicador del nivel salarial máximo ya que la remuneración encima de dicho límite podría hacer conveniente al empleador remplazar al trabajador. De este modo, el salario que se entra a negociar colectivamente por los actores se juega en el rango que media entre el salario piso y el salario techo.⁴⁶

En consecuencia, la negociación colectiva sólo debe asegurar la equivalencia entre remuneraciones y productividad. Es por eso que la negociación colectiva debía desarrollarse sólo entre el empleador y sus trabajadores, debiendo contemplar la ley mecanismos de solución en caso de desacuerdo. En este contexto, la huelga se limita a ser un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan para la producción. Incluso, algunos economistas como Hayek de la línea neoliberal más ortodoxa, llegan a afirmar que el altruismo y la solidaridad son dos instintos que constituyen un gran obstáculo para el desarrollo de la economía moderna.⁴⁷

Por estas razones, puede postularse que el Plan laboral, a través de la negociación colectiva, instituyó la subordinación del trabajo al capital y contribuyó a garantizar una tasa de ganancia libre de interferencias laborales reforzando el patrón de acumulación derivado del modelo económico adoptado y para lo cual estableció un conjunto de disposiciones protectoras a la actividad económica de la empresa.⁴⁸

Otras ideas subyacentes⁴⁹ al modelo de relaciones colectivas implementadas por el Plan Laboral de 1978 son que:

⁴⁵ Ver: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 231.

⁴⁶ Con todo, el vínculo salario/productividad, que parece razonable a primera vista, pierde en parte su atractivo con la homologación que se hace de la productividad por el costo de reemplazo del trabajador, convirtiendo al trabajo en una mercancía y, porque en un plano estrictamente económico, en sociedades como la nuestra el permanente exceso de oferta de trabajo impulsa a la baja de los salarios en el mercado. La productividad o aporte del trabajador a la empresa se refleja, en definitiva, en el precio del reemplazo en el mercado de trabajo. En este sentido: Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, ob. cit., p. 34.

⁴⁷ En detalle: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 231.

⁴⁸ Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, ob. cit., p. 35.

⁴⁹ Ver: Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob. cit., p. 587-578.

- el objetivo de la negociación colectiva es la productividad de la empresa y la forma como el factor trabajo participa en ella, por lo que aceptar la negociación colectiva fuera de la empresa implica comprometer su normal funcionamiento;
- la negociación colectiva a nivel de rama de actividad conduce necesariamente a acciones monopólicas, toda vez que puede originar concertaciones de precios, lo que atenta contra la libre competencia que es un componente esencial de una economía de mercado;
- la negociación colectiva a nivel de empresa permite excluir la intervención del Estado. Esto se explica, porque en las huelgas a nivel de rama de actividad el Estado difícilmente puede mantenerse al margen del conflicto, por los daños que producen a la comunidad en el ámbito económico, social o político;
- los instrumentos colectivos que se celebren deben producir efectos únicamente para los trabajadores que lo suscriben. El único que puede extender los efectos de un instrumento colectivo a otros trabajadores (nuevos o que no participaron en la negociación colectiva) es el empleador;
- la negociación colectiva debe ser tecnicada y alejada de toda connotación política.

Para concluir, basta señalar que, como se tendrá oportunidad de analizar en la segunda parte de este estudio, la gran mayoría de los postulados del Plan Laboral se mantienen aún presentes, más o menos atenuados en el actual ordenamiento jurídico laboral y esto explica de alguna manera los problemas que presenta nuestra institucionalidad laboral para promover el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la negociación colectiva. Por tal motivo, se tendrá oportunidad de volver a estos postulados para contrastarlos con la normativa vigente y proponer mejoras en aras de perfeccionar nuestro modelo normativo de relaciones colectivas de trabajo.

3.4. CUARTA ETAPA: LAS REFORMAS LABORALES LUEGO DEL RETORNO A LA DEMOCRACIA

Como se estableciera en el acápite anterior, el Plan Laboral en lo que respecta a la negociación colectiva se consagró normativamente en la legislación irregular dictada por el Régimen Militar y luego en el CdT de 1987. Esta regulación ha sido modificada con posterioridad por los Gobiernos de la Concertación, en especial, mediante la Ley N° 19.069 de 1990 y la Ley N° 19.759 de 2001, la que, como ya se señalara, pretendió conciliar nuestra normativa laboral con las normas y los principios contenidos en los convenios N° 87 y N° 98 de la OIT. En términos generales ambos procesos de reformas legales apuntaron a morigerar o eliminar las fuertes restricciones impuestas

por el Régimen Militar en el Derecho Colectivo del Trabajo⁵⁰ para facilitar, sobre todo, la formación y actuación de los sindicatos.

Sin perjuicio de lo anterior, se introdujeron también con estas reformas diversas modificaciones a la negociación colectiva, con el fin de eliminar restricciones y promover este derecho, pero en este ámbito, la incidencia de los cambios no ha sido tan relevante, en gran medida, por las dificultades que desde el punto de vista político y económico supone un cambio en estas materias, particularmente, cuando no existe un consenso transversal en los distintos partidos políticos acerca de las desventajas del actual modelo normativo de relaciones colectivas. Asimismo, como se tendrá oportunidad de establecer en este trabajo, es posible constatar que los lineamientos fundamentales del nuevo modelo de relaciones colectivas implementado por el Régimen Militar no han sido alterados en su esencia, lo que aún genera fuertes discusiones de carácter jurídico, económico y político.

Por estas razones, la segunda parte del estudio se centrará en el análisis crítico de las principales materias referidas a la negociación colectiva en las que aún se manifiesta fuertemente la impronta ideológica del Plan Laboral, con miras a explicitar sus inconvenientes, dadas las particularidades del contexto económico y social de la actual sociedad globalizada en la que se desarrollan las relaciones laborales. Asimismo, el estudio buscará proponer mejoras que hagan posible en un futuro próximo un ejercicio pleno y amplio del derecho fundamental a la negociación colectiva.

⁵⁰ En detalle: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

SEGUNDA PARTE

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO: PRIMACÍA DE LA VISIÓN RESTRICTIVA E INSTRUMENTAL POR SOBRE LA PROMOCIÓN EFECTIVA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL

1. CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva es una institución propia del Derecho del Trabajo, reconocida en las legislaciones de los distintos países, pero anterior a él, que persigue armonizar los intereses contradictorios de los actores laborales (trabajadores y empleadores organizados colectivamente), para que, de común acuerdo y con plena autonomía fijen los salarios y condiciones de trabajo en conformidad a los procedimientos que establecen las respectivas legislaciones. En otras palabras, la negociación colectiva remite a los propios interesados las condiciones en que se desenvolverán las relaciones laborales.⁵¹

Por lo anterior, la negociación colectiva recoge en su concepción tres orientaciones esenciales para las relaciones laborales. En primer lugar, la voluntad de sociedad expresada, en su sentido más amplio, de concertación por sobre el conflicto, de entendimiento en el presente que envuelve implícitamente una promesa de entendimiento futuro, fundada en la experiencia y aprendizaje de concertación cuya base contempla, a través del diálogo, estructurado o de forma libre, los intereses y demandas de los actores sociales en el proceso productivo, con la expectativa de reducir las diferencias y transformarlas en beneficios colectivos. En segundo lugar, la autonomía de los grupos intermedios, en este caso trabajadores y empleadores, y sin que medien extraños, incluido el Estado, para contratar elementos sustantivos de las relaciones laborales con arreglo a sus intereses. En tercer lugar, respecto de los trabajadores, la autonomía de la voluntad colectiva, que constituye el fundamento, iniciativa, capacidad de impulso esencial para tutelar eficazmente los intereses generales de los trabajadores y, por tanto, la negociación colectiva pasa a ser un acto de ejercicio de la autonomía colectiva, supraordinado respecto del interés individual en el marco heteronómico del orden público laboral.⁵²

Ahora bien, en relación con lo precedentemente expuesto, cabe señalar que la negociación colectiva admite diversas definiciones. Así, desde una perspectiva jurídica, destaca la naturaleza de la negociación colectiva como un derecho humano fundamental de contenido laboral, reconocido como tal en los convenios, recomendaciones, declaraciones y otros pronunciamientos

⁵¹ En este sentido: Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, ob. cit., p. 40.

⁵² Ídem.

de la OIT, así como en los principales tratados internacionales de derechos humanos, ya sea en el marco general del reconocimiento al derecho de asociación y de acción sindical, como a través de disposiciones específicas que aluden de manera directa al derecho de negociación colectiva.⁵³ De esta manera, se expresa la convicción de la comunidad internacional respecto a la negociación colectiva como componente constitutivo de la dignidad de la persona en el trabajo, instrumento fundamental para la obtención del bienestar y la mejora de la calidad de trabajo y de vida de los trabajadores y la comunidad, y medio para la armonización de intereses entre el capital y el trabajo. Adicionalmente, este soporte normativo brinda cobertura a los trabajadores para la mejor defensa y ejercicio de la negociación colectiva, con miras a la protección y promoción de sus derechos e intereses y como componente imprescindible de la libertad sindical.⁵⁴

Por otra parte, como lo plantea acertadamente el profesor Francisco Walker,⁵⁵ es posible distinguir entre un concepto amplio y un concepto restringido de la negociación colectiva. Desde una perspectiva *amplia*, negociación colectiva es “aquella que se efectúa entre los trabajadores organizados y los empleadores y / o el Estado con el objeto de lograr acuerdos a nivel de establecimiento, de empresa, de profesión o de industria, de la región o de la nación, en materias que interesan a los trabajadores.” Frente al concepto anterior, existe uno más *restringido*, que circunscribe la negociación colectiva “al objetivo de lograr un mejoramiento de condiciones de trabajo y de vida y que culmina en un instrumento denominado – según sea el país de que se trate – contrato colectivo, convenio colectivo, convención colectiva o actas de avenimiento.” Esta noción más restringida de negociación colectiva es la que se enmarca en lo dispuesto – en un contexto internacional – por el artículo 2 del convenio N° 154 de la OIT, de fecha 19 de junio de 1981, conforme al cual: “A los efectos del presente Convenio, 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.”

⁵³ Véase el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene menciones directas y explícitas en materia laboral.

⁵⁴ En este sentido: Franco, Julio; Marcos-Sánchez, José; Benoit, Christine, *Negociación colectiva articulada. Una propuesta estratégica*, ob. cit., p. 13-14.

⁵⁵ Walker Errázuriz, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales*, ob. cit., p. 559.

En el Derecho Comparado, los diversos ordenamientos jurídicos al referirse a la negociación colectiva, destacan su carácter de derecho fundamental. Es así, por ejemplo, que el artículo 37 apartado 1 de la Constitución Española dispone que: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.” Sobre esta disposición, la doctrina de ese país⁵⁶ ha señalado que el derecho a la negociación colectiva no consiste en la imposición a las respectivas contrapartes de un deber de negociar. El derecho a la negociación colectiva se proclama, por consiguiente, no tanto frente a unos indeterminados representantes de los empresarios o de los trabajadores, sino frente al Estado. La Constitución reconoce por tanto un derecho de las partes a negociar sin injerencias externas limitativas del Estado. En todo caso, se destaca que la garantía constitucional implica no solamente una actitud pasiva, no intervencionista del Estado, sino que también una *postura promocional* de la negociación colectiva independiente de las instancias estatales a través de una legislación de apoyo al sindicato (por ejemplo, potenciando la acción sindical en la empresa, asegurando la utilización por parte de los trabajadores de medios de presión en apoyo de la negociación, etc.)⁵⁷

Por su parte, en EEUU, si bien la Constitución no se refiere la negociación colectiva, los movimientos sindicales de fines del siglo XIX y principios del siglo XX hicieron posible que el gobierno estadounidense reconociera, particularmente en la década de los 30, al convenio colectivo como un método de negociación entre empleadores y trabajadores. En este sentido se debe mencionar la Railway Labor Act de 1926 y, particularmente, la National Labor Relations Act de 1935, en las que se reconoce explícitamente la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores, destacándose que, en la segunda, se señala que es política de los EEUU fomentar la práctica y procedimiento de la negociación colectiva, como asimismo proteger el ejercicio por parte de los trabajadores de la plena libertad de asociación, organización y designación de representantes que ellos mismos elijan. De igual manera, en base a lo establecido por la National Labor Relations Act, es relevante señalar algunas características que presenta la negociación colectiva en ese país, toda vez que se consagra el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y el deber de los empleadores de negociar colectivamente, pudiendo la iniciativa de negociar provenir tanto de los trabajadores como de los empleadores. Además, en estos procesos de negociación se reconoce que la intervención del Estado es mínima, por lo que puede concluirse que existe un amplio reconocimiento a la libertad sindical.⁵⁸

⁵⁶ Albiol Montesinos, Ignacio; Camps Ruiz, Luis; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás; Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas, 5ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003, p. 415-416.

⁵⁷ Una visión similar puede extraerse de lo dispuesto por el artículo 9 inciso 3 de la Constitución Alemana (Grundgesetz) y de planteado por la doctrina de ese país, v. gr. Preis, Ulrich, Arbeitsrecht, ob. cit., p. 252 s.

⁵⁸ En detalle: Walker Errázuriz, Francisco, La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado, OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, Chile, 2003, p. 19 s.

Con lo anteriormente expuesto, se ha querido poner de manifiesto como la doctrina y el Derecho Comparado, ya sea que la normativa contenga o no una definición legal de negociación colectiva, ponen el acento al referirse a esta materia en la circunstancia de constituir un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos que tienen la calidad de trabajadores, como a su vez, en el rol del Estado, el cual tiene claramente un sentido promocional del “reconocimiento efectivo” del derecho a negociar colectivamente, en los términos utilizados por la OIT.

1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA VERSUS EL CÓDIGO DEL TRABAJO

Desde la perspectiva de nuestro Derecho Interno pareciera que los énfasis al momento de reconocer el derecho a la negociación colectiva son distintos, pues de la CPR y del CdT se desprende una visión más restringida y menos promocional de esta garantía. En efecto, lo anterior queda de manifiesto si se atiende a lo dispuesto por el artículo 19 N° 16 inciso 5 de la CPR, ya que en esta norma se prescribe que: “La negociación colectiva con la empresa en que laboran es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”.

La disposición citada es una clara expresión de la visión limitativa de la libertad sindical y, en especial, de la negociación colectiva que subyace al Plan Laboral, ya que si bien la reconoce como un derecho fundamental, dentro del catálogo de garantías constitucionales del artículo 19 de la CPR, no es menos cierto que los alcances del derecho son bastante restrictivos, pues, por un lado, no todos los trabajadores lo tienen, por cuanto hay algunos de ellos a quienes la ley expresamente los excluye, lo que de por sí es criticable desde el punto de vista de los acuerdos internacionales suscritos por Chile en los que se reconoce ampliamente la libertad sindical. Por otro lado, y he aquí lo más representativo de la opción ideológica en materia de relaciones colectivas del trabajo impuesta por el Gobierno Militar, se desprende explícitamente de la norma constitucional que el derecho a la negociación colectiva tiene tal carácter, esto es, de derecho fundamental, únicamente a nivel de la empresa. En consecuencia, en cualquier nivel distinto de la empresa los trabajadores no tienen derecho a la negociación colectiva, sino que una mera facultad, cuya efectividad quedará supeditada a la regulación legal y, en último término, a la voluntad de los empleadores, para quienes no existe, salvo en el ámbito de la empresa, el deber correlativo de negociar.

Esto último es especialmente grave, desde la perspectiva jurídica del reconocimiento de la libertad sindical, pues el constituyente limita de antemano su ejercicio y asume un modelo específico, no consensuado democráticamente, restringiendo las posibilidades o los intereses de los actores sociales de optar por una alternativa distinta, pues al dejar de considerar en esos casos a la negociación colectiva como un derecho fundamental, no promueve ni da garantías suficientes para asegurar la efectividad de este derecho. Por lo anterior, es dable sostener que más allá de la visión política o económica que pueda tenerse acerca del nivel en el que pueda desarrollarse la negociación colectiva, el constituyente debería limitarse a reconocer ampliamente el derecho, dejando entregado a la autonomía colectiva y a los intereses de los propios actores sociales la

determinación del ámbito en el que desean negociar, asegurando una protección amplia del derecho fundamental, cualquiera sea la forma u oportunidad en que se ejercite.

¿Cuál es el objetivo de fijar heterónomamente este nivel de negociación, imponiéndolo, a la vez, como único nivel de la estructura? El objetivo explícito, manifestado por los autores del Plan Laboral, fue "someter el nivel de remuneraciones a la productividad del trabajo", tal como se plantea en uno de los considerando del DL N° 2.758⁵⁹ y, además, "impedir la politización de la negociación colectiva".⁶⁰

Por otra parte, la visión restrictiva del derecho a la negociación colectiva tiene también un claro correlato en la legislación laboral si se atiende a la conceptualización dada por el artículo 303 del CdT. En concreto, dicha disposición legal prescribe que: "Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes."

La definición legal de negociación colectiva es también heredera de la visión impuesta por el Plan Laboral, pues desconoce abiertamente que ella sea un derecho y, en concreto, un derecho fundamental reconocido como tal en la CPR, para asumir un concepto meramente instrumental, conforme al cual se le atribuye a la negociación el carácter de un procedimiento destinado a fijar condiciones de trabajo y de remuneración por un tiempo determinado. Este concepto, que por desgracia no ha sido modificado hasta la fecha, viene a restarle importancia a la negociación colectiva, alejándola de sus raíces históricas que hicieron posible elevarla a la categoría de un derecho inherente a todo ser humano por el sólo hecho de ser tal, para terminar transformándola en una mera forma de alcanzar un objetivo material, circunscrito, como se analizará más adelante, a materias exclusivamente de apreciación pecuniaria. Esto último queda absolutamente patente al momento de analizar los diversos "procedimientos" de negociación colectiva en el CdT, pues el lector se encuentra con un conjunto rígido de trámites y plazos fatales, que parecen más bien extraídos de un Código de Procedimiento Civil, perdiéndose con ello de vista la libertad de los

⁵⁹ Específicamente el considerando N° 4, que prescribe: "Que para lograr resultados positivos en un proceso de negociación colectiva es conveniente radicarlo en la unidad empresa, pues de esa manera es posible lograr que los trabajadores obtengan una remuneración que siendo justa, se adecúe a su productividad".

⁶⁰ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit. Según esta autora, el objetivo de "impedir la politización de la negociación colectiva", significa para el legislador del Plan Laboral, al parecer, que debía limitarse toda expresión de intereses laborales que excediera el marco de las remuneraciones y específicas condiciones de trabajo

actores sociales y el plano de equivalencia en el que deberían poder plantear sus intereses colectivos.⁶¹

Sin perjuicio de lo anterior y de lo que se analizará más adelante, llama la atención que el concepto legal explicita que los sujetos de esta negociación son los empleadores y los trabajadores, organizados éstos últimos en sindicatos o en grupos constituidos para este sólo efecto, o unos y otros. La inclusión de coaliciones de hecho de trabajadores, esto es, de grupos que se constituyen para el sólo fin de negociar colectivamente es también una herencia del Plan Laboral que representa una particularidad del Derecho Colectivo del Trabajo chileno y ha sido objeto de fuertes críticas por la doctrina,⁶² toda vez que al equiparar a estas coaliciones transitorias de trabajadores con los sindicatos se estaría vulnerando la libertad sindical consagrada como un derecho fundamental en nuestra Constitución. De la misma forma, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha manifestado que la negociación colectiva entre la empresa y sus trabajadores, por sobre de las organizaciones sindicales, cuando ellas existen, puede ir en contra de la libertad sindical, en cuanto este derecho debe tender a estimular la negociación colectiva de los empleadores con las organizaciones permanentes de los trabajadores.

En resumen, podemos señalar que tanto el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la negociación colectiva, como la definición legal de ella en el CdT, se alejan de los estándares mínimos que supone una consagración amplia de la libertad sindical y que posibilite un ejercicio pleno del derecho a negociar colectivamente. Por esta razón, las normas aludidas contrastan negativamente con la concepción de la libertad sindical que, a la luz de los parámetros fijados por los instrumentos internacionales ratificados por Chile, debe servir de fundamento para enfrentar el tema de este estudio, conforme los cuales se pone de manifiesto que, al tratar la negociación colectiva, se debe entender siempre que se está frente al ejercicio de un derecho fundamental y no ante el desarrollo de un mero procedimiento legal destinado a concordar mejores condiciones de trabajo y de remuneración. De esta manera, entonces, la concepción y el sentido último de la negociación colectiva no puede construirse en base a un mero fin instrumental de servir de medio para mejorar las condiciones laborales, sino en cuanto representa la expresión natural a través de la cual se canaliza la autotutela colectiva de los trabajadores con miras a alcanzar el pleno, armónico y justo desarrollo de las personas en su vida laboral.

⁶¹ En efecto, existen diversas disposiciones del CdT, en los que “la balanza” se inclina abiertamente a favor de los intereses del empleador, lo que se traduce en la aceptación de su última oferta. Véase: artículos 370 inciso 3; 373 y 374 del CdT.

⁶² Entre otros, Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 242.

2. ÁMBITO OBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LAS EMPRESAS EN QUE SE PUEDE NEGOCIAR

Sobre el particular, el artículo 304 inciso 1 del CdT 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.” Con esta disposición el CdT está confirmando la norma del artículo 19 N° 16 inciso 5 de la CPR, en cuanto a delimitar el ámbito de la negociación colectiva en la empresa y, en especial, en las empresas del sector privado. A su vez, esta disposición mantiene el esquema tradicional de circunscribir el ejercicio de los derechos fundamentales laborales a los trabajadores del sector privado, excluyendo a los funcionarios públicos, quienes si bien pueden constituir organizaciones denominadas Asociaciones de Funcionarios de la Administración Civil del Estado y de las Municipalidades,⁶³ que en su funcionamiento y actuación son verdaderas organizaciones sindicales, carecen, no obstante ello de la facultad de negociar colectivamente.⁶⁴

Por otra parte, el artículo 304 incisos 2 y 3 del CdT se ocupa de las excepciones a la regla anterior y precisa cuales son las empresas en que no se podrá negociar colectivamente, encontrándose en esta situación:

- las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio (ejemplo: FAMA, ENAER). Con todo, en estas empresas los trabajadores podrán constituir organizaciones sindicales, de acuerdo a lo previsto por el nuevo texto del artículo 217, modificado por la Ley N° 19.759 de 2001;
- aquellas empresas en que leyes especiales prohíban la negociación colectiva;
- las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los 2 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.⁶⁵

⁶³ Véase: Ley N° 19.296, publicada en el Diario Oficial de fecha 14 de marzo de 1994.

⁶⁴ Con todo, la experiencia empírica ha comenzado a dar cuenta de un interesante fenómeno de negociación colectiva atípica en la Administración Civil del Estado, validada con la actuación del Gobierno, el que reiteradas veces ha negociado con las Asociaciones de Funcionarios y alcanzado acuerdos a nivel sectorial sobre sus condiciones salariales y de trabajo, a pesar de que legalmente se prohíbe la negociación colectiva, todo lo cual lleva necesariamente a tener que replantear esta visión restrictiva del ámbito de la negociación. Véase: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 300 a 305.

⁶⁵ Así se estableció en el dictamen 7166/307, de fecha 13 de noviembre de 1995.

Con todo, respecto de estas empresas se establece una excepción, en el artículo 304 inciso 4 del CdT, ya que no rige la regla anterior respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al DL N° 3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos educacionales técnico-profesional administrados por Corporaciones Privadas conforme al Decreto Ley N° 3.166, de 1980.

Además, en relación con el tema en comento, el artículo 304 inciso 5 del CdT en concordancia con el artículo 219 del CdT prescribe que: “El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código.”

Si se tiene en cuenta lo establecido por el artículo 304 incisos 2 y siguientes del CdT a la luz del reconocimiento pleno que debiera otorgarse a la libertad sindical en nuestro país, particularmente, luego de la ratificación de los convenios 87, 98 y 151 de la OIT, se puede concluir que no existiría hoy un fundamento legítimo para excluir a los trabajadores que prestan servicios en dichas a empresas del derecho a negociar colectivamente.⁶⁶ Si bien, las empresas a las que alude esta norma, son entidades que por su actividad involucran intereses generales del Estado, como por ejemplo, la defensa nacional, no se puede obviar que sus trabajadores se rigen por las normas del CdT y por lo tanto deben ser titulares de todos los derechos, tanto fundamentales, como laborales que se les reconocen en tal calidad. En consecuencia, una aplicación integradora de la libertad sindical debería hacer posible que estos trabajadores puedan acceder a un mejoramiento de sus condiciones de trabajo por la vía de la negociación colectiva, como de facto ya se realiza en la Administración Civil del Estado, pudiendo buscarse, por otras vías, la armonización de los intereses generales de la nación con los intereses colectivos de los trabajadores. Una opción más adecuada en este sentido podría ser, prohibir la huelga y establecer mecanismos obligatorios de mediación o arbitraje. Por lo demás, mantener la norma con esta visión limitativa de la libertad sindical comienza a perder fuerza, luego que la modificación al artículo 217 del CdT posibilitara que en las empresas vinculadas o dependientes del Ministerio de Defensa puedan constituir sindicatos (reconocimiento de la faceta orgánica de la libertad sindical), pero se les excluya del derecho a negociar colectivamente. Dada la actual visión de la libertad sindical, un reconocimiento parcial de ella, como lo hacen los artículos 217 y 304 incisos 2 y siguientes del CdT, es abiertamente vulneratorio de este derecho fundamental.⁶⁷

⁶⁶ De acuerdo al Comité de Libertad Sindical: “El Convenio núm. 98, en especial su artículo 4, relativo al estímulo y fomento de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el sector privado como en el de las empresas nacionalizadas y organismos públicos.” A su vez, este Comité ha señalado que: “Todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva, y debería darse prioridad a la negociación colectiva como medio de solucionar los conflictos que puedan surgir respecto de la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública.” OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 885.

⁶⁷ El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha resuelto que: “El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho,

De igual manera, el profesor Sergio Gamonal,⁶⁸ estima que el artículo 304 del CdT vulneraría la libertad sindical, ya que en base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria consagrado en el artículo 4 del convenio N° 98 de la OIT, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa del trabajo.

En efecto, si se tienen en cuenta las particularidades del sistema chileno de negociación colectiva es fácil constatar, entonces, que es la legislación laboral no está en concordancia con la disposición general del artículo 4 del convenio 98, pues es la ley la que determina el nivel y la obligatoriedad de negociar, restringiendo la autonomía colectiva de los trabajadores. Ello es así, porque:

- en la negociación colectiva no reglada o informal, si bien tienen las partes libertad para determinar la forma y las materias a negociar, el éxito del proceso de negociación colectiva dependerá de la voluntad del empleador, ya que el CdT no reconoce medios de autotutela en beneficio de los trabajadores⁶⁹ ni obliga al empleador a negociar;
- en la negociación colectiva reglada pluriempresa: también depende de la voluntad del empleador la decisión de negociar colectivamente, (artículos 303 inciso 2, 334 y 334 bis A del CdT), constituyendo más bien una utopía la posibilidad de negociar colectivamente a este nivel en base a las disposiciones legales que regulan este tipo de negociación colectiva, toda vez que basta la simple negativa del empleador, sin expresión de causa alguna, para que la negociación no prospere, pudiendo haber implicado, desde el punto de vista de los trabajadores, todo un proceso previo de estudio y de recopilación de información con miras a presentar su proyecto. Por lo tanto, esta alternativa es más bien simbólica y carece de eficacia en la práctica, tal cual está regulada.⁷⁰

mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa.” En este sentido: OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 881.

⁶⁸ Gamonal Conteras, Sergio, Derecho Colectivo del trabajo, ob. cit., p. 247.

⁶⁹ Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 314 bis C del CdT que excluye a los trabajadores involucrados en un proceso de negociación colectiva no reglada o semi reglada del derecho a fuero y, particularmente, del derecho a huelga.

⁷⁰ Con todo, experiencias puntuales que han tenido lugar el año 2007 en el sector forestal, de la minería o de la agricultura más allá de la restrictiva legislación vigente, han significado un principio de cambio, cuyos alcances son aún difíciles de ponderar.

- en la negociación colectiva reglada a nivel de empresa: es el único caso en que la legislación laboral contempla la obligatoriedad de negociar y de contratar,⁷¹ sin perjuicio de que, además, se han reconocido medios de autotutela colectiva para el caso en que las partes no lleguen a un acuerdo, como es el caso de la huelga y el lock-out. Es por ello que, como se analizará más adelante, en este sistema la huelga se consagra como un mecanismo de autotutela al final de un procedimiento de negociación colectiva reglada y no como un mecanismo de presión para obligar al empleador a negociar colectivamente.

Finalmente, es importante hacer presente que, en relación con el momento u oportunidad en que se debe hacer valer que una empresa se encuentra en alguna de las situaciones descritas por el artículo 304 del CdT, la Dirección del Trabajo ha establecido que ello debe plantearse dentro del proceso de negociación colectiva, en el trámite denominado “objeciones de legalidad” que se formula ante el Inspector del Trabajo competente.⁷² Esta conclusión se infiere de lo dispuesto por los artículos 329 y 331 del CdT, conforme a los cuales, el empleador en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores debe formular las observaciones que le merezca el proyecto. No obstante, como señala con acierto la profesora Ana María Díaz,⁷³ la crítica que merece este planteamiento es que limita la posibilidad de las partes de evitar el inicio de un procedimiento de negociación colectiva, requiriendo un pronunciamiento acerca de si una empresa se encuentra o no en estas situaciones de manera previa. Por lo tanto, los trabajadores deberían asumir el costo y el trabajo de preparar e iniciar un proceso de negociación colectiva, el que puede verse “truncado” si se establece que la empresa no es de aquellas en que se puede negociar colectivamente.

2.1. LA ANTIGÜEDAD DE LA EMPRESA COMO REQUISITO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En relación con el ámbito objetivo en el cual puede desarrollarse un procedimiento de negociación colectiva, corresponde también tener en cuenta el artículo 308 del CdT, conforme al cual: “Para negociar colectivamente dentro de una empresa, se requerirá que haya transcurrido a lo menos un año desde el inicio de sus actividades.” Por lo tanto, para los efectos de poder iniciar una

⁷¹ El artículo 329 del CdT dispone que: “El empleador deberá dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición. En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del artículo 315, cuando dichos antecedentes no se hubieren entregado anteriormente. (Inciso 1) El empleador dará respuesta al proyecto de contrato colectivo dentro de los quince días siguientes a su presentación. Las partes, de común acuerdo, podrán prorrogar este plazo por el término que estimen necesario. (Inciso 2)”

⁷² Dictamen N° 3069/153, de fecha 14 de agosto de 2001.

⁷³ Díaz Muñoz, Ana María, Manual de Procedimientos de Negociación Colectiva, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004, p. 14.

negociación colectiva, no basta que se trate de una empresa en la cual pueda negociarse por mandato del artículo 304 inciso 1 del CdT, sino que, además, debe tratarse de una empresa con un cierto grado de antigüedad, con lo cual queda de manifiesto la subsistencia en la actual normativa laboral de las ideas rectoras sobre la materia implementadas por el Plan Laboral de 1978, las que buscan asegurar que la negociación colectiva no sea un obstáculo para el desarrollo de la actividad empresarial, limitándose, en este caso, el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente en las empresas nuevas.

Si bien esta norma puede estimarse como razonable y, seguramente en la práctica el propio sentido común no haría aconsejable la negociación en empresas nuevas, lo criticable de esta disposición es que con ella el legislador asume una posición, dando privilegios a los empleadores que no tienen correlativamente los trabajadores, por lo que el ordenamiento jurídico laboral termina rompiendo el equilibrio de posiciones que debería garantizarse a los actores sociales con miras a que puedan ejercer su autonomía colectiva con entera libertad, inclinándose a favor de los intereses empresariales y, en último término, atribuyendo más valor al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa que a la libertad sindical.

Sobre la norma en comento, la Dirección del Trabajo⁷⁴ ha señalado que por *fecha de inicio de actividades* debe entenderse “la fecha en que la empresa hubiere empezado efectivamente a desarrollar sus funciones y siempre que tal circunstancia se pueda comprobar objetivamente a través de medios o hechos que lo pongan de manifiesto; sólo si ello no fuera posible, deberá entenderse que la empresa inició sus actividades cuando las hubiere iniciado ante el SII.” A su vez, el mencionado Servicio ha señalado en el mismo pronunciamiento que: “...el inicio de actividades de una empresa se refiere al comienzo de cualquier operación o tarea que ésta realice como tal, sean éstas preparatorias para generar condiciones que le permitan iniciar las labores de su giro, o bien aquellas propias del giro de la misma.”

Por otra parte, en lo que respecta al momento desde el cual debe computarse el año de iniciación de actividades en caso de división de una empresa, es interesante hacer presente que el dictamen N° 5691/247, de fecha 16 de octubre de 1996, estableció que en caso de desmembración de una empresa en varias empresas que asumen las tareas o actividades de la empresa original, “se deberá estimar que las actividades de estas nuevas entidades, para los efectos de efectuar la primera negociación colectiva, no se han iniciado al momento de su nacimiento a la vida jurídica, sino al instante en que efectivamente se inició el proceso productivo o la función que a aquellas nuevas empresas correspondía dentro de la entidad matriz de la que formaban parte.” Con este pronunciamiento, el organismo fiscalizador busca que los procesos de filialización empresarial no conlleven una limitación al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, al estimar que no sería aplicable el requisito del artículo 308 del CdT respecto de la empresa resultante de la división.

⁷⁴ En este sentido: dictamen N°5891/257, de fecha 25 de octubre de 1996.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. TRABAJADORES QUE PUEDEN NEGOCIAR COLECTIVAMENTE

Si bien el CdT no lo señala expresamente, por aplicación de la disposición del artículo 19 N° 16 inciso 5 de la CPR, como a su vez, en concordancia con el pleno respeto del principio de libertad sindical, cabe concluir que, por regla general, todo trabajador, que no sea de aquellos que prestan servicios en las empresas exceptuadas a que se refiere el artículo 304 del CdT, tiene derecho a negociar colectivamente. Por tanto, podrá intervenir en procesos de negociación colectiva, ya sea como trabajador afiliado a un sindicato, o bien, como miembro de un colectivo de trabajadores que se une para negociar colectivamente, todo ello, de conformidad con las normas que se comentarán en los acápite siguientes.

3.2. TRABAJADORES EXCLUIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El CdT en el artículo 305 se encarga de determinar que trabajadores quedan excluidos del ejercicio del derecho a negociar colectivamente y determina a las siguientes categorías de dependientes:

- los *trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje*.⁷⁵ Respecto de esta clase de trabajadores excluidos del derecho a negociar se debe efectuar una concordancia con el artículo 82 del CdT, el cual establece 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.”

Ahora bien, la justificación que tendría el legislador para excluir a los aprendices estaría dada, porque ellos no son trabajadores plenos, sino que trabajadores en formación que, además, de la retribución pecuniaria por sus servicios reciben una formación especial en el trabajo, que es de cargo del empleador. Con todo, esta visión excesivamente paternalista de los contratos de aprendizaje ameritaría ser revisada, por un lado, por la enorme importancia práctica que reviste el aprendizaje de competencias en el empleo con miras a formar trabajadores más especializados, productivos y capacitados que puedan contar con mejores alternativas de desempeño laboral, así como con habilidades que les faciliten la movilidad en un escenario económico complejo y variable como el actual. Por otro lado, desde un punto de vista de política de empleo, debería revisarse la incidencia efectiva que presentan hoy estos contratos y estudiar la necesidad de articular una visión más plena e integradora de los contratos formativos, a la luz de los actuales intereses y necesidades de trabajadores y empresarios.

⁷⁵ El artículo 78 del CdT establece que: “Contrato de trabajo de aprendizaje es la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida.”

En efecto, no cabe duda que la circunstancia de que no tenga aplicación respecto de los aprendices el ingreso mínimo mensual, de conformidad con lo previsto por el artículo 81 del CdT, así como la exclusión del derecho a la negociación colectiva, desincentivan enormemente el interés que esta clase de contratos de trabajo formativos pueda representar para los jóvenes. Además, desde una perspectiva de promoción de la libertad sindical, a la que se encuentra obligado el país por aplicación del artículo 4 del convenio 98 de la OIT, no existiría ya justificación para negarles el derecho a negociar colectivamente a los aprendices, más aún, si una posible ampliación de las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva posibilita en el futuro que puedan acordarse condiciones de interés para ellos y que promuevan su identificación plena como trabajadores de la empresa.

- Los trabajadores contratados *exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada*. En relación con esta categoría de trabajadores excluidos del derecho a negociar colectivamente, la Dirección del Trabajo⁷⁶ ha establecido 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.” Asimismo, la Dirección del Trabajo ha resuelto 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”.⁷⁷

Por otra parte debe tenerse en cuenta que la Dirección del Trabajo⁷⁸ también ha señalado que la excepción contenida en el artículo 305 N° 1 del CdT contempla dos requisitos copulativos: que la obra sea determinada y que sea transitoria o de temporada. Por lo tanto, si la obra es determinada, pero es de larga duración (es decir, más de dos años por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 159 N° 4 del CdT), en ese caso los trabajadores sí podrían participar en una negociación colectiva. A su vez, hay que tener en cuenta que los trabajadores

⁷⁶ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia administrativa de este organismo desde el dictamen N° 4627 de fecha 22 de septiembre de 1983.

⁷⁷ Dictamen N° 881/42 de fecha 9 de febrero de 1994. De igual manera, la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 0100/0100, de fecha 8 de junio de 2004, ha establecido que contrato por obra o faena es aquella convención en virtud de la cual el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. A su vez, constituyen contratos por obra o faena transitoria, aquellos que se celebran para la ejecución de una obra o trabajo que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de momentánea o temporal, circunstancia ésta que deberá ser determinada en cada caso particular, debiendo entenderse así reconsiderada la doctrina contenida en dictamen N° 881/42, de 9 de febrero de 1994. En todo caso, sólo se encuentran impedidos de negociar colectivamente, los trabajadores afectos a contratos por obra o faena transitoria, entendiéndose por tales, aquellos que se celebran para la ejecución de una obra o trabajo que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de momentánea o temporal, circunstancia ésta que deberá ser determinada en cada caso particular. Por lo anterior, no revestirían el carácter de contratos por obra o faena, aquellos que implican la realización de labores de carácter permanente, las que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, requisito, que, como ya se expresara, resulta esencial para configurar contratos de este tipo.

⁷⁸ Dictamen N° 2520/137, de fecha 13 de mayo de 1999.

transitorios o de temporada⁷⁹ podrían negociar colectivamente de manera no reglada, según lo dispone el artículo 314 inciso 2 del CdT y que será objeto de estudio más adelante. Por lo tanto, de esta jurisprudencia destaca que el organismo fiscalizador aplica una interpretación restrictiva de los supuestos de la norma, de conformidad con el principio de libertad sindical, con el fin de limitar al máximo los trabajadores que puedan ser excluidos del derecho a negociar colectivamente.

A su vez, en lo que respecta a los dos casos comprendidos dentro del artículo 305 N° 1 del CdT, el profesor Sergio Gamonal⁸⁰ opina que esta norma sería inconstitucional, pues el derecho a negociar colectivamente con la empresa está reconocido constitucionalmente y, aunque la regulación de su ejercicio deba efectuarse por ley, ésta no puede afectar la esencia del derecho fundamental. Así lo ha entendido también el Comité de Libertad Sindical en diversos pronunciamientos al establecer que ninguna disposición del convenio N° 98 de la OIT autoriza la exclusión de su ámbito de aplicación de los trabajadores temporeros.⁸¹

Asimismo, se debe tener en consideración que estas categorías de trabajadores excluidos del derecho a negociar colectivamente por aplicación del artículo 305 N° 1 del CdT pueden prestarse para abusos o actuaciones de mala fe por parte del empleador, pues al momento de tomar la decisión de determinar la categoría en que podrá ser contratado un trabajador, se ve de alguna manera incentivado por esta norma a preferir modalidades de contratación que excluyan a los dependientes del derecho a negociar colectivamente,⁸² con lo cual puede de antemano rebajar los costos laborales y dejar entregada la negociación de las condiciones de trabajo en forma exclusiva al ámbito individual, en el que naturalmente tendrá una posición negocial dominante frente al trabajador.

Por el contrario, en los demás casos del artículo 305 del CdT, que serán comentados a continuación, la excepción al derecho a negociar es razonable, atendida la calidad de los trabajadores, que los ubica en una posición jerárquica superior al común de los trabajadores y, por ello, con facultades o atribuciones decisionales que son propias del empleador. Es decir, estamos frente a lo que normalmente se denomina trabajadores de la alta dirección y que dada su posición en la estructura organizacional de la empresa tienen la capacidad para negociar directamente y en

⁷⁹ El artículo 216 letra d) del CdT define al sindicato de trabajadores eventuales o transitorios como aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.

⁸⁰ Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., p. 250.

⁸¹ 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.

⁸² A este “incentivo” del la norma en comento habría que agregar que, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 159 N° 5 del CdT, estos trabajadores no tienen derecho a obtener una indemnización por años de servicio.

mejores condiciones que el resto de los trabajadores el monto de sus remuneraciones, así como las regalías u otros beneficios que pueden derivarse a cambio de la prestación de sus servicios. Con todo, como contrapartida de lo anterior, a ellos no les serán aplicables algunas normas generales de protección que contiene el CdT, como es el caso de la limitación de la jornada de trabajo ordinaria⁸³ o la necesidad de invocar una causa legal para poner término a su contrato de trabajo.⁸⁴

Los trabajadores excluidos del derecho a negociar colectivamente por aplicación del artículo 305 N° 3, 4 y 5 del CdT son:

- los *gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;*
- las *personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores;*
- 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 decisoras sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.*

La Dirección del Trabajo⁸⁵ ha precisado que un *cargo superior de mando e inspección* dice relación con los trabajadores que desempeñan un cargo ubicado en sus niveles jerárquicos más altos, que les confiera facultades de supervisión o fiscalización de las labores desarrolladas por otros trabajadores de la misma empresa, no quedando comprendidos los trabajadores con atribuciones decisoriales exclusivamente en el nivel de ejecución de políticas y procesos productivos o de comercialización previamente establecidos, ya que estas atribuciones son propias de los cargos de rango medio de la empresa.

La otra limitación anexa a la exclusión del ejercicio del derecho a negociar colectivamente la establece el artículo 305 inciso final del CdT, de conformidad al cual, “Los trabajadores a que se

⁸³ El artículo 22 inciso 2 del CdT prescribe que quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata.

⁸⁴ El artículo 161 inciso 2 del CdT dispone que: “En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración (...), el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva.(...) Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.”

⁸⁵ Dictamen N° 3148/085, de fecha 4 de mayo de 1988.

refiere este artículo no podrán, asimismo, integrar comisiones negociadoras a menos que tengan la calidad de dirigentes sindicales.”⁸⁶

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, el artículo 305 inciso 2 del CdT establece una limitación que es concordante con el respeto a la libertad sindical, pues dispone que: “de la circunstancia de no poder negociar colectivamente por encontrarse el trabajador en alguno de los casos señalados en los números 2, 3 y 4 deberá dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.” Asimismo, con la finalidad de proteger a los trabajadores para que no sean excluidos arbitrariamente del derecho a negociar, el artículo 305 inciso 3 del CdT reconoce un procedimiento de reclamo, conforme al cual, dentro del plazo de 6 meses contados desde la suscripción del contrato, o de su modificación, cualquier trabajador de la empresa podrá reclamar a la Inspección del Trabajo de la atribución a un trabajador de algunas de las calidades señaladas en este artículo, con el fin de que se declare cual es su exacta situación jurídica. De la resolución que dicho organismo dicte, podrá recurrirse ante el juez competente en el plazo de 5 días contados desde su notificación, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio y previa audiencia de las partes.

3.3. SUJETOS ACTIVOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL DILEMA ENTRE LOS SINDICATOS Y LOS GRUPOS DE TRABAJADORES

Una de las normas más controvertidas y, a la vez, emblemáticas del modelo de relaciones colectivas impuesto por el Plan Laboral es aquella que equipara a sindicatos y a grupos de trabajadores reunidos para el sólo efecto de negociar colectivamente como sujetos intervinientes de la negociación colectiva. Así lo señala expresamente el artículo 303 del CdT que define a la negociación colectiva señalando que es un procedimiento en el que uno o más empleadores se relacionan con *una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto*, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado. Este criterio es confirmado por el artículo 315 del CdT al establecer que: “La negociación colectiva se iniciará con la presentación de un proyecto de contrato colectivo por parte del o los sindicatos o grupos negociadores de la respectiva empresa.”

Con la equiparación de los sindicatos y los grupos negociadores 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, como a su vez, desde una perspectiva económica, pretendió poner fin al rol protagónico exclusivo o monopolístico en la negociación colectiva, desarticulando su poder negocial, colocando en una posición de preeminencia a los intereses del empleador y de la empresa. Como lo sostiene Irene Rojas,⁸⁷ el Plan Laboral definió la titularidad en la negociación colectiva. Por la

⁸⁶ Sobre las comisiones negociadoras se refiere el artículo 326 del CdT.

⁸⁷ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

parte empresarial, es el respectivo empleador de la empresa que se trate, mientras que por la parte laboral el modelo normativo estableció una doble titularidad: la del sindicato de empresa y la del grupo de trabajadores que se organizare para tal fin; pudiendo existir al interior de cada empresa una multiplicidad de titulares de los trabajadores, pero que sólo representan los intereses de los trabajadores afiliados o adheridos a cada sindicato o grupo negociador. En lo que respecta al objetivo de admitir la titularidad a una coalición de trabajadores, la autora manifiesta que el sólo hecho de que se reconozca como acuerdo colectivo al suscrito por una coalición transitoria de trabajadores plantea objeciones de política legislativa, por los peligros que encierra una estructura de negociación colectiva sin administradores de los instrumentos colectivos por la parte laboral, peligro que se suma al escaso margen que este modelo normativo reconoce a las partes sociales para el ejercicio de la autonomía colectiva. 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 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.

Por otra parte, cabe agregar que según Sergio Gamonal,⁸⁸ 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. Es así, como el artículo 315 inciso 3 del CdT señala que para poder negociar colectivamente los grupos de trabajadores deben reunir, a lo menos, los mismos quórum y porcentajes requeridos para la constitución de un sindicato de empresa o el de un establecimiento de ella, lo que a primera vista podría llevar a pensar que sería más conveniente constituir un sindicato, dado el carácter permanente de esta organización. Sin embargo, ello no es así, pues el aludido inciso 3 prescribe que estos quórum y porcentajes se entenderán referidos al total de los trabajadores facultados para negociar colectivamente que laboren en la empresa, en el predio o en el establecimiento según el caso. Por tal motivo, si se pondera la norma en detalle se llega a la conclusión de que las exigencias legales para los grupos son inferiores que las requeridas para la constitución de un sindicato, ya que respecto de estos se determinan en base a todos los trabajadores de la empresa, predio o establecimiento, mientras que si se trata de un

⁸⁸ Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., p. 260-261.

grupo de trabajadores que se forma para el sólo fin de negociar colectivamente, estas exigencias se determinan sólo en base al total de los trabajadores facultados para negociar colectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe recalcar que la OIT, particularmente el Comité de Libertad Sindical, ha establecido reiteradas veces la vulneración a la libertad sindical que supone la equiparación de los grupos de trabajadores con los sindicatos, por lo que su reconocimiento, aceptación y promoción indirecta por parte del actual ordenamiento jurídico laboral chileno atenta contra esta garantía fundamental e implica una clara vulneración de los acuerdos internacionales ratificados por el país, particularmente los convenios N° 87 y 98 de la OIT, así como un desconocimiento de los postulados esenciales de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998. A mayor abundamiento, el Comité de Libertad Sindical ha resuelto 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.”⁸⁹

En concordancia con lo anterior, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado también que: “En el convenio sobre los representantes de los trabajadores (N° 135 de 1971) y en el convenio sobre la negociación colectiva (N° 154 de 1981) 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.”⁹⁰ A su vez, se ha entendido que: “...la negociación colectiva, a través de arreglos directos concluidos entre un empleador y un grupo no sindicalizado de trabajadores, aun habiendo sindicato en la empresa, no promueve la negociación colectiva en el sentido del artículo 4 del convenio N° 98, que se refiere al fomento de la negociación entre los empleadores y sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores.”⁹¹

Es claro, entonces, que el CdT contiene normas en esta materia que atentan claramente contra la libertad sindical, desincentivando la actuación en la negociación colectiva de organizaciones

⁸⁹ OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 944.

⁹⁰ OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 946.

⁹¹ 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.

permanentes de trabajadores que puedan hacer valer los íntegramente los intereses colectivos de sus asociados, como asimismo, contribuyendo a la división y atomización del poder negociador de los sindicatos, en provecho de los intereses empresariales. Urge, por tanto, una reforma legal en esta materia que suprima a las coaliciones transitorias de los trabajadores como sujetos de la negociación colectiva. Con todo, no deja de ser preocupante que, luego de transcurridos casi 20 años desde la implementación del Plan Laboral a través de la dictación del DL N° 2.758, no se hayan podido aprobar modificaciones a esta norma que atenta contra la libertad sindical y se opone directamente a las normas y principios de la OIT sobre la materia. Por cierto, el Estado chileno no estará en condiciones de cumplir cabalmente con el deber de promover el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva, mientras subsistan las agrupaciones transitorias de trabajadores como actores de la negociación.

Sin perjuicio de lo anterior y, recogiendo los planteamientos del mismo Comité de Libertad Sindical de la OIT, nada obsta a que de manera excepcional se permita la existencia de grupos de trabajadores que se reúnan para negociar colectivamente en aquellas situaciones en que no exista una organización sindical que pueda asumir la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, pues de esta manera se posibilita y no se entraba, el ejercicio de este derecho fundamental. 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. Además, el reconocimiento excepcional a los grupos de trabajadores puede ser una medida que se complemente con la posibilidad de reconocer también en Chile una participación activa en la negociación colectiva a otros tipos de organizaciones sindicales distintas de los sindicatos de empresa o de establecimiento, como podría ser el caso por ejemplo, de los sindicatos interempresa.

Finalmente, en relación con esta materia cabe formular otra crítica de relevancia al actual ordenamiento jurídico laboral, pues la estructura de nuestro modelo negociador impone que el tipo de sindicato que represente a los trabajadores en la empresa sea un sindicato de base, específicamente un sindicato de empresa (o de establecimiento de empresa), en virtud de lo dispuesto por el artículo 315 del CdT, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las legislaciones comparadas en las cuales el sindicato se organiza más bien por rama, sin perjuicio de que pueda representar a los trabajadores de una determinada empresa frente a sus empleadores.⁹² De esta manera, nuestra legislación al determinar imperativamente el tipo de sindicato que represente a los trabajadores en la negociación colectiva está transgrediendo la

⁹² Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Español. Sobre la materia: Albiol Montesinos, Ignacio; Camps Ruiz, Luis; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás; Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 421 s. Esta misma situación es también posible en el Derecho del Trabajo alemán, de acuerdo a lo dispuesto por el § 2 inciso 1 Tarifvertragsgesetz, si bien constituye una excepción a la regla general conformada por la negociación colectiva a nivel de sector o rama de actividad. En detalle: Preis, Ulrich, Arbeitsrecht, ob. cit., p. 94 s.

libertad sindical, al impedir que sean los propios trabajadores organizados colectivamente, en base a la forma o tipo de organización sindical que mejor se ajuste a sus intereses, quienes decidan cómo llevar adelante la negociación.⁹³ A su vez, con esta imposición normativa nuestro CdT es inconsecuente con el debido respeto al principio de la libertad sindical, ya que si bien la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759 hizo posible modificar el artículo 216 de este cuerpo legal, poniendo fin a la taxatividad con la que se establecían los tipos de sindicatos base,⁹⁴ la modificación terminó siendo puramente simbólica, toda vez que no estableció reglas concretas que sirvieran de base a su constitución y, en concreto, nada señaló acerca de su derecho de negociar colectivamente. No obstante, por aplicación de las reglas generales, artículo 220 N° 1 y 314 del CdT se podría llegar a concluir que podrían negociar de manera no reglada, pero ello no permite sostener que se esté respetando la libertad sindical, ya que esa clase de negociación no obliga al empleador a negociar, como a su vez, no le reconoce a las organizaciones sindicales el derecho a huelga ni protege a los trabajadores involucrados en la negociación con el fuero.⁹⁵

Por todo lo anterior entonces, se puede constatar que en la materia analizada en este acápite, a pesar de las reformas legales del año 1990 y 2001, aún no es posible sostener un adecuado respeto de la libertad sindical ni una promoción efectiva del derecho fundamental a la negociación colectiva en Chile, ya que se mantienen inalterados hasta la fecha los principios restrictivos del Plan Laboral.

4. MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De manera concordante con el modelo reglamentarista y tecnificado de relaciones colectivas impuesto por el Plan Laboral se restringió en forma explícita en la normativa laboral el tipo de materias que pueden ser objeto de negociación colectiva, con lo que, de antemano, el legislador ha puesto una cortapisa a los actores sociales para que, libremente y en base a su autonomía colectiva, puedan establecer otras materias de interés en la negociación. Esto último vulnera naturalmente la libertad sindical como lo ha reconocido en reiteradas ocasiones el Comité de Libertad Sindical, señalando que las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el convenio N° 98 de la OIT.⁹⁶

⁹³ En este sentido: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 262.

⁹⁴ Cabe recordar que la Ley N° 19.759 incorporó las palabras “entre otras” al enunciado del artículo 216 del CdT, por lo que en teoría es posible constituir cualquier forma de organización sindical de base, distintas a la que esta disposición legal determina y define.

⁹⁵ Con la misma opinión: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 123.

⁹⁶ OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 912.

No obstante la manifiesta contradicción con el debido respeto a la libertad sindical, esta opción legislativa expresada en el CdT se mantiene aún vigente y, como se analizará en los párrafos siguientes, es sin duda una materia que debe ser revisada con la finalidad general de promover el ejercicio efectivo de este derecho fundamental y, en particular, con el fin de darles libertad a los sindicatos y a los empleadores para incluir temas de relevancia y de interés directo para ellos, dada la realidad cambiante y heterogénea en la que se desarrollan las relaciones de trabajo en el mundo globalizado,⁹⁷ lo que exige promover medios concertados de adaptabilidad laboral.⁹⁸

Sobre el particular, el artículo 306 inciso 1 del CdT señala que: “Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo.” De acuerdo a esta norma se desprende que la finalidad del procedimiento de negociación colectiva es únicamente establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, lo que es concordante con la visión restrictiva de la negociación colectiva implantada por el Plan Laboral consistente en circunscribir su objeto a la mera relación entre salario y productividad.

Por tanto, de lo planteado por el artículo 306 inciso 1 del CdT se infiere que lo único que se puede negociar colectivamente en Chile son:

- a) Remuneraciones de distinta índole: V. gr.: bonos, aguinaldos, gratificaciones, aumentos de remuneraciones; sistemas de fijación de las remuneraciones; mecanismos de reajustabilidad⁹⁹ (inicial o futura) de las remuneraciones durante la vigencia del contrato, con la única limitación de no poder negociar remuneraciones inferiores a las establecidas por la ley, en concordancia con lo previsto por el artículo 311 del CdT.¹⁰⁰

⁹⁷ Véase: Caamaño Rojo, Eduardo, Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico, en Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile – Valdivia, volumen XVIII, julio de 2005, p. 25 s.; OIT, Cambios en el mundo del trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª reunión, 2006, Informe I, disponible en: www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/index.htm.

⁹⁸ Así se ha entendido en la Unión Europea a través de la promoción del diálogo social. Ver: Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Bruselas, Bélgica, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final.

⁹⁹ De acuerdo a la ENCLA 2006, los reajustes respecto de la existencia de sindicatos en las empresas presentan importantes diferencias, la más importante se da en cuanto a los porcentajes de empresas que no dieron reajustes: un 19,9% donde no hay sindicatos y solamente un 8,8% en las empresas donde hay sindicatos. Por otra parte, hay diferencias en los porcentajes de empresas que dan reajustes igual al IPC, 53,9% con sindicato y solamente un 45,8% de las que no tienen sindicato. En los reajustes mayores al IPC en las empresas con sindicatos fueron un 37,9% de ellas y sin sindicatos un 32,9%.

¹⁰⁰ El artículo 311 del CdT prescribe que: “Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido.”

- b) Beneficios en dinero o en especie que no tienen el carácter de remuneración: vale decir, asignaciones de colación o locomoción, viáticos, vestuario, etc.
- c) Condiciones comunes de trabajo: este concepto es sumamente amplio y puede entenderse de acuerdo a lo planteado por el profesor uruguayo Oscar Ermida¹⁰¹ como “el conjunto de derechos, obligaciones, facultades, potestades y deberes propios de las relaciones individuales y aun colectivas.” En general, se puede señalar que las condiciones comunes de trabajo están referidas a aquellas materias que benefician o afectan a todos los trabajadores que negocian, entendiendo que ellas comprenden principalmente los beneficios o condiciones sociales en que se realiza el trabajo y que no tienen por objeto aumentar los beneficios netamente económicos.¹⁰² Tal es el caso, por ejemplo, de la capacitación, de mecanismos complementarios de seguridad social, de indemnizaciones por término de contrato de trabajo, medidas de higiene y seguridad superiores a las legales, periodos de descanso, tipos de jornadas, etc.

De lo anterior queda de manifiesto que se asume un contenido limitado de la negociación colectiva, referido a condiciones de trabajo con un contenido pecuniario y a beneficios asistenciales, que, en definitiva, ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales.¹⁰³ Por lo mismo, entonces, temas emergentes que pueden ser de una enorme relevancia tanto para los empleadores como los trabajadores, tales como pactos de flexibilidad laboral de jornadas o de reducción de éstas en situaciones de crisis, pactos sobre introducción de modalidades atípicas de contratación laboral; sobre promoción de trabajo a tiempo parcial o de jubilación parcial anticipada;¹⁰⁴ sobre búsqueda de mecanismos de conciliación de trabajo y vida familiar;¹⁰⁵ sobre promoción de la equidad de género,¹⁰⁶ etc., no tienen cabida alguna en Chile, lo que obviamente entraba y rigidiza las posibilidades de las empresas y de los

¹⁰¹ Ermida Uriarte, Oscar, Impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo, Informe presentado al 13º Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Atenas, 1991, citado por Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob.cit., p. 599.

¹⁰² Díaz Muñoz, Ana María, Manual de procedimientos de negociación colectiva, ob. cit., p. 11.

¹⁰³ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

¹⁰⁴ Sobre la materia: Caamaño Rojo, Eduardo, El trabajo a tiempo parcial, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007; Caamaño Rojo, Eduardo, El aporte del trabajo a tiempo parcial a la flexibilización de la jornada de trabajo en Chile. Un camino por descubrir, en Estudios Laborales, Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 1, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007, p. 21 s.

¹⁰⁵ Véase: Caamaño Rojo, Eduardo, Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXIX, Semestre II, 2007, p. 171 s.; Argüelles Blanco, Ana Rosa; Martínez Moreno, Carolina; Menéndez Sebastián, Paz, Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación laboral y familiar en la negociación colectiva, Colección de Estudios N° 156, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004.

¹⁰⁶ Sobre la materia: Abramo, Laís; Rangel, Marta (editoras), Negociación colectiva y equidad de género. América Latina, OIT, Santiago, Chile, 2005.

trabajadores para hacer frente a nuevas necesidades propias del mundo laboral actual. Además, esta limitación extrema del objeto de la negociación colectiva da cuenta de que los gestores del Plan Laboral no fueron capaces de anticiparse a los nuevos escenarios económicos y laborales de fines del siglo XX y principios del siglo XXI, creando ataduras de corte netamente ideológico que dificultan en muchos casos que se logren avances y mejoras sustanciales en el mercado laboral que posibiliten aumentar la competitividad de las empresas y del país.

4.1. MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Plan Laboral, a través del DL N° 2.758, junto con delimitar en extremo las materias que pueden ser objeto de la negociación colectiva, procedió también prohibir la negociación sobre diversas materias, muchas de ellas claves para cualquier sistema de relaciones laborales. Así el artículo 12 del texto original del DL N° 2.758 estableció que: "No podrán ser objeto de negociación colectiva ni de ningún tipo de convenio o contrato colectivo las siguientes materias: 1) Las que importen una modificación de derechos irrenunciables de los trabajadores o la modificación de normas legales imperativas o prohibitivas. 2) Las que sean ajenas al funcionamiento de la empresa o predio, o del establecimiento. 3) Las que limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa. 4) Las que puedan significar restricciones al uso de la mano de obra o a insumos, tales como limitaciones a la contratación de trabajadores no sindicalizados o de trabajadores aprendices, cuestiones relativas al tamaño de la cuadrilla, ritmo de producción, sistema de promociones y uso de maquinarias. 5) Las que se refieran a remuneraciones y condiciones de trabajo de personas que no pertenezcan al sindicato o grupo negociador o de quienes no les es permitido negociar colectivamente. 6) Las que impliquen la obligación del empleador de pagar los días no trabajados durante una huelga. 7) Las que directa o indirectamente importen un financiamiento de las organizaciones sindicales o de trabajadores, y 8) Las que se refieran a la creación de fondos u otras entidades análogas para el otorgamiento de beneficios, financiados en todo o en parte con aportes del empleador; sin embargo, los aportes a estas instituciones serán materia de negociación, siempre que ellas gocen de personalidad jurídica."

De ese verdadero catálogo de materias prohibidas de la negociación colectiva, la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.069 de 1990 procedió a derogarlas a casi todas (salvo una que se mantiene aún vigente y que se comentará en el párrafo siguiente), pues eran innecesarias como las del N° 1 arriba citado, o bien, porque eran abiertamente limitativas de la libertad sindical.¹⁰⁷ Esta opción del legislador chileno es bastante criticable, porque explicita un desequilibrio en la forma de tutelar los intereses de los actores sociales, estableciendo un privilegio a favor de los empleadores que supone reconocer una verdadera barrera infranqueable de materias que quedan reservadas exclusivamente a su ámbito decisonal. Con esto el legislador muestra desconfianza hacia las organizaciones sindicales y rechaza de antemano acuerdos sobre materias que tal vez sólo eventualmente pudieran ser de interés en una negociación colectiva, pero que desde la óptica

¹⁰⁷ En detalle: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

neoliberal representan un principio irrenunciable en aras de la promoción de la libertad de empresa y del respeto irrestricto al derecho de propiedad. Así, se configura un nuevo ejemplo que muestra como en el ordenamiento jurídico laboral chileno no se promueve el respeto efectivo del derecho a la negociación colectiva, creando un marco normativo desigual y perjudicado que impide que los actores sociales puedan propender a la satisfacción de sus intereses colectivos en un plano de igualdad y libertad.

De igual manera, llama la atención que normas que restrinjan las materias de negociación colectiva de una forma tan explícita como en Chile no se encuentran en otros sistemas normativos de las relaciones colectivas, los que se limitan a establecer sólo restricciones generales bastante razonables y obvias.¹⁰⁸ Es así, por ejemplo, como en España el ordenamiento jurídico prohíbe únicamente que los convenios colectivos no respeten los mínimos de derecho necesario (artículo 3 apartado 3 del Estatuto de los Trabajadores), que no se respeten las normas más beneficiosas de origen contractual que por pertenecer a la esfera individual del trabajador son indisponibles colectivamente (artículo 3 apartado 1 c), que no se respete el principio de igualdad de trato (artículos 4 apartado 2 y 17 apartado 1) y, finalmente, se prohíben las cláusulas gravemente lesivas de los intereses de terceros.¹⁰⁹

Como ya se señalara en Chile la situación es distinta, lo que se refleja en el artículo 306 inciso 2 del CdT, según el cual: “No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquéllas ajenas a la misma.” De acuerdo a la opinión del profesor Francisco Walker,¹¹⁰ esta prohibición es un principio filosófico esencial del primitivo Plan Laboral y significa que al empleador le corresponde en exclusividad el gobierno de la empresa, toda vez que su poder de administración es un aspecto fundamental en el funcionamiento eficaz y eficiente de la empresa.

Sobre el particular, la Dirección del Trabajo¹¹¹ ha señalado que esta norma consagra un principio que implica el espíritu general de la legislación vigente, basándose en un concepto de administración de empresa que centra las facultades de administración exclusivamente en el empleador, de lo que resulta lógico que se prohíba alguna limitación a esta facultad empresarial. Con todo, a juicio del profesor Walker la norma en comento es muy amplia e impide que pueda negociarse ningún tipo de facultad de decisión administrativa al interior de la empresa, lo que tiende a limitar las posibilidades de los trabajadores de tener una mayor participación en materias o procesos relacionados con la gestión o dirección de la empresa que puedan llegar a ser de su

¹⁰⁸ Este es también el caso de Alemania, de acuerdo con el § 4 Tarifvertragsgesetz.

¹⁰⁹ Sobre la materia: Albiol Montesinos, Ignacio; Camps Ruiz, Luis; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás; Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 438-439.

¹¹⁰ Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, ob. cit., p. 599-600.

¹¹¹ Dictamen N° 5603/88, de fecha 25 de julio de 1989.

interés, particularmente, si se atiende a lo previsto por el artículo 220 N° 7 del CdT, el cual dentro de los fines de los sindicatos considera: “canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo.” No obstante, existe una tendencia a “pactos de caballeros” según Walker, en los cuales la empresa se compromete a consultar a los dirigentes sindicales sobre materias de la administración de la empresa, estipulaciones informales que, en muchos casos, pueden tener mejores resultados prácticos que una cláusula contractual formal, pero son sólo situaciones excepcionales y limitadas a la mayor o menor voluntad del empleador, que no permiten revertir el carácter restrictivo del objeto de la negociación colectiva en el país.

5. LOS NIVELES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva, desde el punto de vista de los niveles en que puede tener lugar, admite diversas modalidades, a saber: la negociación a nivel de establecimiento de empresa, de empresa, pluriempresa y supraempresa, el que, a su vez, puede ser por rama o sector de actividad económica y, en relación al lugar en que se desarrolla, la negociación supraempresa podrá ser por comuna, provincia o región, a nivel nacional o incluso internacional,¹¹² todo lo cual dependerá, en último término, de las circunstancias históricas, sociales y económicas de cada país, que legitiman y hacen posible la actuación de los actores sociales en uno y/o varios de estos niveles.¹¹³

En lo que respecta a la visión de la OIT sobre la materia, el Comité de Libertad Sindical¹¹⁴ ha sido enfático al sostener que en base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del convenio N° 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa del trabajo. Además, esta entidad ha manifestado que la legislación no debería obstaculizar la negociación colectiva a nivel de industria, como a su vez que, para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación. Con todo, ya que en muchos países esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes, el Comité

¹¹² “Una nueva tendencia es la que representa el diálogo social en el plano internacional entre empresas multinacionales y federaciones sindicales mundiales. A finales de 2005, existían más de 40 acuerdos marco, basados en gran medida en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que abarcaban a más de 3,5 millones de trabajadores. Estos acuerdos no tratan de cuestiones tales como la remuneración y las condiciones de trabajo, pero establecen principios acordados que pueden propiciar una mejora en las relaciones entre los sindicatos y la dirección en todos los planos de una empresa de carácter mundial.” En este sentido: OIT, Cambios en el mundo del trabajo, Memoria del Director General, ob. cit., p. 68.

¹¹³ Así ocurre por ejemplo en España y en Alemania, donde las respectivas normativas sobre la negociación colectiva reconocen distintos tipos de instrumentos colectivos, dependiendo del nivel en que sean celebrados.

¹¹⁴ OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafos 988, 990 y 991.

ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente para garantizar el debido respeto a la libertad sindical.

No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico laboral en Chile se aleja una vez más de estos principios promovidos por la OIT y mantiene hasta la fecha, sin modificaciones sustanciales, el modelo del Plan Laboral que circunscribió el nivel de la negociación colectiva exclusivamente a la empresa, coartando así la libertad de las organizaciones sindicales y de los empleadores de negociar a un nivel superior, si así lo desearan. Como se estableció al analizar la evolución histórica de la negociación colectiva en el país, esta opción del Régimen Militar es consecuente con la implementación de un modelo de relaciones colectivas del trabajo que debía estar supeditada al funcionamiento de la economía de libre mercado. Es más, durante la sola vigencia del Plan Laboral expresado en el DL N° 2.758 se prohibió incluso toda forma de negociación a un nivel superior al de la empresa.

Luego de la reforma legal introducida al CdT de 1987 por la Ley N° 19.069 se mantiene en Chile la negociación colectiva en el nivel de la empresa. Sin embargo, se suprimió la prohibición de negociar colectivamente más allá de la empresa. Como lo plantea Irene Rojas,¹¹⁵ lo peculiar de esta reforma es que el modelo mantiene la negociación en el nivel de la empresa a través de dos mecanismos. En primer lugar, la negociación colectiva fuera de la empresa sólo puede ser pluriempresarial y nunca supraempresarial. Al efecto, la negociación es de carácter pluriempresarial en cuanto son los empleadores, individualmente considerados, los que negocian por sí o por las personas naturales a quienes le otorgan la representación, además, las partes negociadoras de una empresa se pueden descolgar en cualquier momento de la negociación pluriempresarial y, finalmente, el respectivo contrato colectivo debe ser suscrito por las partes negociadoras de la misma empresa. En segundo término, el deber de negociar se mantuvo sólo para la negociación colectiva reglada de empresa, desconociéndose fuera de ella. Como consecuencia de lo anterior, sostiene la autora citada, desde la vigencia de esta primera reforma laboral llevada a cabo por los Gobiernos de la Concertación no se han registrado hasta la fecha negociaciones pluriempresariales, aunque ello no debería significar la ausencia de las mismas, pero si ha habido, éstas han sido escasas y no han tenido impacto en el sistema de relaciones laborales.

A continuación, en los acápite siguientes se hará referencia a las principales características que detenta el actual CdT en relación con los niveles en que podría desarrollarse la negociación colectiva, con miras a reforzar el análisis crítico al modelo restrictivo de la libertad sindical asumido por la legislación laboral chilena.

¹¹⁵ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

5.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL DE EMPRESA: LA OPCIÓN PREFERIDA DEL LEGISLADOR

El CdT se ocupa de la negociación colectiva a nivel de empresa, en el Título II del Libro IV, a partir del artículo 315 y, en base al análisis de sus disposiciones, insertas dentro del denominado procedimiento reglado, se puede concluir que, efectivamente, esta forma de negociación es la opción predilecta del legislador, lo que se manifiesta en una serie de particularidades de esta normativa que inducen directa e indirectamente a los sindicatos o grupos de trabajadores a optar por esta vía de negociación, a saber:

- a) Los trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva gozarán de fuero (artículos 309 y 310 del CdT).
- b) Se reconoce a los sindicatos o grupos negociadores el derecho a requerir y obtener del empleador la información y los antecedentes indispensables para poder preparar su proyecto de de contrato colectivo (artículo 315 inciso 5 del CdT).
- c) La presentación del proyecto hace nacer para el empleador la obligación de comunicar este hecho a los demás trabajadores de la empresa para que se presenten sus propios proyectos o se adhieran al ya presentado (artículos 318 y 320 del CdT).
- d) El empleador está obligado a dar respuesta y pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores (artículo 329 del CdT).
- e) Se posibilita la intervención de la Inspección del Trabajo para que conozca y resuelva los reclamos que puedan hacerse recíprocamente las partes del proceso acerca de la legalidad de sus actuaciones (artículo 331 del CdT).
- f) Se reconoce el derecho de los sindicatos o de los grupos de trabajadores, cuando exista instrumento colectivo anterior, de poder exigir la celebración de un nuevo contrato colectivo, con idénticas estipulaciones que el anterior, excluida la reajustabilidad de remuneraciones, por un período de 18 meses, no pudiendo el empleador oponerse a esta facultad de la comisión negociadora (artículo 369 inciso 2 del CdT).¹¹⁶
- g) Se reconoce a los trabajadores el derecho a huelga (artículo 369 inciso 1 del CdT).

Ahora bien, si en el contexto de la negociación colectiva a nivel de empresa, se contrasta la situación de la protección de los derechos de los trabajadores entre el procedimiento reglado y el

¹¹⁶ Sobre la materia: Díaz Muñoz, Ana María, Manual de procedimientos de negociación colectiva, ob. cit., p. 90-94.

no reglado (artículos 314 a 314 bis C del CdT), se puede concluir, además, que el actual ordenamiento jurídico laboral es menos tutelar respecto del segundo, ya que, como se tendrá oportunidad de establecer más adelante, en el proceso no reglado no se reconocen prerrogativas ni garantías para los sindicatos o grupos que negocien colectivamente y, en particular, no se establece la obligación del empleador de negociar. Con esta solución normativa, la legislación chilena vulnera la libertad sindical en los términos amplios en que la reconocen los convenios de la OIT, pues restringe la autonomía de las organizaciones sindicales para elegir el nivel y el tipo de procedimiento a través del cual desean hacer valer sus planteamientos en la negociación, toda vez que si desean tener probabilidades de éxito en su actuación, deberán necesariamente optar por la negociación colectiva reglada a nivel de empresa.

Lo anterior es también concordante con la definición original de negociación colectiva contenida en el artículo 1 del DL N° 2.758, que la definía como: "...el procedimiento a través del cual un empleador se relaciona con uno o más sindicatos de la respectiva *empresa*, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en esta ley." Asimismo, debe traerse a colación lo ya analizado a propósito del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la negociación colectiva en el artículo 19 N° 16 inciso 5 de la CPR, ocasión en la que se señaló que el constituyente chileno asume una consagración restrictiva de este derecho, reconociendo como tal sólo a la negociación centrada en la empresa.

5.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PLURIENTREPRISES: LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE UN CASTILLO DE NAIPES

Tanto en el DL N° 2758, como en el CdT de 1987 que representan la normativa laboral dejada por el Régimen Militar al momento de finalizar su gobierno se prohibía expresamente la negociación colectiva en un nivel superior al de la empresa, por contradecir ello los presupuestos ideológicos que servían de sustento al modelo de relaciones colectivas del Plan Laboral. Por lo tanto, se debe dejar en claro que la actual regulación de la negociación colectiva a un nivel superior de la empresa es producto de la reforma legal introducida por la Ley N° 19.069 de 1990 y luego por la Ley N° 19.759 de 2001.

Este nivel de negociación colectiva se reconoce tanto en la propia definición legal de negociación colectiva del artículo 303 del CdT,¹¹⁷ así como en el artículo 314 del mismo cuerpo legal¹¹⁸ a

¹¹⁷ Esta disposición del CdT establece en su inciso 1 que: "Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual *uno o más empleadores* se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes." Por su parte, el inciso 2 a propósito de la materia en comento subraya que: "La negociación colectiva *que afecte a más de una empresa* requerirá siempre acuerdo previo de las partes."

propósito del procedimiento no reglado y, en detalle, en el Capítulo II del Título II del Libro IV del CdT, a partir del artículo 334. A la vez, recordando lo planteado por Irene Rojas,¹¹⁹ cabe destacar que la negociación colectiva a la que se refieren las disposiciones citadas no es una negociación supraempresa por área o sector, sino que una negociación pluriempresa que involucra únicamente a los empleadores que han consentido en ella. Por lo anterior, esta autora sostiene que el procedimiento de negociación colectiva pluriempresa se caracteriza por ser en extremo rígido y reglamentarista y se construye a partir de tres principios fundamentales:

- a) La exigencia de un formal acuerdo previo entre las partes de aceptación de negociar colectivamente.¹²⁰
- b) El reconocimiento de la facultad de cada empresa de excluirse de una negociación ya iniciada, por voluntad de las partes laboral y patronal, esto es, para “descolgarse” y celebrar un acuerdo a nivel de empresa, tal como lo señala expresamente el artículo 340 inciso final, en concordancia con el artículo 343 incisos 2 y 3 del CdT.
- c) El acuerdo alcanzado a nivel pluriempresa debe suscribirse luego por separado al interior de cada una de las empresas (artículo 343 inciso 2 del CdT).

Por lo tanto, ocurre que las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título II del Libro IV del CdT son más bien un intento por plasmar un cambio de visión u orientación sobre la materia, pero sin consagrar una transformación real en el esquema general de negociación colectiva regulada por este cuerpo normativo, lo que se explica por las diferentes posturas políticas y económicas que confluyen en una materia tan compleja como esta. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe desconocer que un cambio en el nivel en el que se desarrolla la negociación colectiva más que requerir una regulación legal expresa, presupone legitimarse por la voluntad libre de los actores sociales, quienes serán siempre los más capacitados para determinar el nivel óptimo y el

¹¹⁸ El inciso 1° del artículo 314 prescribe que: “Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse *entre uno o más empleadores* y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.”

¹¹⁹ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

¹²⁰ Lo engorroso, ilusorio y absurdo de este procedimiento de negociación colectiva pluriempresa queda de manifiesto de la lectura del artículo 334 del CdT, el cual dispone que: “Dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa, o una federación o confederación, podrán presentar proyectos de contrato colectivo de trabajo, en representación de sus afiliados y de los trabajadores que adhieran a él, a los empleadores respectivos. (Inciso 1) Para que las organizaciones sindicales referidas en este artículo puedan presentar proyectos de contrato colectivo será necesario: a) Que la o las organizaciones sindicales respectivas lo acuerden en forma previa con el o los empleadores respectivos, por escrito y ante ministro de fe; b) Que en la empresa respectiva, la mayoría absoluta de los trabajadores afiliados que tengan derecho a negociar colectivamente, acuerden conferir en votación secreta, tal representación a la organización sindical de que se trate, en asamblea celebrada ante ministro de fe. (Inciso 2) La presentación del correspondiente proyecto se hará en forma conjunta a todos los empleadores que hayan suscrito el acuerdo. (Inciso 3)”

procedimiento a través del cual deberán fijarse colectivamente las condiciones de trabajo y de remuneración.

Por otro lado, en relación con la regulación legal de este curioso nivel de negociación colectiva, corresponde señalar que en virtud de la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759 de 2001, se vuelve a modificar esta materia, en el sentido que se estableció un procedimiento especial de negociación colectiva pluriempresa, el que será aplicable en aquellos casos en que la negociación se realice por un sindicato interempresa. En todos los demás casos, es decir cuando intervengan otras organizaciones sindicales (v. gr. una federación o una confederación), o bien, un sindicato interempresa junto a otras organizaciones sindicales, se aplica el procedimiento común de los artículos 334, 335 y siguientes. Esta reforma, de manera bastante simbólica e inspirada seguramente de buena fe por la necesidad de avanzar en la adecuación de nuestra normativa laboral con los convenios de la OIT sobre la libertad sindical, buscó promover y facilitar la negociación colectiva pluriempresa llevada a cabo por sindicatos interempresa, puesto que estas organizaciones sindicales afilian mayoritariamente a trabajadores de empresas pequeñas en las que no existen sindicatos y que, por tal razón quedan marginados de la posibilidad de negociar. Para estos efectos, la Ley N° 19.759 creó un procedimiento contenido en los artículos 334 bis a 334 bis C del CdT, cuyas particularidades son:

- Para dar inicio al procedimiento no es necesario contar con el acuerdo previo de los empleadores, con lo que se configura una excepción a la regla general del artículo 334 del CdT.
- Los sindicatos interempresa pueden presentar proyectos de contrato que beneficien no sólo a los trabajadores afiliados a la organización, sino también a trabajadores que adhieran a la presentación del proyecto de esa organización, adquiriendo así una representación más amplia que la que es propia de los intereses colectivos de sus socios, según se infiere del artículo 334 bis del CdT.¹²¹
- El sindicato interempresa puede presentar el proyecto en representación de sus asociados o de trabajadores que se adhieran a él, a uno o más empleadores que ocupen trabajadores que sean socios del sindicato. En consecuencia, la parte empleadora podrá ser un solo empleador o varios empleadores, no obstante que el sindicato reúne a trabajadores de más de una empresa.¹²²
- El sindicato debe actuar en representación de un mínimo de 4 trabajadores de cada empresa (artículo 334 bis inciso 2 CdT).

¹²¹ Díaz Muñoz, Ana María, Manual de procedimientos de negociación colectiva, ob. cit., p. 136.

¹²² A sí lo ha resuelto la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 1607/99, de fecha 28 de mayo de 2002.

Con todo, desde la perspectiva del empleador, se debe destacar que para él la negociación colectiva es siempre voluntaria, por lo que puede manifestar expresamente su negativa, según se señala en el artículo 334 bis A inciso 1 del CdT, conforme al cual: “Para el empleador será voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa. Su decisión negativa deberá manifestarla expresamente dentro del plazo de 10 días hábiles después de notificado.” A mayor abundamiento, cabe destacar que si el o los empleadores nada dicen como respuesta a la presentación del proyecto, el CdT no prescribe ningún efecto jurídico especial y, por tratarse de un proceso esencialmente voluntario, no es posible perseguir su prosecución, sin perjuicio que se pueda aplicar una sanción administrativa de conformidad a las reglas generales (artículo 477 del CdT), por no cumplir la obligación legal de “manifestar expresamente la respuesta negativa”.

Por su parte, en el caso que el o los empleadores no acepten negociar colectivamente, el artículo 334 bis A inciso 2 del CdT prescribe que: “los trabajadores de la empresa afiliados al sindicato interempresa podrán presentar proyectos de contrato colectivo conforme a las reglas generales de este Libro IV.” Por lo tanto, vuelve a la regla general de la negociación colectiva a nivel de empresa que es el modelo predilecto del legislador. Por el contrario, si los empleadores manifiestan su voluntad de negociar colectivamente en forma conjunta, se debe estar a lo establecido por el artículo 334 bis B inciso 1 del CdT que exige que éstos integren una comisión negociadora común, la que estará compuesta por un apoderado de cada empresa y seguir, en lo demás las reglas restantes del Capítulo II del Título II del Libro IV.

En definitiva, es posible concluir que toda esta construcción compleja y reglamentarista no es más que “un castillo de naipes” o un saludo protocolar a la libertad sindical, pues basta la respuesta negativa del empleador sin mayor fundamentación y sin que se exija, al menos, de manera expresa un comportamiento de acuerdo a la buena fe,¹²³ para que todo lo obrado se desmorone, transformándose la efectividad del derecho a la negociación colectiva en estos casos en una simple y pura ilusión. Es más, en último término, este procedimiento especial que pretendía promover la negociación de los sindicatos interempresa termina siendo más engorroso y costoso que el régimen común de negociación pluriempresa, porque supone tener que elaborar y presentar un proyecto a los empleadores con el riesgo que estos se nieguen sin mayor explicación, mientras que en procedimiento común, la exigencia de acuerdo previo permite ahorrarse el trabajo de la elaboración del proyecto, lo que sólo tendría sentido en el caso, más que hipotético, de que los empleadores aceptaran negociar.

En resumen, la clara intervención legislativa para centrar la negociación colectiva únicamente en la empresa, dada que las otras opciones son meramente simbólicas e irrelevantes desde el punto de vista de la eficacia de este derecho fundamental, llevan a concluir que nuestra legislación no

¹²³ El Comité de Libertad Sindical ha señalado que es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, por lo que la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes. OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 935.

cumple con las normas y principios derivados de los convenios base de la OIT en materia de libertad sindical. Por ello, entonces, la reforma necesaria apunta más bien a desregular, poniendo fin a lo engorroso de esta normativa, y a crear un marco general que dé garantías de eficacia a la negociación colectiva, permitiéndoles a los propios actores sindicales determinar la forma y los alcances de su relación. Sólo de esa manera será posible ajustar nuestra normativa interna a los convenios de la OIT y avanzar en la democratización de las relaciones laborales.

6. PROCEDIMIENTOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación, se efectuará una referencia crítica a las principales particularidades de los diversos tipos de procedimiento de negociación colectiva regulados en el CdT, con el fin de poder contrastar los derechos que se les reconocen en cada caso a los trabajadores y el grado de conformidad de estas disposiciones con el principio de la libertad sindical.

6.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA REGLADA Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Tal como ya se señalara, la negociación colectiva reglada está regulada en el CdT a partir del artículo 315 y, sistematizando estas disposiciones, es posible establecer que este procedimiento se estructura en base a las siguientes etapas:¹²⁴

- Etapas obligatorias: preparación del proyecto de contrato colectivo; presentación del proyecto de contrato colectivo; respuesta del empleador; negociaciones directas y suscripción del contrato colectivo.
- Etapas voluntarias: tienen tal carácter, pues dependiendo del curso de las negociaciones podrían o no tener lugar. Estas etapas son: la huelga; el lock-out o cierre temporal de la empresa; los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, la mediación y el arbitraje.

Ahora bien, sin pretender entrar a un análisis exhaustivo de este procedimiento, por no corresponder ello a los objetivos de este estudio, el enfoque de este acápite se centrará en los derechos que se le reconocen a los sindicatos o grupos de trabajadores y al empleador, para determinar el grado de conformidad de esta normativa del CdT con los principios y normas de los convenios de la OIT. Sin perjuicio de lo anterior, se debe hacer presente que ya una lectura somera de estas disposiciones, permite establecer el marcado carácter reglamentarista y restrictivo con el que el legislador asume la regulación de este procedimiento, por lo que se restringe enormemente la oportunidad y la forma en que las partes pueden llevar adelante el proceso de negociación colectiva, conformándose una normativa caracterizada por un fuerte dirigismo legal y por una suerte de desconfianza hacia la autonomía de los actores sociales, que se opone a los principios derivados del convenio 98 de la OIT.

¹²⁴ Díaz Muñoz, Ana María, Manual de procedimientos de negociación colectiva, ob. cit., p. 35.

En lo que respecta a las garantías que se les reconocen a los trabajadores, ya mencionamos en un acápite anterior que estos tienen derecho, de acuerdo al artículo 315 inciso 5 del CdT, a exigir del empleador los antecedentes indispensables¹²⁵ para la preparación del proyecto. Este derecho fue incorporado por la reforma de la Ley N°19.759 y busca permitir una adecuada preparación de la negociación, salvando un vacío de la normativa anterior que no consagraba esta facultad de la comisión negociadora como un derecho ni establecía la correspondiente obligación correlativa del empleador, por lo que, en definitiva, la entrega de esta información y su calificación de suficiencia debía ponderarse exclusivamente en base al deber general de negociar conforme a la buena fe. Por tanto, con esta modificación el CdT avanza hacia la consagración de una mayor efectividad del derecho a la negociación colectiva.

Junto con el derecho anterior, debe mencionarse la garantía que representa para los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, el derecho a fuero reconocido por los artículos 309 y 310 del CdT,¹²⁶ cuya extensión fue ampliada por la reforma legal del año 2001. Se persigue así evitar represalias empresariales que inhiban o amenacen el normal desarrollo de la negociación, lo que debe entenderse en concordancia con el reforzamiento de la tutela jurisdiccional de la libertad sindical, en virtud de las modificaciones introducidas a los artículos 387 y siguientes del CdT en materia de prácticas desleales.¹²⁷

Por otra parte, no cabe duda que la principal garantía que otorga el desarrollo de un proceso de negociación colectiva reglada viene dada por el carácter vinculante que tiene para el empleador la presentación del proyecto de contrato colectivo de parte de los trabajadores, por lo tanto, el empleador emplazado a negociar debe hacerlo, para lo cual se le fija un plazo para responder de 15 días (artículo 329 inciso 2 del CdT). Si el empleador no responde oportunamente, será

¹²⁵ El artículo 315 inciso 5 frase 2 del CdT dispone que: “Para el empleador será obligatorio entregar, a lo menos, los balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tuviere una existencia menor, en cuyo caso la obligación se reducirá al tiempo de existencia de ella; la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra del mismo período. Asimismo, el empleador entregará la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquél como confidencial.”

¹²⁶ El artículo 309 inciso 1 del CdT señala que: “Los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción de este último, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado.” Por su parte, el artículo 310 prescribe: “El fuero a que se refiere el artículo anterior se extenderá por treinta días adicionales contados desde la terminación del procedimiento de negociación, respecto de los integrantes de la comisión negociadora que no estén acogidos al fuero sindical.” Sobre la materia: Díaz Muñoz, Ana María, Manual de procedimientos de negociación colectiva, ob. cit., p. 32 s.

¹²⁷ Sobre la materia: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 501 s.; Caamaño Rojo, Eduardo, La tutela jurisdiccional de la libertad sindical, en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile – Valdivia, volumen XIX, julio 2006, p. 77 s.

sancionado con una multa a beneficio fiscal del 20% de las remuneraciones del último mes de todos los trabajadores comprendidos en el proceso (artículo 332 inciso 1 del CdT). No obstante lo anterior, en esta disposición se encuentra un criterio poco equitativo que da cuenta de que la legislación vigente no respeta el principio de igualdad de las partes en la negociación, siendo más permisiva con la parte empleadora, toda vez que la disposición referida le concede un plazo de gracia de 5 días al empleador que no responde oportunamente a la presentación de los trabajadores. Efectivamente, el artículo 332 inciso 3 dispone que: “Llegado el vigésimo día de presentado el proyecto de contrato colectivo, sin que el empleador le haya dado respuesta, se entenderá que lo acepta, salvo prórroga acordada por las partes de conformidad con el inciso segundo del artículo 329.”

Otra garantía de la mayor importancia que está reconocida en el procedimiento reglado de negociación colectiva es la huelga (artículos 369 y siguientes del CdT). Sin embargo, dadas las particularidades del reconocimiento de este derecho en Chile y su incidencia para el adecuado respeto de la libertad sindical, así como para la promoción efectiva del derecho fundamental a la negociación colectiva, será objeto de análisis en un acápite posterior del estudio.

Para finalizar este punto, es importante destacar dos ideas con fuerte incidencia respecto de la libertad sindical. La primera, está referida a las negociaciones directas entre las partes, etapa que tiene lugar después de efectuada la respuesta del empleador al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores, y que es el único trámite contemplado en este engorroso procedimiento legal en el que, efectivamente, se reconoce libertad a las partes negociadoras para actuar conforme a lo que ellos determinen autónomamente. Así lo consagra expresamente el artículo 333 del CdT al establecer que: “A partir de la respuesta del empleador las partes se reunirán el número de veces que estimen conveniente, con el objeto de obtener directamente un acuerdo, sin sujeción a ningún tipo de formalidades.” Por lo tanto en esta breve norma se puede encontrar una verdadera manifestación de la autonomía colectiva que, por desgracia, viene a representar una parcela aislada de libertad, dentro de una verdadera maraña de trámites y exigencias formales más propias de un procedimiento judicial que de un proceso de negociación colectiva.

La segunda idea que se desea destacar, es que un examen general del procedimiento reglado permite establecer que el legislador no es fiel con el principio básico de regulación de las relaciones colectivas del trabajo que busca asegurar un marco de equilibrio en el que las partes negociadoras puedan actuar con igualdad y libertad, pues existen diversas normas de las que se extrae una clara preferencia del legislador por proteger los intereses empresariales. Una manifestación de ello, es la ya comentada limitación de no poder negociar colectivamente en empresas con menos de un año de antigüedad (artículo 308 del CdT), lo que si bien puede tener un sentido razonable de permitir la consolidación de la empresa, puede prestarse para maniobras de mala fe que busquen aminorar la capacidad negociadora a través de procesos de división o

filialización empresarial.¹²⁸ Del mismo modo, el artículo 317 inciso 2 del CdT le permite al empleador declarar períodos no aptos para la negociación en cada año calendario, durante los cuales los trabajadores organizados colectivamente no podrán iniciar un proceso de negociación. Asimismo, existen diversas disposiciones¹²⁹ en las que el legislador toma un claro partido a favor del empleador, estableciendo como efecto de ciertas actuaciones, v. gr. la no obtención del quórum necesario para aprobar la huelga, la aceptación de la última oferta del empleador, poniendo así término en forma arbitraria al conflicto colectivo, de una manera concordante con las preferencias del empresario, en vez de propiciar una solución concertada a través de la mediación o el arbitraje.

Por todo lo anterior, entonces, se puede concluir que si bien el procedimiento de negociación colectiva reglada, particularmente luego de la reforma legal del año 2001, ha reforzado las garantías para facilitar el ejercicio del derecho a la negociación por las organizaciones de trabajadores, no es menos cierto que a pesar de ser la única vía para compeler al empleador a negociar y para que los sindicatos o grupos puedan alcanzar con un mínimo de probabilidades la satisfacción de sus intereses colectivos, el excesivo formalismo y reglamentarismo de esta normativa, propio del modelo impuesto por el Plan Laboral, unido a la exclusión de cualquier tipo de sindicato que no sea de empresa, no está de acuerdo con la visión amplia, flexible y libre de negociación colectiva que subyace a los principales convenios de la OIT sobre la materia.

6.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO REGLADA: UN DERECHO SIN PRERROGATIVAS

En relación con la negociación colectiva no reglada, se dividirá el análisis en dos partes. La primera, que estará referida a aquella negociación en que el interlocutor laboral está conformado por una o varias organizaciones sindicales y, la segunda, que estará referida a lo que la doctrina¹³⁰ ha denominado el procedimiento semireglado, circunscrito a los grupos de trabajadores reunidos para negociar colectivamente y a los sindicatos que agrupen a trabajadores agrícolas de temporada.

¹²⁸ Según lo sostiene Irene Rojas: "...aumenta el cuestionamiento a esta imposición de un único nivel de negociación colectiva por el peculiar concepto de empresa que se maneja en este modelo normativo. De una parte, y a partir de la definición que el artículo 3 del CdT impone "para los efectos de la legislación laboral y de la seguridad social" hasta ahora, ha prevalecido una determinada interpretación del concepto de empresa que la ha identificado con la forma jurídica en que se presenta organizado el titular de la misma, normalmente una sociedad. A partir de dicha interpretación al empresario le ha bastado definir las sociedades necesarias para considerar la existencia de igual número de empresas. De otra parte, este concepto no incorpora las nuevas formas en que se organiza la empresa en la actualidad como resultado de la descentralización productiva, como es la que muestran los grupos de empresas o la subcontratación. Frente a este fenómeno, el sistema jurídico chileno ha continuado atendiendo a una noción formal de empresa, ignorando, en tal sentido, que la empresa es una entidad económica antes que jurídica." Rojas Miño, Irene, *Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral*, ob. cit.

¹²⁹ En este sentido, artículos 370 inciso 3; 373 inciso 1; 374 inciso 2 y 383 del CdT.

¹³⁰ Véase: Díaz Muñoz, Ana María, *Manual de procedimientos de negociación colectiva*, ob. cit., p. 144 s.

A la negociación colectiva no reglada propiamente tal refiere el artículo 314 del CdT¹³¹ y dispone en su inciso 1 que: “Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.” A continuación, el inciso 2 señala que: “Los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales podrán pactar con uno o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas transitorias o de temporada.” Por tanto, se está en presencia de un particular tipo de negociación colectiva, que puede desarrollarse de manera libre, sin sujeción a procedimiento alguno, salvo el que determinen de común acuerdo las partes negociadoras y que, luego de la reforma introducida por la Ley N° 19.759 está reservado exclusivamente a los sindicatos,¹³² toda vez que son las únicas organizaciones que, atendido su carácter permanente y sus fines propios, pueden resguardar adecuadamente los intereses y derechos de los trabajadores afiliados a ellos.

Además, cabe destacar que el inciso 2 del artículo 314 del CdT, incorporado por la Ley N° 19.759, abre por primera vez en la historia legislativa laboral chilena la posibilidad de que los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales¹³³ puedan también negociar colectivamente, aunque con las limitaciones que supone esta forma de negociación, por lo que puede entenderse que es una disposición más bien declarativa y de dudosa eficacia práctica para promover y hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva de estas organizaciones.

Ahora bien, en lo que respecta a los derechos que se le reconocen a las organizaciones sindicales en esta forma de negociación colectiva, se puede manifestar que estos prácticamente no existen, salvo la posibilidad de iniciar un procedimiento de este tipo con la presentación de un proyecto de convenio colectivo, con lo cual se reafirma la fuerte visión subyacente en el CdT, conforme a la cual la única vía que confiere garantías a la parte laboral es la negociación reglada. En efecto, el artículo 314 bis C es enfático al establecer que: “Las negociaciones de que tratan los artículos 314, 314 bis, 314 bis A y 314 bis B no se sujetarán a las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada, ni darán lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que para

¹³¹ El antecedente normativo inmediato del artículo 314 del CdT está en artículo 90 de la Ley N° 19.069, ya que el CdT de 1987 no reconocía la negociación colectiva no reglada.

¹³² Según lo plantea Sergio Gamonal, el término sindicato debe entenderse ampliamente, de conformidad con el principio de libertad sindical, por lo que las organizaciones sindicales que podrían negociar de esta manera no son sólo las referidas en el artículo 216 del CdT (sean estas nominadas o innominadas), sino que también organizaciones de grado superior o los sindicatos de las empresas referidas en el artículo 217 del CdT. En este sentido: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 295.

¹³³ El artículo 216 letra d) del CdT señala que: “Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.”

ésta se señalan en este Código.” Esto significa, en consecuencia, que más allá de la ausencia de plazos y trámites formales propios de la negociación reglada:

- El empleador no está obligado a negociar e, incluso, ni siquiera está obligado a responder el proyecto de convenio, por lo que para él esta forma de negociación es esencialmente voluntaria.
- No tienen derecho a solicitar información o antecedentes relevantes para la preparación y formulación de su proyecto de convenio colectivo.
- No se reconoce a favor de los trabajadores afiliados al sindicato que intervienen en el proceso de negociación el derecho a fuero del artículo 309, si bien, por aplicación de las reglas generales, cuentan con el resguardo frente a las prácticas desleales de los artículos 387 y siguientes del CdT, así como frente al denominado despido antisindical del artículo 294.¹³⁴
- No se les reconoce derecho a huelga, con lo que claramente se coarta el ejercicio pleno del derecho fundamental a negociar colectivamente.

En definitiva, entonces, se está en presencia de un derecho a la negociación colectiva de contenido vacío, sin prerrogativas, sin explicitación del deber del empleador de actuar de buena fe, lo que exigiría al menos una respuesta negativa fundada de su parte, con lo cual esta forma de negociación tendrá posibilidades de éxito únicamente dependiendo del clima laboral que exista en la empresa y que posibilite un entendimiento entre los sindicatos y el empleador. Por lo tanto, el no reconocimiento de derechos y prerrogativas no hace posible sostener que se promueva o se reconozca efectivamente el derecho a la negociación colectiva en estos casos.

6.3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEMIREGLADA: LOS EXTREMOS DE LA VISIÓN INDIVIDUALISTA

Como ya se señalara, la introducción de la denominada negociación colectiva semireglada fue una consecuencia de las modificaciones introducidas por la última gran reforma laboral del año 2001 y apuntan concretamente a poner fin a una serie de abusos que terminaron desvirtuando la negociación no reglada cuando la parte laboral estaba constituida por un grupo de trabajadores.

¹³⁴ El artículo 294 inciso 1 del CdT señala que: “Si una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en este Libro o en el Título VIII del Libro IV, han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno.” Luego el inciso 3 prescribe que: “El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.”

De esta manera, el legislador sometió a determinadas exigencias (artículo 314 bis del CdT) a esta negociación colectiva, a fin de garantizar la existencia de una verdadera negociación colectiva y marginar la imposición patronal. Con esta modificación, como lo plantea Irene Rojas,¹³⁵ se pretendió poner término a una práctica que se originó con la consolidación de la vía de negociación colectiva no reglada, posterior a la primera reforma laboral. El sistema de relaciones laborales chileno planteó, entonces, un aumento significativo de los convenios colectivos suscritos por grupos de trabajadores organizados sólo para el efecto de negociar y, por tanto, sin la organización permanente que es el sindicato. El problema es que muchos de estos convenios colectivos parecían ser acuerdos pluripersonales, es decir, acordados individualmente por el empleador con cada trabajador del supuesto grupo negociador, lo que en la mayoría de los casos constituía una imposición patronal. Por consiguiente, esta práctica empresarial planteaba según la autora una *usurpación* del espacio reservado por el modelo normativo para el ejercicio de la autonomía colectiva. El problema adicional que gatilló esta situación irregular es que a pesar de los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo¹³⁶ que le negaban la validez como convenios colectivos a estos acuerdos así suscritos, los Tribunales de Justicia comenzaron a reconocerles valor al resolver los recursos de protección interpuestos por los empleadores, con lo que se ahondó aún más en la desnaturalización de esta forma de negociación.

Para enfrentar este conflicto, el CdT establece hoy una serie de exigencias cuando un grupo de trabajadores desea negociar colectivamente de manera informal, con el fin de garantizar que los acuerdos que se suscriban, de ser ello posible, sean verdadera expresión de su voluntad colectiva. En concreto, este procedimiento simplificado del artículo 314 bis del CdT está regido por las siguientes reglas:

- Los grupos negociadores deberán estar constituidos por 8 o más trabajadores.
- Deberá designarse una comisión negociadora de no menos de 3 integrantes ni más de 5, elegida en votación secreta ante un Inspector del Trabajo. Con esta exigencia se busca dar una garantía de seguridad para la representación de los intereses de los trabajadores involucrados en la negociación, por cuanto es esta comisión la encargada exclusivamente de llevar adelante la negociación ante el empleador.
- El empleador está obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días. Si no lo hace en esa oportunidad, la falta de respuesta se sanciona con multas que pueden variar de 1 a 20 UTM.
- Se deberá presentar a los trabajadores que sean parte de los grupos negociadores la propuesta final del empleador para su aprobación en votación secreta ante un Inspector del Trabajo. Esta exigencia también persigue dar una garantía de transparencia y seguridad a este

¹³⁵ Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

¹³⁶ Véase: dictamen N° 992/050 de 16 de febrero de 1994 que reunifica la doctrina administrativa sobre esta materia.

proceso informal de negociación colectiva, pues los trabajadores conocerán los alcances del acuerdo y se pronunciarán libre y voluntariamente respecto de él.

Por su parte, la no sujeción a estas reglas mínimas de procedimiento, trae como consecuencia que el acuerdo adoptado no da lugar a un convenio colectivo y no produce sus efectos propios. En tal situación, se prescribe expresamente por el artículo 314 bis inciso 2 del CdT que el instrumento suscrito “tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo”. Concretamente, lo que ha ocurrido es una modificación al contrato individual que rige los derechos y obligaciones de cada trabajador que forma parte de la negociación, reemplazando sus cláusulas en los aspectos más favorables relativos a remuneraciones y condiciones de trabajo. Esta disposición implica reconocer legalmente la doctrina desarrollada por la Dirección del Trabajo sobre los contratos individuales múltiples. Por el contrario, la negociación colectiva no reglada llevada a cabo por grupos de trabajadores organizados para estos efectos, que cumpla con las reglas mínimas señaladas en el artículo 314 bis CdT, dará lugar a la suscripción de un convenio colectivo, en el evento de producirse un acuerdo con el o los empleadores que sean parte de esta negociación. Rige, en este caso, en lo que respecta a los efectos jurídicos del convenio, lo dispuesto por el artículo 314 bis C inciso 2 del CdT, en concordancia con el artículo 351 del CdT.

De lo señalado en los párrafos precedentes se constata que con la incorporación de estas exigencias se hizo posible alcanzar el fin perseguido por el legislador para evitar los abusos empresariales que desvirtuaban la negociación colectiva informal. Sin embargo, cabe hacer la misma prevención señalada en el acápite anterior, en relación con la falta de un debido reconocimiento de la libertad sindical, ya que los trabajadores que conforman el grupo no tendrán los derechos ni las prerrogativas reservadas exclusivamente a la negociación reglada, por lo que, en definitiva, todo queda entregado a la sola voluntad del empleador, quien es soberano para negociar o no negociar.

Para concluir, basta efectuar una referencia al procedimiento semireglado de negociación colectiva reservado a los sindicatos de trabajadores agrícolas de temporada.¹³⁷ Con esta modificación de la Ley N° 19.759 se pretendió poner fin a una grave deficiencia de nuestra legislación laboral que excluía a estas organizaciones y, por consiguiente a esta clase de trabajadores, del derecho a la negociación colectiva, vulnerándose así la libertad sindical. Se pretendió, entonces, poner fin a esa irregularidad, abriéndole las puertas a la negociación no reglada,¹³⁸ pero de una manera tan limitativa y poco eficaz, que esta reforma termina transformándose en una simple declaración de

¹³⁷ Los artículos 93 y siguientes del CdT se refieren a la especial relación laboral que se genera con estas clase de trabajadores, disponiendo el artículo 93 que: “Para los efectos de este párrafo, se entiende por trabajadores agrícolas de temporada, todos aquellos que desempeñen faenas transitorias o de temporada en actividades de cultivo de la tierra, comerciales o industriales derivadas de la agricultura y en aserraderos y plantas de explotación de madera y otras afines.”

¹³⁸ En todo caso, se debe hacer presente que a esta clase de sindicatos se les cierra la puerta sin mayor justificación para acceder a la negociación colectiva reglada, la que está reservada exclusivamente a los sindicatos de empresa.

buena voluntad, que carece de todo contenido y torna irrisorio el ejercicio de este derecho fundamental para esta clase de organizaciones sindicales.

El artículo 314 bis A del CdT se refiere a esta materia y establece las siguientes reglas:

- el o los empleadores con quienes se negocia deberán dar respuesta al proyecto de convenio presentado,¹³⁹ dentro del plazo de 15 días contados desde su presentación. Si no se diera la respuesta, el artículo 314 bis A inciso 2 del CdT prescribe que el sindicato puede solicitar a la Inspección del Trabajo que le exija al empleador la respuesta al proyecto, dentro de un plazo de 5 días siguientes a la fecha de esta solicitud, bajo apercibimiento de las sanciones establecidas en el artículo 477 del CdT (multa de 1 a 20 UTM).

Queda así de manifiesto ya una diferencia injustificada con el criterio adoptado por el artículo 314 bis del CdT, pues conforme a esa disposición la mera omisión de la respuesta hace aplicable la multa, mientras que en el caso de los sindicatos de trabajadores agrícolas de temporada la omisión del empleador no produce per se efectos sancionatorios y sólo puede dar lugar a que se solicite el apercibimiento.

- Para el caso que la respuesta del empleador a la presentación del proyecto de convenio sea negativa, el sindicato sólo queda habilitado para presentar un nuevo proyecto en la *siguiente temporada*. Esta disposición del artículo 314 bis A inciso 2 frase 2ª del CdT es absolutamente cuestionable y atentatoria contra la libertad sindical, pues, por un lado, le quita sentido al apercibimiento y a la eventual aplicación de una multa, bastando la respuesta negativa del empleador para que ello no tenga lugar y, por otro, genera un incentivo perverso para los empleadores, ya que bastan sus reiteradas respuestas negativas para postergar ad infinitum la única posibilidad de negociar colectivamente que tienen estos sindicatos.

Por lo tanto, este efecto hace absolutamente ilusorias la posibilidades reales de los trabajadores agrícolas de temporada sindicalizados de obtener un mejoramiento de sus condiciones laborales y de remuneración, ya que siempre quedarán supeditadas a los intereses del empleador, lo cual, obviamente, cuestiona la legitimidad de estas disposiciones, al contrariar abiertamente los contenidos esenciales de la libertad sindical. En definitiva, el artículo 314 bis A del CdT tiene un sentido esencialmente declarativo, pues la eficacia práctica

¹³⁹ El artículo 314 bis B inciso 1 del CdT se refiere al objeto de esta forma de negociación colectiva semireglada y señala que ésta comprende, entre otras materias: normas comunes de trabajo y remuneraciones; materias relativas a prevención de riesgos, higiene y seguridad; distribución de la jornada de trabajo y; normas sobre alimentación, traslado, habitación y salas cunas. A su vez, el inciso 2 de esta disposición dispone que será también objeto especial de esta negociación: acordar normas sobre remuneraciones mínimas, que regirán para los trabajadores afiliados al sindicato, y pactar las formas y modalidades bajo las cuales se cumplirán las condiciones de trabajo y empleo convenidas. Si lo acordaren las partes, podrá también pactarse la contratación futura de un número o porcentaje de los trabajadores involucrados en la negociación (inciso 3).

de las negociaciones que puedan realizar estos sindicatos es dudosa, de tal manera que es necesario que esta disposición sea revisada y replanteada por el legislador en el futuro.

Por otra parte, se confirma también en esta materia la preeminencia de los intereses de los empresarios, con la disposición del artículo 314 bis A inciso 3 del CdT, ya que la negociación directa deberá finalizar a lo menos con 30 días de antelación al inicio de las labores agrícolas de temporada, con lo cual se persigue que no se perjudiquen las faenas dirigidas por el empleador, vinculadas normalmente a la exportación de estos productos, impidiéndose así posibles medidas de autotutela para tratar de asegurar que se atienda a las pretensiones de los trabajadores.

Finalmente, es interesante hacer presente que el artículo 314 bis B inciso 3 del CdT previene que en el caso de celebrarse un convenio colectivo, sus estipulaciones se tendrán como parte integrante de los contratos individuales que se celebren durante su vigencia con quienes se encuentran afiliados al sindicato y tendrán el plazo de duración convenido, que no podrá ser inferior a la respectiva temporada. Este criterio adoptado por el legislador llama la atención, porque en alguna medida el convenio colectivo va a determinar de antemano las condiciones conforme a las cuales se celebrarán en el futuro los contratos individuales de trabajo con los trabajadores agrícolas afiliados al sindicato. Esto es una diferencia con el contrato o convenio colectivo, pues éstos reemplazan las estipulaciones de los contratos individuales vigentes y no rigen para trabajadores contratados con posterioridad. Con todo, en este caso la excepción se explica por el carácter de “temporeros” que tienen los trabajadores, lo que justifica también el carácter más limitado de vigencia de este especial tipo de convenios colectivos.

No obstante, las normas comentadas no pasan de ser disposiciones meramente declarativas, pues debido al carácter esencialmente voluntario de la negociación para el empleador y la carencia de derechos y prerrogativas para las organizaciones sindicales involucradas, esta forma de negociación colectiva no cumple con los estándares mínimos exigidos por la OIT para asegurar el respeto de la libertad sindical.

7. – EFICACIA PERSONAL LIMITADA DEL CONTRATO COLECTIVO CHILENO.

Nuestra ley utiliza la expresión genérica de instrumento colectivo, tanto para referirse al acuerdo colectivo resultante de un procedimiento reglado como el no reglado. Y aunque los distingue por el nombre, hablando de contrato y de convenio colectivo respectivamente, los efectos previstos por el ordenamiento jurídico son idénticos para ambos tipos de acuerdos.

Y la regulación de los efectos jurídicos del contrato colectivo se muestra como un aspecto clave en las relaciones laborales. Es que, en rigor, en contra de lo que suele creerse, la cobertura de la negociación colectiva no depende necesariamente de la afiliación sindical, sino que en gran medida del tipo de representación colectiva establecida por la ley y del tipo de efectos que la normativa legal le asigne al acuerdo colectivo.

Eso explica que países de gran cobertura de la negociación colectiva, como el caso francés o español, no tengan, a su turno, altos niveles de afiliación sindical, porque: o la representación colectiva se efectúa por la vía de los denominados comités de empresas –la denominada representación unitaria-, o la convención colectiva tiene efectos expansivos que le permiten regir relaciones laborales más allá de las partes estrictas del contrato.

Se trata del que la doctrina denomina problema de la eficacia personal o *erga omnes* del contrato colectivo. La doctrina distingue diversos efectos de los convenios colectivos, en especial, la eficacia normativa y la eficacia personal.

La eficacia normativa dice relación con los efectos del convenio colectivo sobre las relaciones individuales. En el caso chileno, la ley establece dicho efecto que se caracteriza por el denominado automaticidad de la aplicación de los contenidos del convenio colectivo. El artículo 348 del Código del Trabajo señala “Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquéllos y a quienes se les apliquen sus normas de conformidad al artículo 346”.

La eficacia personal dice relación con a quien se aplican las normas -derechos y obligaciones laborales- surgidas por la celebración del convenio colectivo. Se distingue aquellos sistemas en que el convenio se le aplica “a todos los trabajadores y empresarios que se incluyen en el respectivo ámbito de aplicación -eficacia erga omnes- o sólo a los representados por las partes contratantes -eficacia personal limitada-”¹⁴⁰.

En los países con modelos de relaciones laborales basados en la autonomía colectiva, la regla general es el efecto erga omnes de la contratación colectiva. En algunos sistemas dicha eficacia ilimitada esta fijada por ley como el caso de España (art.82.3 LET) o Finlandia (art. 4 de la ley sobre convenios colectivos),

En otros casos, la ley laboral admite la eficacia erga omnes de los contratos colectivos, pero la hace depender de la concurrencia de alguna circunstancia especial:

a.) En algunos casos de una homologación estatal, como ocurre con el caso mexicano (art. 415 LFT), portugués (art. 27 LRCT) y el argentino (art. 4 Ley N° 14.250). En todos ellos, el convenio puede tener eficacia ilimitada o erga omnes cuando la autoridad administrativa decida otorgarle dicho efecto, mediante lo que se denomina homologación estatal.

b.) La existencia de una representación sindical calificada, de modo tal, que la ley le atribuye una representación colectiva extensiva. Así, ocurre en Colombia, donde el sindicato que reúna más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, será considerado sindicato mayoritario, quedando habilitado para negociar con efectos extensivos (art. 470 CST).

Por otra parte, se encuentra los países que sólo reconocen una eficacia limitada del convenio colectivo, esto es, sólo para los trabajadores que forman parte del sindicato que celebren el

¹⁴⁰ ROJAS, I. La eficacia jurídica del convenio colectivo, Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, 1998, p 22.

acuerdo colectivo, no teniendo efectos respecto de trabajadores no sindicalizados. Es el caso de países como Bolivia (art. 23 LGT) o Chile (art. 345 del CT).

En el caso chileno, la eficacia de los contratos colectivos se reduce estrictamente a las partes que lo han suscrito. La ley, incluso, exige que se señale al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo la nómina de los trabajadores que quedarán afectos por el contrato, según lo dispone el artículo 325 del Código del Trabajo:

“El proyecto de contrato colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

1.- las partes a quienes haya de involucrar la negociación, acompañándose una nómina de los socios del sindicato o de los miembros del grupo comprendidos en la negociación. En el caso previsto en el artículo 323, deberá acompañarse además la nómina y rúbrica de los trabajadores adherentes a la presentación;”

No quedan afectos, en consecuencia, ni el resto de los trabajadores de la empresa, ni los trabajadores que se sindicalicen con posterioridad a la celebración del contrato. La única posibilidad de extensión es la decisión unilateral del empleador de extender los beneficios.

Ahora, en el caso boliviano ya citado, la ley de igual modo permite a los trabajadores que se sindicalicen quedar afectos al convenio colectivo, cuestión que no ocurre en el caso chileno, que sólo reconoce como parte a los trabajadores que eran parte del sindicato o grupo negociador al momento de celebrar el instrumento colectivo.

En rigor, como es fácil de advertir, el caso chileno establece una modalidad más restrictiva dentro del efecto limitado del contrato colectivo, ya que sus efectos no se extienden ni siquiera a los trabajadores que con posterioridad del convenio se incorporen al sindicato. No se admite, como ocurre en muchos países que también consagran la eficacia limitada de la contratación colectiva, la adhesión posterior del trabajador no afecto originalmente al convenio.

En realidad, en lo que respecta al efecto personal de los instrumentos convencionales, el plan laboral desnaturalizó la contratación laboral al máximo, transformándola en un simple contrato de derecho civil celebrado por un sujeto plural. Negó, de este modo, que la contratación colectiva, como ocurre en gran parte del derecho comparado, fuese una fuente de naturaleza propia, de carácter colectivo y con efectos sociales relevantes. En la legislación chilena vigente se trata de un contrato de derecho privado y poco más.

En ese sentido, la eficacia limitada estricta que establece el plan laboral de los efectos del convenio colectivo se convierte en un serio obstáculo al potenciamiento de la negociación colectiva, ya que impide que esta se transforme en una herramienta clave de la construcción de un modelo de relaciones laborales.

Dicho de otro modo, una de las claves del porque la negociación colectiva no se transforma en Chile en una herramienta central en el modelo de relaciones laborales esta vinculada a la eficacia limitada estricta que nuestra legislación establece para el contrato colectivo, en cuanto deja encadenada el alcance real de la misma al hecho de la existencia de un sindicato y al numero de

sus afiliados. En consecuencia, en un país de baja afiliación sindical resulta obvio un bajo alcance de la negociación colectiva.

De hecho, hasta ahora los intentos por expandir la negociación colectiva han ido por el lado de la sindicalización, como atestiguan las reformas de la ley 19.069 y 19.759, pero no abordado este punto crucial: la posibilidad de dar al contrato colectivo una eficacia mayor de las partes que lo acordaron, desligando en algún sentido negociación colectiva con afiliación sindical.

8.- EL DERECHO DE HUELGA: EL ÚLTIMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

8.1. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

La regulación de la huelga en Chile se muestra, más allá de litigios doctrinarios o jurídicos propios de los laboristas, como una total excepcionalidad, tanto mirada desde el contexto del derecho comparado, como desde la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo.

Y no para bien. Nuestro orden jurídico trasunta una agresiva actitud con respecto de la huelga, especialmente por parte del legislador, que responde, evidentemente, a la ideología dominante en los redactores de dicha regulación legal, el denominado “plan laboral”. Dichos redactores pretendían negar el conflicto colectivo en las relaciones laborales, al que se acusaba, sin vacilaciones, de propio de doctrinas marxistas¹⁴¹.

Partiendo por la propia Constitución de 1980, que intentando desesperadamente tomar distancia de la huelga, hace gala de un calculado silencio: no se atreve explícitamente ni a reconocerle, ni a negarle el rango de un derecho. Una inseguridad, en todo caso, deliberada de sus redactores, y que pone a Chile como estrella solitaria en la materia en el derecho comparado: no existe ningún otro país de la tradición jurídico continental que no recepcione explícitamente en su texto constitucional el derecho a huelga.

¹⁴¹ El redactor de la legislación laboral de la dictadura lo expresaba así: “el plan laboral partió de premisas muy distintas a las de la antigua legislación al momento de diseñar el proceso de negociación colectiva. La idea básica fue sacar a este proceso de la arena de conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente -con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases- y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”. PIÑERA, J. Op. Cit, p 49. Esta ideología de la negación del conflicto no es sino la imposición de un ideal tan artificial como la asociación de él con la lucha de clases: en ninguna sociedad democrática desarrollada, que nadie calificaría de marxistas, se niega tan voluntariosamente el conflicto, sino todo lo contrario: se le acepta como un realidad propia de sociedades pluralistas y democráticas.

A diferencia de la Constitución de 1980, si reconocen el derecho de huelga como un derecho fundamental explícito, entre otras, las constituciones de España (artículo 28.2) que señala que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”, la de Italia que señala en su artículo 40 que “el derecho de huelga se ejercita en el marco de las leyes que lo regulan”, como asimismo el texto fundamental francés: “el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo regulan” (Preámbulo).

En caso de nuestra región, prácticamente todos los países reconocen el derecho de huelga como derecho constitucional explícito: Argentina (art.14), Brasil (art.9), Colombia (art.56), Ecuador (art.35 numero 10), Paraguay (art.98), Perú (art.55) y Uruguay (art.57).

En Chile, la Constitución de 1980 señala:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

Más allá de las cavilaciones de los redactores del texto constitucional chileno, la huelga corresponde a un derecho constitucional implícito ¹⁴². En efecto, nuestra constitución consagra implícitamente el derecho a huelga, así se deduce de la lectura del artículo 19 número 16 recién citado, y que la prohíbe para los funcionarios públicos.

La mínima lógica interpretativa indica que si la norma constitucional prohíbe un caso específico de huelga, es porque ha reconocido su existencia como un derecho general. “Contrario sensu, corresponde entender que los demás trabajadores no incluidos en la prohibición tienen el derecho asegurado por la Constitución de declarar y hacer efectiva la huelga”¹⁴³.

¹⁴² Como señala Irureta: “en síntesis, y más allá de la intención declarada de ciertos miembros de la Comisión Ortúzar, lo cierto es que la huelga debe ser configurada, dentro del texto constitucional, como un derecho sujeto a las limitaciones que la propia Carta Fundamental indica”. Irureta, P. Constitución y Orden Público Laboral, Colección de Investigaciones Jurídicas, UAH, Numero 9, 2006, p 197. En el mismo sentido Gamonal, S. “La Constitución de 1980 y la libertad sindical”, en Anuario de Derecho del Trabajo, N°1, 2000, y Ugarte, JL. Op. Cit.

¹⁴³ MACHIAVELLO, G. Op. Cit., p 443.

En el mismo sentido, “como no es una limitación general, a *contrario sensú*”, señala ERMIDA “hay que interpretar que en los demás casos, sí está permitido el derecho de huelga, con lo cual el asunto resulta ser más semántica que otra cosa: hay un reconocimiento tácito, no expreso y una prohibición limitada a determinados tipos de huelga, o una exclusión de ciertos sujetos como titulares de derecho”¹⁴⁴.

Además, el derecho a huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical, ampliamente reconocida por el texto constitucional, tanto en el artículo 19 número 16 que reconoce el derecho a negociar colectivamente, y el número 19, que consagra la autonomía colectiva.

Refuerza lo anterior, la consideración de los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile:

Por una parte, el derecho de huelga está expresamente reconocido en el artículo 8.1 letra d.) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derecho que, por disposición del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, adquiere rango constitucional.

Y por otro lado, el derecho de huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical consagrada por el Convenio N°87 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 3 y 10), tratado internacional de derechos fundamentales vigente en Chile desde el año 2000. Como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT “el derecho de huelga es uno de los elementos esenciales del derecho sindical” (Segundo Informe, 1952, párrafo 68).

En ese sentido, como señala en este punto IRURETA “los tratados internacionales ratificados por Chile no dejan lugar a dudas en el sentido de que la huelga constituye un derecho”¹⁴⁵.

7.2. EL MODELO LEGAL DE HUELGA: REGLAMENTARISMO VS. ABSTENCIONISMO.

El legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la huelga, sometiéndolo a un régimen jurídico que podrían catalogarse, sin duda, como uno de los más intervencionistas en la tradición jurídica continental. Nuestro modelo legal de huelga trasunta una evidente y mal disimulada agresividad con la tutela directa de los trabajadores.

¹⁴⁴ Ermida, O. Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1996, p 133.

¹⁴⁵ Irureta, Op. Cit., p198.

Se distancia, en ese sentido, nuestra legislación laboral de aquellos sistemas de relaciones laborales, donde se da prioridad a la autonomía colectiva de los actores laborales, y se asume un cuidadoso respeto a las acciones de tutela propias de la libertad sindical como es la huelga.

Desde casos como el italiano o el francés, hasta las muestras de abstencionismo en nuestro entorno, como el caso de argentino o el de uruguayo.

En Italia, la Constitución de 1947, en su artículo 40, consagra el derecho a huelga y señala que deberá ejercerse según las leyes que lo regulan. Nunca se ha dictado una ley sistemática o reglamentaria de la huelga, y sólo existen normas específicas para los servicios esenciales (ley N° 146 de 1990). Una situación similar es el caso francés, en donde la Constitución de 1946 señala, en el párrafo 7 del Preámbulo, que “el derecho de huelga se ejerce dentro del cuadro de leyes que lo reglamentan”, leyes reglamentarias que nunca se han dictado, dando un marco de plena autonomía a la acción colectiva de los trabajadores.

En nuestro continente, Uruguay se encuentra en el extremo opuesto al caso chileno: salvo las normas que regulan los servicios esenciales, contenidos en la Ley N° 13.720, existe total silencio normativo sobre el ejercicio de la huelga, atendido “la tradicional oposición de la clase trabajadora a toda reglamentación del derecho de huelga, por considerar que el mero hecho de reglamentar un instituto de este tipo, implica, de algún modo, limitarlo”¹⁴⁶.

En Argentina, no existe una regulación sistemática de la huelga, sólo se contempla la regulación parcial y limitada de la misma en ciertas materias como la conciliación obligatoria y arbitraje voluntario (Ley 14.786), y los servicios esenciales (Ley 25.250).

En estos países, comúnmente la jurisprudencia judicial desarrolla, a falta de regulación legal, un concepto de huelga ilícita o abusiva, como ocurre con la huelga político partidista (Francia), o con las huelgas articuladas que dañan la productividad (Italia).

En contraposición, nuestro modelo de huelga legalmente intervenida, se acerca a aquellos países de escasa sindicación y de poca tradición de dialogo social, que se caracterizan por un fuerte aversión al conflicto colectivo, y una fuerte preeminencia tanto de la autonomía individual como de la injerencia estatal. Optan por un modelo de huelga reglamentaria o intervenida legalmente países como Ecuador (Capítulo II del Código del Trabajo), Perú (Decreto Ley N° 25.593 de 1992), Panamá (artículos 398 y ss. del Código del Trabajo de 1971), Colombia (Capitulo IV del Código del Trabajo).

¹⁴⁶ Rosenbaum et al., Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo en Uruguay, FCU, 1994, p 310.

El modo normativo de huelga chileno, en todo caso, representa el extremo dentro de este modelo reglamentario. Así lo ha destacado la doctrina extranjera, llamando la atención en el rol marginal y restrictivo que nuestra legislación le ha asignado a la huelga:

“La posición marginal surge de la propia ubicación que muchas legislaciones le otorgan al ejercicio del derecho de huelga como mecanismo de auto tutela y de solución de conflicto. Según las características del derecho reglamentario de las legislaciones incluidas en estudio, el derecho de huelga es puesto lo mas lejos posible de su utilización efectiva y aún aceptándolo (porque no hay mas remedio) se prevén formas de intervención estatal que arrasan con el derecho fundamental sin correspondencia o contrapartida. Tal es el caso por ejemplo de Chile donde la ley plantea la posibilidad de que la autoridad estatal corte el desarrollo de la huelga con un acto de autoridad del Poder Ejecutivo.

Este síntoma de marginación se aprecia también, sin llegar al extremo chileno, cuando se plantea en muchas legislaciones de la región que la huelga sea utilizada como el último recurso (legislación brasilera, peruana, colombiana, entre otras)”¹⁴⁷.

7.3. ALCANCE Y FINALIDAD DEL DERECHO DE HUELGA.

La huelga es considerada en nuestra legislación como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, contemplado en el Código del Trabajo. La ley laboral chilena sólo contempla la huelga en la etapa posterior a la negociación directa de las partes, y como una medida de acción directa vinculada única y exclusivamente a la negociación o renegociación de un contrato colectivo.

“Fuera de la negociación colectiva, dirá ROJAS, la huelga constituiría una falta disciplinaria, por lo que tendría efectos contractuales. Además, también podría constituir un delito al tipificarse la figura de “interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga”, que contempla la Ley num. 12.957, de 1958, sobre Seguridad Interior del Estado”¹⁴⁸.

Se aleja así nuestra ley de la huelga como un derecho de finalidad múltiple y de ejercicio autónomo por sus titulares, restringiendo su alcance al estricto ámbito de la negociación colectiva

¹⁴⁷ Fernandez, H. “Derecho de Huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo”, Relaciones Laborales, N° 10, 1996, Uruguay, p 75.

¹⁴⁸ Rojas, I. Op. Cit., p 12.

reglada y dentro del estricto momento previsto por la ley: posterior al fracaso de la negociación directa entre las partes.

En el derecho comparado la ley reconoce varias opciones:

En primer lugar, sistemas legales donde la finalidad de la huelga no esta regulada por la ley, y corresponde al denominado modelo autónomo. Se trata de aquellos ordenes jurídicos más respetuosos de la autonomía colectiva, que dejan a los actores sindicales determinar cual será el objetivo de la huelga respectiva. En nuestro continente, le reconocen a los trabajadores y sus organizaciones, determinar la finalidad de la huelga Uruguay, Argentina o Brasil. En el caso brasileño, a pesar de que existe una regulación legal expresa de la huelga (Ley 7.783/89), se reconoce por el propio texto constitucional que “compete a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de ejercicio y sobre los intereses que por medio de la huelga deban defenderse” (art. 9 de la Constitución de 1988).

En esta misma situación se encuentra el caso italiano, donde la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero no señala que finalidad debe perseguir, cuestión que tampoco ha quedado determinada por el legislador, que, como señalamos, no ha dictado ley al respecto. Ello ha llevado a la Corte Constitucional ha construir un concepto amplio de huelga: “la abstención colectiva del trabajo dispuesta por una pluralidad de trabajadores para el logro de un fin común”¹⁴⁹. En la misma situación se encuentra Portugal donde la Constitución señala, en su artículo 58 N°1 y 2, que “es garantizado el derecho a huelga” y que “compete a los trabajadores definir el ámbito de intereses a defender a través de la huelga, no pudiendo la ley limitar ese ámbito”.

En segundo lugar, se encuentran los países cuyas normas constitucionales o legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades al derecho de huelga. Son los llamados modelos polivalentes¹⁵⁰, y pueden tener dos versiones: un modelo amplio de huelga - las normas jurídicas fijan una finalidad genérica de la huelga-, o un modelo restringido de huelga - las normas jurídicas establecen diversas finalidades para la huelga pero específicamente determinadas en los textos legales-.

Un buen caso de modelo polivalente amplio es España. Donde la Constitución de 1978 señala que “se reconoce el derecho a huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. De

¹⁴⁹ Sentencia N 711/980 de 30 de Enero de 1980. En el caso italiano, aparecía solo prohibida la huelga política pura en el artículo 503 del Código Penal, pero dicha disposición fue derogada por la Corte Constitucional (sentencia 27.12.84).

¹⁵⁰ Ver Sere et. alt. “La huelga política”, en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, Uruguay.

modo tal, que la finalidad de la huelga comprenden toda y cualquier defensa de intereses profesionales de los trabajadores, recepción que cabe calificar de amplia del objetivo de la huelga.

¿Como se compatibiliza esa finalidad constitucional amplia con la restrictiva concepción de la ley vigente en materia de huelga contenida en el DLRT de 17/1977?

Dicha regulación legal, anterior a la democracia, que declara ilícitas las huelgas con finalidades distintas de la negociación de un convenio colectivo (artículo 11), fue objeto de una “depuración” por parte del Tribunal Constitucional (sentencia 11/1981), que derogó buena parte de su contenido, y el resto lo considero constitucional “a condición de que se le diera la interpretación expuesta por el propio Tribunal Constitucional”¹⁵¹. En cuanto a la restricción de la huelga en razón de su finalidad (huelgas ilícitas), cabe apuntar que “ha sido ampliamente desvirtuada por la jurisprudencia del TC, en un sentido legalizador de gran parte de las reivindicaciones que, en la letra de la ley, no permitirían ser definidas como huelgas regulares: motivaciones socio-políticas, huelgas de solidaridad, deber de paz relativo”.¹⁵²

El resultado de la depuración del Tribunal Constitucional es “que la huelga se configura como una medida conflictiva ejercitable en relación con cualesquiera aspectos derivados de las relaciones de trabajo en general, y no sólo en el ámbito de la negociación colectiva”¹⁵³.

Por otra parte esta el modelo polivalente restringido de huelga. Se trata de aquellos países cuyas normas legales fijan una pluralidad de objetivos o finalidades pero restringidas a una enumeración legal, que en general están limitadas a la expresión de reivindicaciones económicas y/o de defensa de intereses profesionales.

Este modelo de huelga -polivalente restringido-, es mayoritario en el derecho latinoamericano. Es el establecido, entre otros, en Ecuador (art. 490 del Código del Trabajo), México (artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo), Panamá (artículo 480 del Código del Trabajo).

¹⁵¹ Notable similitud la de España con el caso chileno respecto de la huelga: ambos países se adentraron en la democracia con una regulación legal heredada de la dictadura: el DRL 17/77 en el caso español y el plan laboral en el caso chileno. Ambas regulaciones legales, era que no, fruto de una concepción restrictiva en materia de huelga. Notable la diferencia, también, en la forma de resolver la situación: el Tribunal Constitucional español depuro la legislación predemocrática, declarando buena parte de ella inconstitucional, por atentar gravemente contra el contenido esencial del derecho de huelga. En Chile, en cambio, no ha habido ni voluntad política en los gobiernos de la Concertación, que no han presentado proyectos de reforma en serio de la huelga, ni menos de los Tribunales de Justicia, que no han declarado inconstitucional ni una letra de la regulación del plan laboral. Lo dramático, en este punto, es que el DRL 17/77 es menos restrictivo que el plan laboral chileno, porque ese no permitía ni el reemplazo ni el reintegro de trabajadores en la huelga.

¹⁵² Baylos, A. “Formas nuevas y viejas en el conflicto social”, Derecho Social, N 2, España, 1998, p 71.

¹⁵³ Palomoque, M. “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, Revista U Complutense, Madrid, 1993, N 17, p 55.

Y es de este tipo el derecho norteamericano. En efecto, en Estados Unidos se considera legal la huelga cuando se funda en dos objetivos distintos: son legales, por una parte, las huelgas de reivindicaciones económicas dentro de la negociación colectiva, y son legales también, por otra, las huelgas de respuestas a prácticas desleales o antisindicales del empleador (Ley Nacional de Relaciones Laborales y Ley Taft-Hartley Act).

Pero aún en estos casos de finalidad restringida legalmente, como se acaba de ver, los diversos ordenamientos le reconocen a la huelga una pluralidad de objetivos o finalidades legítimas (modelo polivalente restrictivo), lo que determina una diferencia con el caso chileno que veremos a continuación.

En tercer y último lugar, se encontraría los sistemas legales que establecen un modelo contractualista de huelga. Esto es, que fijan una única y determinada finalidad para la huelga: la negociación o renegociación de un convenio colectivo.

De modo tal, que cualquier huelga que no persiga ese único objetivo -el deseado expresamente por el legislador- debe ser considerada ilícita. Uno de los pocos casos en el derecho comparado corresponde a la legislación chilena ¹⁵⁴.

A diferencia de los sistemas anteriores, el legislador chileno ha restringido la huelga a una única y excluyente finalidad. Se desconoce así cualquier otro objetivo que no sea la reivindicación contractual dentro del procedimiento reglado de negociación colectiva previsto por la ley.

En Chile, en consecuencia, son ilegales tipos y modalidades de huelgas consideradas lícitas en el derecho comparado como son, entre otras, las huelgas de reivindicación política-económica, las de solidaridad, las defensivas de cumplimiento del convenio colectivo, etc.

Aunque la OIT no ha señalado un modelo como correcto entre los anteriormente explicados, sí ha explicitado las prohibiciones normativas que lesionan el derecho de huelga consagrado en el Convenio N° 87. En ese sentido, cabe recordar que la OIT ha señalado a este respecto que:

- *“Que la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical (OIT 1996, párrafo 493).*

- *“Los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal (OIT 1983b, párrafo 217); “la prohibición general de huelgas de solidaridad podría ser abusiva” (párrafo 168, OIT 1994a).*

¹⁵⁴ La doctrina cita como otro ejemplo de modelo de huelga contractual al caso peruano, regulado por el Decreto Ley N° 25.593 de 1992, legislación que “en su afán de controlar y reprimir las medidas de presión de los trabajadores, las limita a la modalidad clásica de huelga, bajo grandes requisitos y proscribiendo todas las demás formas en que se expresa en realidad este derecho. Villavicencio, A. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú”, en AAVV Intervención y Autonomía en las relaciones colectivas del trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1993, p 267.

- *“Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito mas amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros” (párrafo 484, OIT 1996).*

- *“La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical” (párrafo 489, OIT 1996).*

De este modo, como es fácil de advertir, el actual modelo contractualista restrictivo de la legislación chilena vulnera el derecho de huelga como manifestación de la libertad sindical contemplada en el Convenio N 87 de la OIT en todas sus dimensiones.

Por ello no es extraño, que la Comisión de Expertos de la OIT le señalará al Gobierno de Chile que:

“Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito mas amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros” (párrafo 484, OIT 1996). Y agrega “la prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical” (párrafo 489, OIT 1996).

Las respuestas a las preguntas de la Comisión de Expertos son obvias, y todas son negativas. En ese sentido, para terminar en este punto, y casi como dato anecdótico, cabe apuntar que tan exagerada es la posición del plan laboral chileno, que incluso la derecho laboral de Estados Unidos, paradigma de la flexibilidad laboral, permite la huelga con finalidades más amplias que la actual legislación laboral nacional. En efecto, en derecho laboral norteamericano, especialmente la Ley Nacional de Relaciones Laborales (NRLA), permite la huelga en 2 supuestos distintos: como parte de una negociación contractual económica y como respuesta a prácticas antisindicales o desleales del empleador.

Es fácil de advertir, en consecuencia, que nuestra ley adopta casi en solitario en esta materia la más restrictiva de las ópticas presentes en el derecho comparado. No se cumple, de paso, con el estandar internacional fijado por el Comisión de Expertos de la OIT en la materia, que ha establecido que deberá considerarse lícitas tanto las huelgas profesional o reivindicativas con connotaciones políticas, como las huelgas de solidaridad, “cuando la huelga inicial con la que se solidarizan sea, en si misma, legal” (OIT, 1994, párrafo 168).

Por eso, no debe llamar la atención, que esta concepción restrictiva en extremo, haya llevado a la OIT ha cuestionar la normativa legal chilena, señalando que:

“La Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones política económica y social que tiene consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de

*protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal*¹⁵⁵.

7.4. REGULACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA: LA “PROCEDIMENTALIZACIÓN”.

Una de las principales formas de restringir el derecho a huelga es la construcción desde la ley de un procedimiento que fije como se ejerce dicho derecho, determinando las formalidades, la oportunidad y los plazos de la huelga.

Y nuevamente aquí se expresan las diferencias entre los distintos modelos laborales: los ya denominados abstencionistas, respetuosos *in extremis* de la libertad sindical, y que no fijan ningún tipo de procedimiento o requisitos formales para el ejercicio de este derecho fundamental. Y en la vereda opuesta, los modelos intervencionistas de relaciones laborales, que ven en la regulación legal procedimental una buena ocasión para controlar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga.

En este último caso, es común en nuestro continente que la “procedimentalización de la huelga” se establezca más que como un modo de ordenar y racionalizar el ejercicio de un derecho de conflicto, como una forma de evitar o dificultar su ejercicio, en ocasiones, a toda costa¹⁵⁶. Como nos recuerda ERMIDA “generalmente las Constituciones hacen el trabajo “lindo” de consagrar el derecho con bastante amplitud y luego el legislador hace el trabajo “sucio”, o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según cada caso¹⁵⁷.”

¹⁵⁵ Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al Gobierno de Chile, Convenio N° 87, Anexo IV, 2002.

¹⁵⁶ La intervención legal de la huelga, especialmente en los países del lado pacífico de A. Latina, poseedores de sistemas laborales débiles, con déficit sindicales y mínima negociación colectiva, ha tenido un derrotero común: el intento desembozado por su proscripción. Como explica Villavicencio en una cita que sintetiza la historia de cualquiera de los países de este lado del continente: “la regulación del derecho de huelga en Perú comienza tempranamente en 1913, por medio del Decreto Supremo del 24 de Enero, con el cual se va inaugurar una tradición normativa restrictiva y represiva que buscará limitar los alcances del derecho, prohibirlo para determinadas categorías, amedrentar a los huelguistas, sanciones penales, despidos o la privación de ciertos derechos”. Villavicencio, A. Op. Cit., p 257.

¹⁵⁷ ERMIDA, O. Op. Cit., p 133.

En el caso chileno, el legislador del Plan Laboral asumió con indisimulado entusiasmo las restricciones del derecho de huelga, estableciendo un procedimiento restrictivo para el ejercicio de dicho derecho.

La regulación legal chilena considera las siguientes reglas de procedimiento:

a.) Oportunidad: Los trabajadores deben decidir la huelga dentro de los últimos cinco días de vigencia del contrato colectivo, o en su defecto, dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco desde la presentación del proyecto. Siempre que la negociación no este sometida a un arbitraje voluntario u obligatorio.

b.) Declaración: La votación debe efectuarse ante ministro de fe en forma personal y secreta. La ley regula, al límite del absurdo, como deben imprimirse los votos: señala el artículo 372 del Código del Trabajo que deben consignar la expresión “huelga” o “última oferta del empleador”.

c.) Quórum de aprobación: La huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la huelga.

d.) Plazo para implementar la huelga: La ley señala que los trabajadores deben hacer efectiva la huelga dentro de 3 días de votada, ni antes ni después, pudiendo prorrogarse el plazo por acuerdo de las partes.

e.) Buenos oficios: Cualquiera de las partes dentro de las 48 horas de acordada la huelga puede solicitar los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, el que es obligatorio para la empresa o los trabajadores involucrados. Mientras duran los buenos oficios, plazo que no puede exceder de 5 días hábiles, la huelga se entiende suspendida.

A pesar de que la regulación de un procedimiento no es contrario *a priori* con la libertad sindical, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que “los procedimientos legales para declarar la huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal” (OIT 1994, párrafo 499).

En rigor, las normas de procedimiento de huelga previsto por el Código del Trabajo en Chile ya descritas (quórum, votación, etc.), no han sido objetadas por ser contrarias a la libertad sindical. Por el contrario, si han sido objeto de impugnaciones expresas de la Organización Internacional del Trabajo, las consecuencias previstas por nuestra legislación laboral frente a lo que podríamos denominar “fallas procedimentales” de los trabajadores en el ejercicio del derecho de huelga. En

efecto, la legislación del Plan Laboral establece una especie de “presunción de voluntad tacita colectiva” pro empleador, cuestionada por la OIT.

En el artículo 373 del Código del Trabajo se señala que:

“La huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación. Si no obtuvieren dicho quórum se entenderá que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador”.

Respecto de esta llamativa “presunción de voluntad colectiva tacita” a favor del empleador en la legislación laboral chilena, la Comisión de Expertos de la OIT la ha objetado, señalando:

“La Comisión estima que la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores no pueden ser deducida, tal como lo establece el artículo 373, de la falta de quórum en la votación para declarar la huelga. En efecto, desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación”¹⁵⁸.

A su turno, el artículo 374 del Código del Trabajo:

“Acordada la huelga, ésta deberá hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación. Este plazo podrá prorrogarse, por acuerdo entre las partes, por otros diez días.

Si la huelga no se hiciere efectiva en la oportunidad indicada, se entenderá que los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de ella y, en consecuencia, que aceptan la última oferta del empleador.”

Nuevamente, la OIT le ha objetado a Chile esta disposición legal:

“La Comisión considera el hecho de no hacerse efectiva la huelga dentro de tres días de acordada no debería significar la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores. La misma debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o sus representantes”. Y agrega que “los trabajadores no deberían perder sus derecho de recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ OIT, Comisión de Expertos, Anexo IV, p 3.

¹⁵⁹ OIT. Comisión de Expertos, Anexo IV, p 3.

Se trata de una regulación legal que establece “presunción de derecho” a favor del empleador, que no tiene justificación legal, contradice la libertad sindical, y deja en una virtual indefensión a los trabajadores que ejercen su derecho a la huelga, ya que no admite prueba en contrario.

Se trata de una regulación que no tiene paralelo en el derecho laboral comparado, por lo que, simplemente, es imposible hacer un ejercicio comparativo, y que sólo se explica por la desesperación del legislador plan laboral por cerrar el conflicto colectivo a favor de la empresa.

7.5. HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES.

Uno de los puntos más críticos de la normativa sobre la huelga es la regulación legal de los denominados servicios esenciales o públicos. La complejidad de esta materia viene dada por el cruce de bienes jurídicos valiosos como es la satisfacción de ciertas necesidades públicas relevantes y el derecho de huelga propiamente tal. De hecho en el derecho comparado existe una variedad normativa en la materia muy amplia, desde países que prohíben la huelga en los servicios esenciales, como Chile, Costa Rica (art. 368 Código del Trabajo), Republica Dominicana (art. 370 del Código del Trabajo) o Colombia (art. 430 del Código del Trabajo), hasta países que la permiten con restricciones –establecimiento de servicios mínimos- como Uruguay (art. 4 y 5 Ley 13.720) o Brasil (Ley 7.783).

La OIT ha sostenido que por tratarse de un derecho fundamental de la libertad sindical la huelga sólo puede estar excepcionalmente restringida, y por eso en la terminología de dicho organismo internacional se ha acuñado la expresión “servicios esenciales en sentido estricto del término”¹⁶⁰. La OIT ha dicho que por servicios esenciales debe entenderse “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población” (OIT, 1983, párrafo 214).

En el derecho chileno se soluciona este problema en el artículo 384 del Código del Trabajo:

“No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

- a) Atiendan servicios de utilidad pública, o
- b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

¹⁶⁰ Se abandona así la idea inicial de “identificar servicios esenciales con sector público y también superada la idea del mero perjuicio público por su vaguedad”. Ermida, O. Op. Cit. P 161.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción”.

Es obvio, de la sola comparación literal, se sigue que la regulación legal vigente en Chile afecta indebidamente el derecho de huelga y la libertad sindical, en cuanto contempla supuesto de servicios esenciales excesivamente amplios y vagos, tales como “utilidad pública” y “daño a la economía del país”.

Así por lo demás, se lo ha hecho ver la Comisión de Expertos de la OIT al gobierno chileno:

“La Comisión recuerda que la legislación puede establecer que el derecho a huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1.) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2.) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado (véase Estudio General, 1994, párrafos 158 y 159). En ese sentido, la Comisión observa que la legislación vigente es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicios esenciales”¹⁶¹.

Cabe señalar que, además de tratarse de un precepto legal que lesiona el contenido esencial del derecho fundamental de huelga, que llama la atención que la norma legal entregue a autoridades gubernamentales, como son los ministros respectivos, la determinación de cuales son las empresas de servicios esenciales, y en consecuencia, determinar quienes quedan privados de su derecho fundamental a la huelga.

La restricción de un derecho fundamental, que en este caso equivale a privación, debe estar en la ley, y no en manos de una autoridad administrativa u gubernamental, y en caso de excepción,

¹⁶¹ OIT, Comentarios Comisión de Expertos, Anexo IV, Chile, 2001.

esas restricciones deberían ser aplicadas por los Tribunales de Justicia respetando el respectivo debido proceso exigido por la Constitución.

Aunque la Constitución de 1980 señala que la ley fijará un procedimiento para la determinación de las empresas que atienden servicios esenciales, el artículo 374 no contempla tal procedimiento, sólo señala quienes harán la calificación, ni menos establece, conforme lo exige la Constitución, uno que tenga las características de “justo y racional” (artículo 19, número 3). Cabe recordar, que según nuestra jurisprudencia, dicha exigencia es aplicable a todo procedimiento administrativo, y no sólo al judicial.

Esa norma legal adolece de un grave vicio de constitucionalidad: deja en manos de una autoridad administrativa la existencia del derecho fundamental de huelga, cuya resolución administrativa no limita, sino que derechamente priva a los trabajadores de su derecho, sin que el citado precepto establezca el debido proceso para que los trabajadores afectados ejerzan las mínimas garantías de audiencia, de juez imparcial, etc.

7.6. REEMPLAZO DE LOS TRABAJADORES EN HUELGA.

El denominado reemplazo en la huelga, esto es, la posibilidad de que el empleador sustituya a los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho a huelga, es uno de los puntos clave de la legislación colectiva chilena vigente, y que duda cabe, una piedra angular del plan laboral del régimen militar.

Los reemplazantes de los trabajadores en huelga -también llamados esquirolas, rompeshuelgas- corresponden a una institución jurídica excepcionalísima en el derecho comparado. Por eso, dirá la doctrina comparada que “es usual encontrar en los ordenamientos jurídicos la disposición de que la declaratoria de huelga conlleva la prohibición del empleador de celebrar nuevos contratos de trabajo”¹⁶².

El reemplazo se encuentra prohibido en prácticamente todos los países de América Latina, incluso aquellos que comparten con Chile, el modelo reglamentario restrictivo de la huelga al que ya nos referimos anteriormente. Así, sólo a modo de ejemplo, se encuentra prohibido en Colombia (art. 449 del Código del Trabajo), Ecuador (art. 494 Código del Trabajo), México (art. 8 Ley Federal del Trabajo), y en Brasil (art. 7 de la Ley 7.783).

¹⁶² Van der Laat, B. “Conflictos colectivos , huelga y paro patronal”, en AAVV El Derecho Sindical en América Latina, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1995, p 251.

En Europa, y también a modo de ejemplo, esta prohibido la sustitución de trabajadores en la huelga en España (art. 6.5 DRLT 17/77), Francia (art. 124-2-3 del Código del Trabajo), en Portugal (art. 6 ley de huelga).

En América del Norte, junto al caso mexicano ya señalado, cabe señalar que prohíben el reemplazo de trabajadores en huelga el Código del Trabajo de Québec-Canadá (art.109.1), e incluso, en Estados Unidos la jurisprudencia mayoritaria considera ilegal el reemplazo permanente de trabajadores en huelgas cuando sean respuesta a prácticas desleales del empleador.

La explicación de la amplia recepción en el derecho comparado de la prohibición de la contratación de reemplazantes es bastante evidente: lesiona gravemente el contenido esencial del derecho de huelga, vaciándolo en la practica de la más mínima eficacia, haciéndolo simplemente irreconocible.

En rigor, en el caso chileno, lo realmente criticable de la norma que establece el reemplazo -el artículo 381 del Código del Trabajo-, más que su excepcionalidad en el derecho comparado, es su notoria inconstitucionalidad: afecta el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho de huelga, reconocido implícitamente en el texto constitucional a través de la libertad sindical y la autonomía colectiva (art.19 número 16 y 19) y reconocido en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y vigentes en Chile -Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (art. 3, 8 y 10)-.

De este modo, el artículo 381 del Código del Trabajo adolece de un claro vicio de inconstitucionalidad atendido lo dispuesto por el artículo 19 numero 26 de la Constitución, que prohíbe al legislador afectar la esencia de los derechos de naturaleza constitucional.

Pero al mismo tiempo, vulnera gravemente los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile, y en particular el Convenio N° 87 sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Por eso mismo, ese organismo internacional ha declarado tajantemente que el reemplazo de trabajadores en huelga previsto por el citado artículo 381 menoscaba gravemente el derecho de huelga y repercute en el libre ejercicio de los derechos sindicales:

“La Comisión toma nota de que el actual artículo 381 prohíbe de manera general el reemplazo de los huelguistas. Sin embargo, observa que sigue existiendo la posibilidad de proceder a dicho

*reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones. El artículo actual contiene, además de las condiciones que ya existían, la del pago del bono de reemplazo a los huelguistas que vuelve más onerosa la contratación de nuevos trabajadores al empleador. No obstante, la Comisión recuerda que el reemplazo de los trabajadores menoscaba gravemente el derecho de huelga y repercute en el libre ejercicio de los derechos sindicales (véase Estudio General, op. cit., párrafo 175). **La Comisión pide al Gobierno que modifique su legislación para garantizar que las empresas no puedan contratar nuevos trabajadores en sustitución de sus empleados mientras éstos realizan una huelga legal.**”*

En Chile, algunos han querido fundamentar el reemplazo en la huelga en una suerte de compensación efectuada por el plan laboral: a cambio de que el empleador pueda sustituir los trabajadores en huelga, se encuentra obligado a contratar colectivamente cuando los trabajadores se lo soliciten, ya sea por la obligación de contestar el proyecto del 322 del Código del Trabajo, ya sea mediante la figura de contratación colectiva unilateral prevista en el artículo 369 del Código del Trabajo.

Cabe señalar que entre ambas instituciones no existe ninguna relación, de hecho la obligación de contratar es una disposición común en el derecho comparado -existe, entre otros, en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Paraguay-, y en ninguno de esos casos existe reemplazo de trabajadores en la huelga. Y de hecho en los pocos países donde existe reemplazo, como Estados Unidos, no existe obligación de contratar.

En rigor, la obligación de contratar para el empleador prevista por nuestra legislación, no tiene por objetivo compensar nada, sino simplemente establecer una forma para cerrar el conflicto y evitar lo que el legislador del plan laboral consideraba una posible duración excesiva.

En fin, es el propio legislador, ahora democrático, quien se ha dado que el reemplazo lesiona el derecho fundamental de huelga, y ha prohibido expresamente en la ley de subcontratación (Ley N° 20.123), la utilización de reemplazantes por la vía del suministro de trabajadores a través de empresas de servicios transitorios (artículo 183-P. letra b).

Respecto del tradicional argumento en Chile acerca de que la prohibición del reemplazo en la huelga afecta el derecho de propiedad del empleador, cabe constatar desde el derecho comparado y la existencia de dicha prohibición en prácticamente todos los países de nuestra tradición jurídica europeo continental, que no existe tal afectación. En rigor, en todos estos países, que obviamente tienen el derecho de propiedad consagrado en sus cartas constitucionales, se ha entendido que el derecho de huelga no afecta el contenido jurídico protegido de la propiedad, porque no es una restricción ilícita del mismo, sino un límite establecido por el propio orden jurídico, como muchos otros que la propia Constitución chilena

reconoce puede tener la propiedad y cualquier otro derecho constitucional, fundado en este caso en otro derecho fundamental.

PARTE FINAL:

1. RAZONES QUE HACEN NECESARIA UNA REFORMA LEGAL EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se hiciera presente a lo largo de este estudio, la preocupación que motiva una reflexión crítica sobre el modelo normativo de negociación colectiva responde, por una parte, a la limitada cobertura de los acuerdos colectivos en nuestro mercado de trabajo,¹⁶³ lo que implica que un porcentaje significativo de trabajadores en Chile no negocia colectivamente, siendo por tanto excluidos de alcanzar por esta vía un mejoramiento de sus condiciones laborales. Además, los trabajadores marginados de la negociación colectiva se encuentran expuestos a no poder superar las barreras de la abismante brecha salarial reflejada por las principales encuestas laborales, lo que termina repercutiendo, en definitiva, tanto en su calidad de vida, como en su futuro previsional, dado el régimen de capitalización individual a través del cual se financia el sistema de pensiones. Por tanto, la inequitativa distribución ingresos entre grupos de menores y de mayores salarios se ve acrecentada por la débil incidencia que tiene la negociación colectiva y otros mecanismos de redistribución de ingresos, v. gr. los impuestos, todo lo cual se proyecta en forma dramática al momento en que los trabajadores ingresan a la vida pasiva.¹⁶⁴

Asimismo, es importante hacer presente que desde una perspectiva cuantitativa, las cifras muestran un estancamiento de la negociación colectiva e, incluso, un deterioro en razón de las cifras que existían al año 1990, es decir, el inicio del proceso de las reformas. En base a los datos estadísticos dados por la Dirección del Trabajo, es posible concluir que no ha habido mayor variación de los niveles de cobertura de la negociación colectiva en Chile; así a partir del supuesto que otorga una duración de dos años de los instrumentos colectivos, la tasa de cobertura de la negociación colectiva sobre la fuerza de trabajo asalariada sin considerar la Administración Pública¹⁶⁵, era de un 15,85% al año 1991; mientras que en el año 2006 era de 9,54%. Si bien es cierto que la cobertura alcanzada en el año 1991 debe relativizarse dado el aumento de expectativas laborales que se dieron en los primeros años de los Gobiernos de la Concertación, tal como mostraron las tasas de afiliación sindical, en caso alguno podría sostenerse que dicha tasa de afiliación ha aumentado.¹⁶⁶

¹⁶³ Véase la ENCLA 2006, p. 93 s.

¹⁶⁴ Afortunadamente estas proyecciones de la inequidad de ingresos durante la vida pasiva se podrán ver morigeradas al momento de materializarse la entrada en vigencia de la reforma previsional recientemente aprobada en el Congreso Nacional, a través de la puesta en marcha del pilar solidario, con el cual se verán favorecidas las personas de escasos recursos que en la actualidad quedan marginadas de acceder a una pensión por vejez.

¹⁶⁵ Datos elaborados por la Dirección de Trabajo, División de Estudios, en base a la Encuesta Nacional de Empleo, del INE, y de la División de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo, Dirección Nacional del Trabajo, División de Estudios, Compendio de Series estadísticas 1990-2006, p. 7.

¹⁶⁶ En este sentido: Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, ob. cit.

Por otra parte, se señaló que la urgencia de replantear la actual normativa sobre negociación colectiva contenida en el CdT tiene su fundamento en la necesidad jurídica de armonizar nuestra legislación laboral con los instrumentos internacionales ratificados por Chile, particularmente los convenios de la OIT, que refuerzan el valor y la proyección de la libertad sindical como un derecho fundamental de validez universal. Este conflicto aún no resuelto desde el retorno a la democracia reclama de una pronta respuesta con miras a eliminar las trabas que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de los derechos colectivos y a restablecer el equilibrio de poderes y derechos que debe existir entre las organizaciones sindicales y de empleadores, como presupuesto básico para el desarrollo de relaciones colectivas proactivas y dinámicas que sean acordes con un mundo globalizado y en constante transformación.¹⁶⁷

Según se estableciera, estas limitaciones normativas son una consecuencia del modelo de relaciones colectivas impuesto por el Plan Laboral y que permanece fuertemente arraigado en la legislación del trabajo, sin perjuicio de haber experimentado algunas atenuaciones derivadas de las reformas legales posteriores a 1990. En efecto, en el modelo económico de mercado impuesto en Chile a fines de la década de los años 70, el Estado perdió el rol activo en la inversión, producción, así como en la distribución de ingresos y se le otorgó un carácter prescindente y subsidiario y por tanto, debe operar sólo las actividades que trascienden a los particulares (defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, tribunales de justicia) y eventualmente aquellas económicas sectoriales exigidas por el interés social y que, por limitaciones transitorias de insuficiente desarrollo o por tamaño de capital, les resulte difícil emprender por sí solos a los particulares.¹⁶⁸ Por lo anterior, la aplicación del modelo económico, en su expresión política neoliberal, tiene al mercado libre como mecanismo de asignación de recursos, reserva a los privados la gestión económica, postula un Estado mínimo, desarrolla una preocupación y severo control de los equilibrios macroeconómicos y el patrón de acumulación responde a las acciones únicas o combinadas que rentabilizan el capital en los distintos mercados (productivo, comercial, financiero y laboral) a nivel nacional e internacional. En este contexto, entonces, el rol de la negociación colectiva es secundario y restringido a la determinación de la relación entre salario y productividad,¹⁶⁹ lo que no requiere necesariamente de la presencia de las organizaciones sindicales.¹⁷⁰

¹⁶⁷ En igual sentido: Palomeque, Manuel; Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 246.

¹⁶⁸ Por el contrario, en el llamado modelo económico de desarrollo hacia adentro con industrialización sustitutiva de importaciones, el Estado desempeñó un rol importante en la inversión y también en la distribución de ingresos. Así, operó directamente, sea como inversionista para obras de infraestructura y grandes proyectos industriales o como propietario de grandes empresas públicas. Asimismo, el Estado contribuía, junto con otras fuentes, a la apertura de líneas de financiamiento al sector privado. El Estado regulaba un conjunto de precios de bienes llamados “de primera necesidad” y la demanda global era estimulada por el poder de compra de la comunidad nacional y, por cierto, incidía directamente en ella la mejoría en los ingresos reales de los trabajadores. En este sentido, Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006, p. 32 s.

¹⁶⁹ En detalle: Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, ob. cit., p. 230 s.

¹⁷⁰ Idem. Sobre la visión laboral implícita en el modelo económico de libre mercado introducido en Chile, véase: Piñera, José, La revolución laboral en Chile, disponible en www.josepinera.com.

Por lo tanto, desde una perspectiva jurídica urge reforzar en Chile el respeto y promoción de la negociación colectiva como el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, lo que supone plantear las reformas necesarias para armonizar nuestro ordenamiento jurídico laboral con las normas y principios de los principales convenios internacionales de la OIT sobre la libertad sindical, como a su vez, avanzar hacia la consolidación de un modelo normativo de relaciones colectivas que refuerce y revalorice, en igualdad de condiciones, la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales y de empleadores.

2. ALGUNAS REFORMAS NECESARIAS

A continuación se expondrán de manera general, las principales materias que requerirían una revisión normativa y una eventual reformulación a través de una reforma legal, con el fin de adecuar nuestro ordenamiento jurídico laboral con el necesario respeto y promoción de la libertad sindical. Todo ello, de conformidad con el análisis pormenorizado ya efectuado en la primera y segunda parte de este estudio.

- a) Ampliar la consagración del derecho fundamental a la negociación colectiva en la CPR, de tal manera de explicitar que, por regla general, todos los trabajadores son titulares de él, eliminando, además, la restricción que circunscribe el reconocimiento de este derecho sólo al nivel de la empresa. En concordancia con lo anterior, debería reformularse el concepto legal de negociación colectiva del artículo 303 del CdT, con el fin de recalcar que se trata del ejercicio de un derecho fundamental y no de un mero procedimiento legal. Esto es, revalorizar la visión de la negociación colectiva como la expresión legítima de la libertad sindical, suprimiendo la concepción instrumental actualmente vigente que circunscribe a la negociación colectiva como una vía de fijación de remuneraciones y de condiciones de trabajo por un tiempo determinado.
- b) Revisar la actual exclusión del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores que prestan servicios en empresas dependientes o relacionadas con el Gobierno a través del Ministerio de Defensa, como a su vez respecto de aquellas empresas en que el Estado tenga aportes mayoritarios, ya que al encontrarse regidos esos trabajadores por el CdT deberían tener la posibilidad de ejercer todos los derechos que ese cuerpo legal les reconoce. Como se hiciera presente en el estudio, esto es más necesario aún tratándose de los trabajadores de las empresas referidas en el artículo 217 del CdT, pues luego de la reforma legal del año 2001 se les reconoce el derecho a constituir sindicatos y a ser representados por éstos, pero se les priva, sin mayor fundamentación, del ejercicio de la principal vía de actuación sindical que es la negociación colectiva.
- c) Poner fin a la exclusión de los aprendices y de los trabajadores por obra o faena determinada del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues de acuerdo a lo analizado, no hay fundamentos jurídicos que legitimen en la actualidad esta disposición del artículo 305 del CdT. En efecto, desde la perspectiva de la promoción de la libertad sindical, a la que se encuentra obligado el país por aplicación del artículo 4 del convenio 98 de la OIT, no existiría ya justificación para negarles a estos trabajadores el derecho a negociar colectivamente, más aún, si una posible ampliación de las materias que pueden ser objeto de negociación posibilita en el

futuro que puedan acordarse condiciones de interés para ellos y que promuevan su identificación como trabajadores de la empresa.

- d) Poner término a la clara vulneración a la libertad sindical que supone la equiparación jurídica de sindicatos y de grupos de trabajadores en la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior y, recogiendo los planteamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, nada obstaría a que de manera excepcional se permita que grupos de trabajadores se reúnan para negociar colectivamente en aquellas situaciones en que no exista una organización sindical que pueda asumir la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, pues de esta manera se posibilita y no se entraba, el ejercicio de este derecho fundamental. 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. Además, el reconocimiento excepcional a los grupos de trabajadores puede ser una medida que se complementa con la posibilidad de reconocer también en Chile una participación activa en la negociación colectiva a otros tipos de organizaciones sindicales distintas de los sindicatos de empresa o de establecimiento, como podría ser el caso, por ejemplo, de los sindicatos interempresa.
- e) Debería modificarse el artículo 306 del CdT para ampliar las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva, posibilitando que sean los propios actores sociales, quienes en base a su autonomía determinen cuales materias son de interés para ellos en la negociación. En este sentido, más que un catálogo de materias negociables, se debería optar por establecer ciertos límites generales y razonables, como el orden público laboral, ciertos intereses generales de la comunidad o la prohibición de afectar los derechos laborales mínimos, dejando entregado lo demás a posibles acuerdos entre las organizaciones sindicales y de empleadores. De esta manera se podría potenciar el diálogo social libre y responsable entre los actores sociales y posibilitar que temas emergentes que pueden ser de una enorme relevancia tanto para los empleadores como los trabajadores, tales como pactos de flexibilidad laboral de jornadas o de reducción de éstas en situaciones de crisis, pactos sobre introducción de modalidades atípicas de contratación laboral; sobre promoción de trabajo a tiempo parcial o de jubilación parcial anticipada; sobre búsqueda de mecanismos de conciliación de trabajo y vida familiar; sobre promoción de la equidad de género, etc., puedan tener cabida en Chile a través de la negociación colectiva.
- f) Se debe reformular seria y consensuadamente el tema de los niveles en que puede tener lugar la negociación colectiva, debido a que la actual legislación laboral vulnera flagrantemente los principios y postulados de los convenios de la OIT sobre la libertad sindical que han sido ratificados por el país. En efecto, el ordenamiento jurídico laboral en Chile se aleja de los principios promovidos por la OIT en esta materia y mantiene hasta la fecha, sin modificaciones sustanciales, el modelo del Plan Laboral que circunscribió el nivel de la negociación colectiva

exclusivamente a la empresa, coartando así la libertad de las organizaciones sindicales y de los empleadores de negociar a un nivel superior, si así lo desearan. Lo anterior, que es también expresión del reconocimiento limitado del derecho a la negociación colectiva en la CPR, queda de manifiesto en la diversidad de derechos que se reconocen a la parte trabajadora, en la obligatoriedad que puede representar la negociación para el empleador, en la exclusión del derecho a negociación efectiva de otras clases de sindicatos diversas del sindicato de empresa, así como en un conjunto de disposiciones que terminan incitando a los trabajadores a negociar a nivel de empresa, si es que aspiran a alcanzar un cierto grado de éxito en sus planteamientos.

Además, según se estableciera en el estudio, lo complejo de esta opción legal desde el punto de vista del adecuado respeto y promoción del derecho fundamental a la negociación colectiva queda reflejado en forma patente, si se analizan las falencias que presentan los denominados procedimientos no reglados que no confieren derechos ni prerrogativas a los trabajadores y, en concreto, la construcción meramente simbólica de un procedimiento de negociación colectiva pluriempresa carente de eficacia práctica y absurdamente limitativo de la autonomía colectiva.

En definitiva y, sin perjuicio del análisis de fondo ya efectuado en las primeras partes del estudio, al momento de concluir, es importante dejar establecido que estas conclusiones sólo desean dejar de manifiesto la grave divergencia que presenta nuestra legislación laboral sobre negociación colectiva con los postulados de los principales instrumentos internacionales que la reconocen como un derecho fundamental, así como recalcar el claro deber del Estado de promoverla y hacerla efectiva. Esa es la tarea pendiente que este trabajo desea acentuar, sin desconocer que la manera de llevar a la práctica estas reformas supone necesariamente un análisis económico y social sobre la materia, pero lo determinante es que nuestro ordenamiento jurídico pueda, al fin de cuentas, garantizar la libertad y la autonomía necesaria a los actores sociales, propia de un sistema democrático que se proyecta también claramente en el plano laboral, revalorizando la importancia de la negociación colectiva para avanzar hacia la concreción de un verdadero trabajo decente, ya que, tal como la plantea la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, no puede haber verdadero crecimiento económico sin equidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abramo, Laís; Rangel, Marta (editoras), Negociación colectiva y equidad de género. América Latina, OIT, Santiago, Chile, 2005.

Albiol Montesinos, Ignacio; Camps Ruiz, Luis; López Gandía, Juan; Sala Franco, Tomás; Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas, 5ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003.

Argüelles Blanco, Ana Rosa; Martínez Moreno, Carolina; Menéndez Sebastián, Paz, Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación laboral y familiar en la negociación colectiva, Colección de Estudios N° 156, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004.

Baylos, Antonio. "Formas nuevas y viejas en el conflicto social", Derecho Social, N 2, España, 1998.

Caamaño Rojo, Eduardo, Contenido laboral del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, en Revista Laboral Chilena N° 118, julio 2003, p. 79 s.

Caamaño Rojo, Eduardo, Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico, en Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile – Valdivia, volumen XVIII, julio de 2005.

Caamaño Rojo, Eduardo, La tutela jurisdiccional de la libertad sindical, en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile – Valdivia, volumen XIX, julio 2006.

Caamaño Rojo, Eduardo, El trabajo a tiempo parcial, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007.

Caamaño Rojo, Eduardo, El aporte del trabajo a tiempo parcial a la flexibilización de la jornada de trabajo en Chile. Un camino por descubrir, en Estudios Laborales, Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 1, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007.

Caamaño Rojo, Eduardo, Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXIX, Semestre II, 2007.

Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Bruselas, Bélgica, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final.

Corvera, Diego; Gumucio, J., Las normas de los convenios 87 y 98 de la OIT y su relación con la normativa interna chilena, en Revista Laboral Chilena, julio 2000.

Díaz Muñoz, Ana María, Manual de Procedimientos de Negociación Colectiva, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004.

Dirección del Trabajo, Encuesta Laboral 2006 (ENCLA), disponible en: www.dt.gob.cl.

Epping, Volker, Grundrechte, 2ª edición, Editorial Springer, Berlín, Alemania, 2005.

Espinoza, Malva, Trabajo decente y protección social, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, Chile, 2003.

Ermida, Oscar. Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1996.

Ermida, Oscar, Sindicatos en libertad sindical, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

Franco, Julio; Marcos-Sánchez, José; Benoit, Christine, Negociación colectiva articulada. Una propuesta estratégica, OIT/PLADES, Lima, Perú, 2001.

Fernandez, H. Derecho de Huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo, Relaciones Laborales, N° 10, 1996, Uruguay

Gamonal Contreras, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2002.

Gamonal Contreras, Sergio, Daño moral en el contrato de trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.

Irureta, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral, Colección de Investigaciones Jurídicas, UAH, Numero 9, 2006.

Macchiavello, Guido, Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1989.

Mantero, Osvaldo, Derecho sindical, 2ª reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004.

OIT, Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, edición del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

OIT, Cambios en el mundo del trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª reunión, 2006, Informe I, disponible en: www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/index.htm).

OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª Edición (revisada), Ginebra, Suiza, 2006.

Ortiz, Fernando, El movimiento obrero en Chile, Lom Ediciones, Santiago, Chile, 2005.

Palomeque, Manuel; Álvarez de la Rosa, Manuel, Derecho del Trabajo, 11º edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 2003.

Palomoque, M. "El derecho constitucional de huelga y su regulación en España", Revista U Complutense, Madrid, N 17, 1993.

Piñera, José, La revolución laboral en Chile, disponible en www.josepinera.com.

Preis, Ulrich, Arbeitsrecht. Praxis-Lehrbuch zum Kollektivarbeitsrecht, Editorial Dr. Otto Schmidt, Colonia, Alemania, 2003.

- Rojas Miño, Irene, La eficacia jurídica del convenio colectivo, CESCIV, Valencia, 1998.
- Rojas Miño, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral, Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Semestre II, 2007.
- Rosenbaum et al., Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo en Uruguay, FCU, 1994,
- Sala Franco, Tomás; Albiol Montecinos, Ignacio, Derecho Sindical, 9ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- Salinero, Jorge; Rozas, María, Tapia, Andrés, Veinte años de afiliación sindical y de negociación colectiva en Chile. Problemas y desafíos, Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006.
- Sere et. al. “La huelga política”, en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004.
- Tapia, Francisco, Modificaciones al Derecho Sindical en la Ley N° 19.759, en Revista Laboral Chilena, enero 2002.
- Tapia, Francisco, Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.
- Thayer Arteaga, William, Hacia una nueva cultura laboral. Efectos y proyecciones de la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, Fundación Científica y Tecnológica, Asociación Chilena de Seguridad, Santiago, Chile, 1999.
- Toledo, César, Alcances de la negociación colectiva en Chile, documento sin editar.
- Ugarte Cataldo, José Luis, Libertad sindical y Constitución: cómo superar una vieja lectura, en Revista Laboral Chilena, mayo 2000.
- Van der Laat, B. “Conflictos colectivos , huelga y paro patronal”, en AAVV El Derecho Sindical en América Latina, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1995.
- Varas Castillo, Mario, Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, agosto 2003.
- Vega-Ruiz, María, Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina. El desarrollo práctico de un principio fundamental, Programa Infocus para la promoción de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, OIT, 2003.
- Villavicencio, A. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú”, en AAVV Intervención y Autonomía en las relaciones colectivas del trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1993.
- Walker Errázuriz, Francisco, La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado, OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, Chile, 2003.

Walker Errázuriz, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2003.