

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

**Informe en Derecho sobre la constitucionalidad de la
Propuesta de Reforma Laboral en materia de
Derechos Colectivos del Trabajo.**

Pablo Ruiz-Tagle Vial

Marzo 2016

Contenido

Objeto y secciones del presente informe:	3
I.- La libertad sindical como derecho fundamental y su reconocimiento en la Constitución Política chilena vigente y en los Tratados internacionales.....	4
La doctrina constitucional chilena y el contenido de la libertad sindical.....	9
La libertad sindical y la negociación colectiva.....	14
Los sujetos de la negociación colectiva.....	18
La titularidad sindical y los grupos negociadores en la negociación colectiva.....	19
La cobertura de la negociación colectiva.....	28
El contenido de la negociación colectiva.....	33
II.- Análisis del derecho fundamental a la huelga en la Constitución chilena vigente y de sus restricciones.....	37
Las restricciones al derecho fundamental a la huelga en los servicios esenciales.....	45
El reemplazo de los trabajadores en huelga.....	49
III.- Extensión de derechos y beneficios a los trabajadores por parte del empleador	54
IV.- Conclusiones	63

Objeto y secciones del presente informe:

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en adelante también denominado el Ministerio, ha solicitado un informe en derecho acerca de los aspectos constitucionales de la propuesta de reforma laboral, específicamente de los derechos colectivos del trabajo, específicamente de los derechos colectivos del trabajo que trata el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales referida al Boletín 9853-13 de Enero de 2016 y algunas de sus indicaciones que en adelante se denomina indistintamente el Proyecto o Proyecto.

En particular, en este informe se nos ha pedido que analicemos las disposiciones de la Constitución aplicables en relación con la propuesta de reforma presentado por el gobierno en su proyecto de ley, ingresado al Congreso Nacional y en trámite legislativo con el boletín No. 9835-13, junto con los Tratados Internacionales ratificados por Chile que versan sobre materia de derechos colectivos del trabajador, en especial los Convenios N°87 y N°98 de la OIT y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8º. El análisis de la minuta de la propuesta de reforma antes referido, además nos permite identificar las siguientes materias relacionadas con el tema del informe: (i) La libertad sindical como derecho fundamental y su reconocimiento en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales; (ii) El derecho a huelga como parte de la libertad sindical en la Constitución y sus limitaciones; y (iii) La facultad del empleador de extender los beneficios a los demás trabajadores que no fueron parte de una negociación colectiva.

Cada uno de los aspectos señalados en el párrafo anterior será tratado en forma independiente en los acápite I, II, y III, y en el capítulo IV, se consignan las conclusiones del presente informe.

1.- La libertad sindical como derecho fundamental y su reconocimiento en la Constitución Política chilena vigente y en los Tratados internacionales.

La libertad sindical como derecho fundamental está reconocida en la Constitución chilena vigente, en adelante indistintamente denominada Constitución, en su artículo 19 número 19, en relación a lo que el constituyente chileno ha denominado el derecho a sindicarse:

"El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas";

En la primera parte del artículo 19 número 19 de la Constitución, se consagra expresamente, lo que en doctrina laboralista se ha denominado como libertad sindical positiva, que se define como el derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos. La segunda parte del inciso primero del artículo 19 Nº 16 dispone: *"La afiliación sindical será siempre voluntaria"*, es garantía de la libertad sindical negativa, en cuanto derecho fundamental de los trabajadores a desafiliarse de los sindicatos y eventualmente a no asociarse a ningún sindicato¹.

La Constitución garantiza que el derecho de sindicarse, esto es de pertenecer a un sindicato, es voluntario y con ello reafirma el aspecto negativo de la libertad sindical. Por su parte, el derecho de libertad sindical negativa, también consagrado en la norma constitucional, comprende el derecho a desafiliarse si se encontrare afiliado a algún sindicato. Dicho de otro modo, nadie puede ser obligado a sindicarse ni a permanecer obligatoriamente en una organización sindical.

La disposición constitucional del artículo 19 número 19 también es expresión de la libertad sindical, en el sentido que dispone que las organizaciones sindicales adquieran personalidad jurídica por el hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma que determine la ley.

Adicionalmente, y como parte del derecho fundamental a la libertad sindical la norma constitucional chilena reconoce el derecho a negociar colectivamente como un derecho cuya titularidad corresponde a los trabajadores, así el artículo 19 número 16, inciso quinto, de la Constitución, señala:

"La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos

¹ Ugarte Cataldo, José Luis, "Libertad Sindical y Constitución de 1980: Cómo superar una vieja lectura", publicado en Revista Laboral Chilena, agosto, 2000. p. 69 y 70.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.”.

Además, el texto constitucional consagra el derecho a huelga que es también expresión de la libertad sindical y se refiere a este derecho fundamental en el artículo 19 Nº16 inciso final, del modo siguiente:

“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 sujetos a la prohibición que establece este inciso;”

El derecho a huelga y su particular consagración en el texto constitucional chileno será tratado en la segunda parte de este informe, por lo que en esta sección sólo se lo menciona como parte del derecho fundamental a la libertad sindical y se hace presente que su reconocimiento y garantía es también parte de la Constitución vigente.

El tratamiento dado al principio de libertad sindical en la Constitución chilena, implica que los sindicatos pueden utilizar los dos instrumentos básicos de que disponen: la negociación colectiva y la huelga, con las limitaciones que la propia Constitución y la Ley establecen.

La regulación que impone la Constitución Política de la libertad sindical también se relaciona con los principios y normas referidos al derecho fundamental de asociación, en cuanto son expresión del principio de la libertad sindical, ya que al ser la negociación colectiva y la sindicación derechos que se ejercen colectivamente entre más de un titular de derechos fundamentales, se vinculan con los fundamentos del derecho de asociación. En las secciones dedicadas a la libertad de asociación, existe una referencia indirecta al derecho fundamental y al principio de libertad sindical, tal como es tratado particularmente en el artículo 19 número 15, incisos 1 a 4 inclusive, de la Constitución que dice lo siguiente:

“El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohibíense las asociaciones contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del Estado.”

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha entendido la dimensión colectiva del derecho de asociación de la siguiente manera:

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

*"Este derecho comprende tanto la concurrencia con otras personas en la constitución de asociaciones nuevas, como el ingreso en las ya existentes, la libre determinación de su organización, de sus reglas de funcionamiento, de los derechos y deberes de los socios y el desarrollo de la actividad asociativa sin interferencias de ningún tipo por parte de los poderes públicos, tanto en su ámbito interno como en las relaciones de la asociación con otras personas, cualquiera que sea su clase" (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique (1996), *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 41 148). Ahora bien, hay que destacar en esta causa específicamente su dimensión colectiva. "La dimensión colectiva del derecho comprende la facultad de autogobierno de la asociación y, en virtud de ella, la agrupación puede dictar normas internas y elegir su forma de conducción y representación" (GARCÍA y CONTRERAS (2014), *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N °55, p. 334)."²*

La consagración constitucional del derecho a asociarse en Chile aplicado al contexto y esfera particular de la sindicación (o del ejercicio del derecho fundamental de asociación en sindicatos), y en su referencia indirecta a esta libertad, implica que ésta siempre puede ejercerse con tal que tenga fines lícitos, y refuerza la idea que el derecho a sindicarse (o asociarse en sindicatos) es un derecho reconocido internacionalmente que tiene la forma de un derecho humano.³ Se reconoce así que las organizaciones sindicales son una forma de manifestación del derecho de asociación actualizándolo, y del derecho de sindicalización según se dispone en el artículo 19 número 19 de la Constitución ya citado.

Las normas y principios generales del derecho constitucional chileno que se han citado exigen, por el principio de reserva legal, que sólo en virtud de una ley se pueden regular las materias básicas relativas al régimen jurídico sindical. Estas incluyen el derecho de sindicarse, la libertad de asociación con uno o más sindicatos, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, siendo todas materias que requieren de una ley para justificar su afectación.

La ley puede establecer los casos y la forma en que los trabajadores pueden hacer uso de estos derechos. La Constitución también consagra la afiliación sindical y se la considera como siempre voluntaria, por lo que la Constitución reconoce el principio de la "libertad sindical positiva y negativa". En síntesis, el concepto de la libertad sindical positiva, faculta al trabajador para constituir sindicatos y afiliarse a los mismos, y la libertad sindical negativa faculta al trabajador a no afiliarse a sindicato alguno, a renunciar a un sindicato o asociación a la que pertenezca según su voluntad y a no ser presionado de ningún modo ni por persona alguna para los efectos de su afiliación.

Es importante tener presente además en lo que se refiere a la libertad sindical y su reconocimiento constitucional en Chile, que toda su regulación legal está limitada por la así llamada "garantía de las garantías" o "límite de los límites", que es la obligación de no afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta limitación se traduce en que cualesquiera que sea el régimen legal que regule o limite aquella libertad, este no puede afectar el derecho a la libertad sindical en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, según dispone el artículo 19 número 26 de la Constitución que establece:

² Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 2626-2014, de fecha 12 de febrero de 2014, considerando 15..

³ Walker Errazuriz, Francisco "Derecho de las relaciones laborales". Santiago, Editorial Universitaria 2003. p. 451.

"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

En cuanto a la jurisprudencia constitucional relacionada con estas normas, nuestro Tribunal Constitucional, ha resuelto que un derecho es afectado en su esencia: "cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"⁴. Otro principio importante es el de la "*interpretación de las leyes conforme a la Constitución*", según el cual ante dos interpretaciones de un precepto legal el intérprete debe optar por la que se ajuste más a la Constitución.

Teniendo presentes estos principios es que el profesor José Luis Cea, establece que existen normas que dirigen la labor del intérprete, como el artículo 19 número 26 de la Constitución, que impone el respeto por la esencia de los derechos. Este autor indica que, para conocer la esencia de un derecho constitucional, es necesario examinar su texto, a fin de determinar si sólo lo menciona o si, por el contrario, la Constitución contempla el núcleo del derecho o libertad de que se trate. Si la normativa constitucional comprende el núcleo del derecho o libertad reconocido, éste debe ser interpretado para fijar su sentido, en forma extensiva respecto de su titular y restrictiva respecto de la autoridad legislativa que lo regula, complementa, limita o restringe⁵. Estas normas y principios constitucionales son de carácter taxativo en nuestra Carta Fundamental, sin embargo, existen algunas normas de carácter constitucional que corresponde tenerlas por incorporadas como parte de nuestro derecho. Estos son los tratados internacionales que por efecto del "bloque de constitucionalidad" integran las normas de la Constitución de acuerdo con lo que dispone el artículo 5º inciso segundo:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

La idea de bloque constitucional, es la existencia de normativa de carácter internacional, como lo son los tratados internacionales, que gracias a la aplicación del artículo 5 de la Constitución, se equiparan a la normativa constitucional en cuanto a su aplicación y deben interpretarse en una interface o vinculación normativa junto con ésta. Por ello el país al ratificar un tratado que sea de aquellos que tratan derechos fundamentales referidos en el artículo 5, debe salvaguardar, garantizar y promover dicha normativa, aceptando la idea de la inconstitucionalidad de aquellas normas internas que le son contrarias una vez que estas son impugnadas y así lo declara el órgano jurisdiccional competente. Además se obliga a

⁴ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 43-1987, de fecha 24 de febrero de 1987, considerando 21.

⁵ Cea Egaña, José Luis, "Tratado de la Constitución de 1980". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1988. p. 295 y siguientes.

interpretar el alcance normativo de la Carta Fundamental de acuerdo al contenido de las disposiciones de dichos tratados. En tal sentido se distingue del control de convencionalidad que sólo implica considerar el texto de los tratados para declarar la invalidez de una norma interna. En cambio, en el caso del “bloque de constitucionalidad” el interprete se obliga a considerar las disposiciones de los tratados en conjunto con las normas y principios de orden constitucional que le son afines.⁶

En relación con los tratados internacionales que se refieren a derechos fundamentales y que deben considerarse de acuerdo con la idea de bloque de constitucionalidad en esta materia podemos mencionar, de forma meramente enunciativa, los siguientes tratados sobre libertad sindical que han sido ratificados por Chile y que contienen referencias directas a este derecho fundamental:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, especialmente en su artículo 8.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 22.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”, de 1969 en su artículo 16.
- El Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación.
- El Convenio 98 de la OIT, sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.
- El Convenio 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

En consecuencia, al revisar las distintas formas en que nuestra Constitución consagra la libertad sindical, podemos concluir que esta es multiforme y que comprende al menos las disposiciones constitucionales del artículo 19 número 15, 16 y 19 y que considerando el concepto de bloque de constitucionalidad debe considerar además el artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante indistintamente denominado el Pacto. El Pacto en su artículo 8 consagra la libertad sindical del modo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;*
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*

⁶ Ruiz-Tagle, Pablo “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución Chilena del Bicentenario” publicado en Bordali, Andrés (coordinador), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago, Editorial Lexis 2006, p. 69-128.

d) El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías".

La consagración del principio de libertad sindical, tal como lo expresa el artículo 8 del Pacto, abarca todo lo relativo a la práctica de fundar y afiliarse a sindicatos. Esta disposición también vincula la libertad sindical con el derecho fundamental a la libertad de asociación, que como vimos anteriormente, en Chile son en ambos casos derechos fundamentales, junto con el derecho de huelga. Además, el número 2 del artículo 8 del Pacto permite por excepción, imponer restricciones a los derechos fundamentales vinculados a la libertad sindical exclusivamente en los casos que menciona⁷. Adicionalmente, el artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se debe integrar con las normas de la Carta Fundamental, particularmente con los artículos 5, 19 números 15, 16 y 19, y en virtud del artículo 5 de la Constitución vincularse hasta formar un “bloque de constitucionalidad”, lo que en materia de libertad sindical, incluye una vinculación con diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a sindicarse, la negociación colectiva y el derecho a huelga, materias que explicaremos con más detalle en otras secciones de este informe.

La doctrina constitucional chilena y el contenido de la libertad sindical.

La doctrina constitucional chilena ha expresado diversas opiniones respecto de la libertad sindical, al dar cuenta del complejo subsistema de normas y disposiciones constitucionales en que se expresa dicho principio. Por ejemplo, Emilio Pfeffer, ha explicado que en cuanto al derecho de sindicación, una de sus características es el principio de la libre afiliación, corolario de la normativa general establecida en el artículo 19 número 15 (sobre libertad de asociación) y del artículo 19 número 16º inciso cuarto (que prohíbe a la ley o autoridad pública exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni menos puede exigirse la desafiliación para mantenerse en éstos)⁸.

Se desprende de la opinión del profesor Pfeffer, que en concordancia con las normas de la OIT, la libertad de afiliarse o no a un sindicato es un derecho fundamental cuya titularidad corresponde a los trabajadores de Chile y que el ejercicio de constituir organizaciones que agrupen trabajadores de centros de trabajo y localidades diferentes, se relaciona con la libertad

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 20º período de sesiones. Ginebra, 26 de abril al 14 de mayo de 1999. Tema 7 del programa Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°12 (20º período de sesiones, 1999).

⁸ Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Manual de Derecho Constitucional”. Santiago. Editorial Cono Sur 1987, p. 404.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

de asociación. Es importante tener en cuenta que el sindicato es una asociación que el propio Diccionario de Real Academia de la Lengua Española define en su sentido natural y obvio en su primera acepción como:

“Asociación de trabajadores constituida para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos o sociales de sus miembros.”⁹

En la misma línea de lo planteado por Emilio Pfeffer, en la obra colectiva de Mario Verdugo, Humberto Nogueira y del mismo profesor Pfeffer se argumenta que, aunque la negociación colectiva es un derecho constitucional, la ley puede establecer los casos en que no se permite negociar. Además, los tres profesores de derecho constitucional precisan que los elementos que configuran esta garantía a nivel constitucional tienen una jerarquía o remisión legal (en cuanto a sus modalidades, procedimientos y arbitraje obligatorio), lo que impide que una norma exclusivamente con jerarquía reglamentaria pueda regular estas modalidades y procedimientos¹⁰. En relación con las atribuciones del legislador el profesor Mario Verdugo et al, argumentan que la ley no puede afectar en su esencia la garantía constitucional de negociar colectivamente, porque la titularidad de este derecho fundamental está entregada a los trabajadores.¹¹

Otros autores, como Enrique Evans, explican que el derecho de asociación sindical debe ejercerse en la forma que indique el legislador porque en su opinión, el ejercicio de este derecho está remitido por entero a la ley respectiva. Según el profesor Evans la única garantía que se basta a sí misma en el orden constitucional laboral, es la relativa a la adquisición de la personalidad jurídica por el registro de los estatutos y actas constitutivas del sindicato¹². Por tanto, según este autor no existe una real limitación constitucional a la sindicalización, porque la Constitución en el ámbito laboral es flexible al permitir que sea una ley la que determine dicha forma de organización.¹³ El profesor Evans, también agrega que debe entenderse garantizada la autonomía sindical en relación a las organizaciones o entidades que no tengan por objeto exclusivo asociar trabajadores o sindicatos, porque el mandato constitucional permite la existencia de federaciones y confederaciones sindicales.¹⁴

Por su parte, Germán Urzúa precisa que en materia de libertad sindical y en cuanto a su tratamiento en la Constitución, la autonomía de las organizaciones sindicales que debe garantizar la ley de acuerdo con el artículo 19 número 19º inciso tercero de la Constitución, debe entenderse respecto de su relación con los empresarios, las autoridades y el Estado¹⁵.

⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española (2001) 21 edición, Tomo II, p.2069.

¹⁰ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, “Derecho Constitucional Tomo I”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1994, p.284.

¹¹ Ibídem.

¹² Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”. Santiago Editorial Jurídica de Chile 1999, tomo III, p.101.

¹³ Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales. Santiago Editorial Jurídica de Chile 1999, tomo III, p.166.

¹⁴ Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”. Santiago Editorial Jurídica de Chile 1999, tomo III, p.101.

¹⁵ Urzúa Valenzuela, Germán, “Manual de Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1991,p. 202.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

La doctrina chilena ha buscado integrar las normas constitucionales con las normas y principios que emanan de los tratados internacionales que se refieren a estos derechos fundamentales, y algunos autores han definido la libertad sindical 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 tendentes a la defensa y promoción de intereses que le son propios en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga.”¹⁶

De la definición de libertad sindical antes citada se desprende que su consagración como derecho fundamental, en su doble faz de derecho constitucional y derecho humano, tiene una aplicación distinta en comparación a otros derechos fundamentales, ya que como parte de dicho principio¹⁷, existen facultades que pueden ser ejercidas de forma individual, que coexisten con otras que tienen una titularidad y una forma jurídica colectiva,¹⁸ a diferencia de otros derechos que solo pueden ser ejercidos individualmente.

Del mismo modo, la inclusión de la libertad sindical en los instrumentos sobre derechos humanos se produce en medio de una transformación profunda del concepto de derecho fundamental¹⁹, cuyo centro se encuentra en la propia libertad sindical y en otros derechos relacionados con el trabajo. Esta nueva forma de reconocimiento del principio de libertad sindical está intimamente relacionada con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y con la aceptación de derechos cuyo titular no es el individuo, sino que un conjunto o pluralidad de personas. Por consiguiente, la concepción de la libertad sindical en la doctrina laboral chilena no se limita al aspecto individual, como lo son constituir un sindicato y afiliarse a éste por un determinado trabajador, sino que también implica el derecho o la garantía tutelar de promover las expresiones de carácter colectivo que son propias a la libertad sindical, tales como el reconocimiento y garantía en carácter de derecho fundamental del ejercicio del derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga. Ambos derechos conforman uno solo ya que por su naturaleza solo pueden ser ejercidos por un grupo de trabajadores o por un conjunto de personas, esto es, por un titular colectivo.

También lo han entendido así nuestros tribunales superiores de justicia, señalando que el entendimiento legal de la libertad sindical debe:

“(...) ajustarse al derecho fundamental contemplado en los numerales 16 y 19 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que no es posible concebir este derecho de manera autónoma a su contenido constitucional. En este aspecto, la libertad sindical no puede entenderse sólo desde su punto de vista organizacional sino también funcional, es

¹⁶ Caamaño Rojo, Eduardo “El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva” Revista de la Universidad Católica de Valparaíso N°30 Primer semestre 2008, p. 265.

¹⁷ Caamaño Rojo, Eduardo “La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical” Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006, p. 77.

¹⁸ Walker Francisco, “Derecho de las Relaciones Laborales”. Santiago, Editorial Universitaria 2003, p. 455.

¹⁹ Caamaño Rojo, Eduardo “La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical” Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006, p. 80.

decir, el núcleo de este derecho está referido a la faz orgánica, el Sindicato, y su faz funcional, la negociación. Luego no es posible entender separadamente el aludido derecho.

En el plano doctrinal, el autor uruguayo Ermida Uriarte (1992) señala que la libertad sindical es una "libertad compleja, que no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos, y puede ser sistematizada en torno a no menos de tres variables, a saber: la titularidad de la libertad sindical, su contenido y el sujeto pasivo de las mismas. Así, en atención a la titularidad de los diversos derechos sindicales se distinguen una dimensión individual y una dimensión colectiva de la libertad sindical. Si se considera el contenido de estos mismos derechos y esta es la variable principal a nuestros efectos en estos momentos pueden también percibirse unos derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo, como el derecho a afiliarse a un Sindicato, o el derecho de constituir, con otros, una nueva organización, y una dirigida al derecho al ejercicio de actividad sindical, derechos de actividad, tales como el de negociación colectiva, huelga, uso de carteleras y, en general, militancia y proselitismo. Y cuando se enfoca, en cambio, el sujeto pasivo de la libertad sindical, esto es, cuando se analiza ante quien se ejerce cada uno de los derechos sindicales, puede hablarse de libertad sindical ante el Estado, ante los empleadores y ante las propias organizaciones sindicales". En esta misma línea, los autores españoles Palomeque y Álvarez, (Derecho del Trabajo, año 2010) expresan que la libertad sindical está conformada 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 le son atribuidas para la defensa de los intereses de los trabajadores".

3º. Que, en el plano legal, el Código del Trabajo, desarrollando el contenido de la faz funcional señala en el artículo 220 Nº 2 de dicho cuerpo legal, que el Sindicato tiene como fin principal, "Representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados. No será necesario requerimiento de los afectados para que los representen en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos del trabajo...". Como se colige de la norma anterior, la representación sindical se proyecta a la faz funcional en cuanto el Sindicato debe velar por la eficacia de los acuerdos que resultan del proceso negociador que se encuentra amparado además en el artículo 19 Nº 16 de la Carta Fundamental.²⁰

Así forman parte del contenido esencial del derecho o principio de libertad sindical, el derecho de sindicación en su aspecto orgánico o constitutivo que incluye el derecho a que los trabajadores se organicen como sindicato y el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, mediante su acción reivindicativa y participativa, lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y el derecho huelga y así este último derecho se entiende en su faz funcional²¹. Al considerar estas nociones con su forma de protección y garantía en el texto de la Constitución chilena vigente su aprecia una fragmentación. Esta fragmentación de la libertad sindical ha sido criticada por el profesor

²⁰ Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 197-2015, de fecha 21 de septiembre de 2015.

²¹ Caamaño Rojo, Eduardo "La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical" Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006, p. 85.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Francisco Tapia, que da cuenta que si bien la libertad sindical es un derecho que nuestra Constitución ha tratado separadamente de la negociación colectiva y del derecho a huelga, en esta disposición del derecho positivo chileno que separa estas garantías, que son expresión del mismo principio de libertad sindical, puede incluso llegar en la práctica a entenderse de un modo erróneo y afectarse la esencia de este derecho fundamental por dicho tratamiento separado.²²

La legislación de nuestro país ha asumido una concepción restrictiva²³ de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que se ha traducido en una exclusión de su ámbito funcional, porque en el derecho positivo chileno se restringe el ejercicio de la actividad sindical por una mal entendida defensa de los intereses colectivos de los trabajadores. La legislación chilena pone el acento en las facultades de constituir, organizarse y afiliarse con libertad a un sindicato, mas no presta mayor atención al desarrollo y sustentabilidad de estas mismas libertades en el contexto de la empresa. Esto se refleja en el Código del Trabajo, en adelante denominado indistintamente CT, que establece un sistema inorgánico²⁴ para el tratamiento normativo de las conductas atentatorias de la libertad sindical. También se refleja en una regulación dual de las prácticas desleales, separando, por un lado, las denominadas prácticas antisindicales generales (artículos 289 a 294 bis del CT), de aquellas referidas específicamente al proceso de negociación colectiva. En la legislación chilena las prácticas anti sindicales generales son definidas como aquellas acciones que atentan contra la libertad sindical (artículo 289 inciso 1 del CT) y se diferencia de las prácticas desleales que inciden en la negociación colectiva (artículos 387 a 390 bis del CT), las que se pueden conceptualizar como las acciones que entorpecen la negociación colectiva y sus procedimientos (artículo 387 inciso 1 del CT).

Sin perjuicio de lo anterior, es de notar que el artículo 215 del CT consagra una norma amplia de tutela de la libertad sindical al prescribir que:

"No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales".

Pero en términos generales, como se desprende de la lectura de la disposición transcrita, el enfoque de la norma protectora del CT se circunscribe básicamente al aspecto orgánico de la libertad sindical y prohíbe, en general, los actos de discriminación sindical en términos similares a los previstos por los artículos 1 y 2 del Convenio número 98 de la OIT.

Por eso, si bien actualmente en Chile tenemos limitaciones a la libertad sindical, estas radican de modo principal en las disposiciones que rigen el Código del Trabajo, tal como lo ha establecido la Comisión para la Aplicación del Convenio número 98 de la OIT.²⁵ Para que

²² Varios autores "Negociación Colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible". División de Estudios de la Dirección del Trabajo. Edición 2009, p.151.

²³ Ugarte Cataldo, José Luis, "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores" Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales Informe 2010 p.385.

²⁴ Caamaño Rojo, Eduardo "La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical" Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006,, p. 82.

²⁵ Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad

nuestro país cumpla los estándares internacionales y además pueda dar cumplimiento al deber del Estado de Chile de promover y dar eficacia a las garantías fundamentales, dotándolas de adecuados mecanismos de tutela, son necesarias las modificaciones del CT para permitir que se puedan ejercer en su esencia también a nivel de la legislación vigente en Chile los derechos vinculados al principio de la libertad sindical.

Con las modificaciones de las normas de derecho interno chileno a las disposiciones del Convenio número 98 se podría asegurar en nuestro país una libertad sindical tanto en su aspecto individual (faz orgánica) como colectiva (faz funcional),²⁶ y se podría garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores y promover una nueva forma de dar solución a los conflictos que sea más adecuada a la realidad actual. Todo lo anterior puede ser objeto de nuevas propuestas legislativas sin perjuicio que existan limitaciones impuestas respecto del principio de libertad sindical que se imponen en los mandatos y normas de la Constitución, a pesar que las disposiciones de la Carta Fundamental no son directamente contrarias a los Tratados Internacionales o los documentos de ejecución de los mismos, como se desprende de lo dispuesto en el número 2 del artículo 8 del Pacto, que permite que estos derechos fundamentales puedan ser limitados. En todas estas limitaciones y formas de afectación, la propia Constitución chilena impone siempre un límite de proporcionalidad a las normas de afectación que impide que se infrinja el artículo 19 número 26 de la Constitución, que prohíbe afectar el contenido esencial del principio y derecho fundamental de la libertad sindical.

Como puede apreciarse, existe una amplia gama de opiniones en materia de doctrina constitucional chilena sobre la forma de interpretar la libertad sindical, pero en todos los casos se reconoce que nuestro país garantiza este principio y se lo vincula a diversos derechos fundamentales que se contienen tratados en forma directa en nuestra Carta Fundamental.

La libertad sindical y la negociación colectiva.

Como ya se ha explicado, un aspecto central de la libertad sindical es la negociación colectiva y la Constitución chilena vigente en su artículo 19 N°16 inciso 5 dice a este respecto lo siguiente:

"La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella."

Asimismo, por aplicación del artículo 5 de la Constitución se consagran también en el derecho positivo chileno algunos de los principios y las normas de la negociación colectiva establecidas en los tratados internacionales. A este respecto conviene tener presente en

social anunciadas en el Progama de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014, p37-.38.

²⁶Caamaño Rojo, Eduardo "La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical" Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006, p. 85.

particular, el artículo 2 del Convenio número 154 de la OIT, de fecha 19 de junio de 1981²⁷, el cual definió la negociación colectiva y dice:

"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."

Estas normas vigentes del Convenio 154 de la OIT que regulan la negociación colectiva se refieren a este derecho fundamental de un modo más directo y más amplio que la Constitución chilena vigente, garantizando y fijando su contenido²⁸. Este derecho a la negociación colectiva se vincula a la dignidad de la persona en el trabajo, y se lo considera como un instrumento fundamental para la obtención del bienestar y la mejora de la calidad de trabajo y de vida de los trabajadores y la comunidad, como también un medio para la armonización de intereses entre el capital y el trabajo. Adicionalmente, el soporte normativo del derecho fundamental de la negociación colectiva sirve para la mejor defensa y el ejercicio de su protección y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores y como componente imprescindible de la libertad sindical.²⁹

Por eso, la doctrina laboral chilena ha definido el concepto de negociación colectiva, según³⁰ dos perspectivas, una amplia y la otra más restrictiva. Desde una perspectiva amplia, se define la negociación colectiva como:

*"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."*³¹

Frente al concepto anterior, existe uno más restringido, que circunscribe la negociación colectiva:

²⁷ Caamaño Rojo, Eduardo et al "A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales.

²⁸ Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anunciatas en el Programa de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014. p.16-17.

²⁹ Obrador, Roberto et al "Sindicato y negociación colectiva" Consejo Asesor Presidencial, Trabajo y Equidad, 2008 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile p. 23 y ss.

³⁰ Walker Errazuriz, Francisco "Derecho de las relaciones laborales". Santiago, Editorial Universitaria 2003, pág. 559.

³¹ Ibídem.

“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.”³²

Esta noción más restringida de negociación colectiva es la que parece coincidir mejor con lo dispuesto por nuestra Constitución en el artículo 19 número 16, pero se advierte que la interpretación de la doctrina laboralista chilena sobre este artículo no ha sido pacífica. Algunos autores han criticado la noción restrictiva que consagra la Constitución porque restringe derechos fundamentales tan importantes como la negociación colectiva. Ello porque sin perjuicio de reconocer el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, hace una directa remisión a la ley. Dicha remisión al legislador, se hace tanto en lo que se refiere a las inhabilidades para ejercer el derecho fundamental a la negociación colectiva como a sus modalidades y procedimientos.³³ Otros autores opinan que el texto constitucional hace un reconocimiento amplio del derecho a la negociación colectiva, pero remite a la ley su regulación, especialmente en lo referido a imponer restricciones y adoptar normas sobre trabajadores inhabilitados para negociar, lo que en el fondo no generaría ningún problema en cuanto a la consagración constitucional de dicho derecho, porque se encontraría de todas formas protegido y garantizado en la Carta Fundamental³⁴.

Incluso algunos autores han expresado que al reconocer la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores, la Constitución supera una visión meramente monista del Derecho Laboral y admite un pluralismo metodológico que valida la intervención de fuerzas sociales en la creación de fuentes autónomas de producción del derecho, en este caso al entregar al propio trabajador una facultad en el ámbito de su relación laboral colectiva³⁵.

Por otra parte nuestros Tribunales Superiores de Justicia indican que el elemento constitutivo del derecho fundamental de negociación colectiva es la relación laboral, es decir, sin la existencia de una relación laboral no puede existir este derecho fundamental, según fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema³⁶:

“Que, en consecuencia, las resoluciones N°s 114 de 20 de septiembre de 1994 y 120 de 6 de octubre del mismo año, del Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Santiago, en cuanto exigen a la empresa recurrente cumplir estrictamente con las normas del artículo 329 del Código del Trabajo, bajo apercibimiento de aplicársele multas y de tener por aceptado el proyecto de contrato colectivo, cuya copia rola a fojas 2, por estimar que se ha iniciado en forma legal un proceso de negociación colectiva, vulneran, en forma especial, la garantía contemplada en el artículo 19 N° 16 de la Carta

³² Ibidem.

³³ Tapia Guerrero, Francisco “El Reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva en “NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CHILE. LA DEBILIDAD DE UN DERECHO IMPRESCINDIBLE”. División de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, Edición 2009, p.156.

³⁴ Thayer, William, y Novoa, Patricio “Manual de Derecho Laboral” Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p. 355.

³⁵ Caamaño Rojo, Eduardo et al “A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales.

³⁶ Corte Suprema, 7 de junio de 1995, R.G.J. N° 180, pág. 132.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Fundamental, que protege la libertad de trabajo, en su expresión de libertad de contratación, puesto que el órgano fiscalizador obliga a la empresa recurrente a pactar un contrato colectivo de trabajo con personas respecto de las cuales no se ha logrado acreditar, en un procedimiento legalmente adecuado, el respectivo vínculo de dependencia, consustancial al proceso aludido;(...)"

Asimismo, sin perjuicio que la Constitución remite a la ley la regulación de la forma, modalidades y de las personas que se verán afectadas por la negociación colectiva, otorga flexibilidad para que puedan modificarse sus normas conforme a la realidad. También es de considerar la posible diversificación de los criterios que han sido validados por nuestra legislación en materia de negociación colectiva de acuerdo con lo que disponen los Tratados Internacionales y sus Convenios de aplicación respectivos.

Lo anterior permite afirmar que la negociación colectiva se alza en nuestro ordenamiento jurídico nacional como una facultad del trabajador que se funda en una fuente primaria del Derecho Laboral³⁷, porque radica su poder normativo en la propia Constitución y porque puede justificar la generación de normas jurídicas de forma autónoma. Sin embargo, la remisión que ha hecho la Constitución al legislador para regular por ley las materias de la negociación colectiva es lo que ha generado la crítica de algunos autores laboralistas³⁸. Esta crítica está principalmente enfocada a la reforma del Código de Trabajo para que la negociación colectiva sea verdadera expresión de la libertad sindical y no se vea limitada por la compleja fragmentación y formulación indirecta con que aparece en las disposiciones constitucionales y que se ha reflejado en la legislación vigente en Chile.

No obstante lo anterior, la propuesta sigue el criterio de la noción restringida de la negociación colectiva, el cual es, como hemos señalado, el criterio acogido por nuestra Constitución. La nueva norma propuesta en el Proyecto definiría la negociación colectiva en su artículo 303³⁹ de la siguiente manera:

“aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro.”

De esta forma, a pesar de las críticas, el Proyecto de Reforma Laboral ha querido mantener el criterio de nuestra Constitución en cuanto a la noción de negociación colectiva, pero modificando otras normas para incentivar la libertad sindical, de conformidad a las críticas hechas a normas del derecho chileno, particularmente algunas disposiciones legales, por la

³⁷ Caamaño Rojo, Eduardo “La negociación colectiva del derecho del trabajo. Análisis comparado y según estándares OIT”.

³⁸ Caamaño Rojo, Eduardo et al “A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio Nº 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales.

³⁹ Ver artículo 303 del número 28 del artículo 1 del Boletín Nº 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.⁴⁰ Los expertos que han estudiado el derecho chileno han solicitado la derogación de algunas de sus normas o al menos su adecuación a la normativa vigente que se expresa en los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile.

Las materias en que se han centrado las observaciones y críticas del derecho chileno se refieren a la determinación de los sujetos que tienen derecho a negociar colectivamente, la cobertura de la negociación colectiva, y si esta alcanza a todos los trabajadores, con las excepciones que determine la ley. Finalmente, también se refieren a las modificaciones y cambios propuestos al contenido de la negociación colectiva, en cuanto a si los convenios regulan estrictamente las materias de la relación contractual o bien otras materias, atendiendo a determinar qué regula la negociación colectiva como convenio entre los trabajadores y el empleador. Estas tres materias las trataremos en forma separada en los párrafos siguientes.

Los sujetos de la negociación colectiva.

Tal como se dijo anteriormente, la negociación colectiva al ser un derecho ejercido por un grupo de personas, requiere de un medio para poder ejercerse, y en esta materia debemos hacer referencia a los principios de sindicalización consagrados en el artículo 19 número 19, el derecho de asociación en el 19 número 15, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga del artículo 19 número 16 de la Constitución. Un elemento clave para el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva consiste en determinar la unidad de negociación o el sujeto activo de la misma.

El artículo 19 número 16, inciso 5 de la Constitución reconoce a los trabajadores en la empresa que trabajan el derecho de negociar colectivamente. Por tanto, salvo las limitaciones establecidas por la ley, ningún trabajador debiese estar limitado a poder ejercer este derecho. Sin embargo, el mandato constitucional no define qué es la negociación colectiva y entrega su regulación a la ley. Por su parte el artículo 303 del CT define a la negociación colectiva del modo siguiente:

"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."

Por tanto, en Chile es la ley vigente quien determina qué se define como unidad de negociación, siendo en la parte de los trabajadores *una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros*. En relación con el campo de acción del derecho a negociar colectivamente el profesor Sergio Gamonal ha criticado la definición que entrega la ley de negociación colectiva, ya que considera que el artículo 303 antes citado, es una de las normas más controvertidas del derecho chileno ya que esta norma equipara a sindicatos y a grupos negociadores de trabajadores reunidos para el sólo efecto de

⁴⁰ Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anuncias en el Programa de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014., p.15 y siguientes.

negociar colectivamente como sujetos intervenientes de la negociación colectiva. Esta crítica expresada por Sergio Gamonal se manifiesta también en el artículo 315 del CT que dispone lo siguiente:

*"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."*⁴¹

Adicionalmente Sergio Gamonal establece una precisión respecto del art. 303 señalando que:

*"el derecho de sindicalización comprende las formas de organización en grado superior, es decir, cuando a partir de un sindicato base se ejerce la autonomía colectiva ordenada a la constitución de organizaciones de grado superior."*⁴²

Por tanto, de acuerdo con la Constitución chilena vigente la unidad de los derechos fundamentales de asociación, sindicación y negociación colectiva tiene su base en la autonomía colectiva de la parte trabajadora y empleadora en el contexto de la empresa, es decir en la voluntad de los trabajadores de agruparse primero en uno o más sindicatos; y segundo en uno o más grupos negociadores de manera alternativa a las organizaciones sindicales.

Ahora bien en relación a la propuesta⁴³, se puede observar en el concepto de negociación colectiva ya citado, que viene a modificar los sujetos de esta negociación y señala que dichos sujetos son *una o más organizaciones sindicales* por la parte de los trabajadores, y *uno o más empleadores* por la parte empleadora, estableciendo que los sujetos de la negociación colectiva en la empresa son los sindicatos de empresa, de establecimiento o interempresa que cumplan con los quórum de constitución establecidos en el artículo 227 del CT. De este modo se elimina, la coexistencia de los sindicatos y grupos negociadores en el procedimiento de negociación colectiva, entregándole titularidad sindical a las organizaciones sindicales, siendo éstas los sujetos principales por parte de los trabajadores en la negociación colectiva en la empresa. Materia que se estudiará en el párrafo siguiente.

La titularidad sindical y los grupos negociadores en la negociación colectiva.

Tal como se ha expresado, la Constitución funda la libertad sindical en el artículo 19 número 19. Este artículo de la Constitución consagra expresamente la libertad de afiliarse o no a un sindicato y el derecho fundamental de la libertad de asociación, que también se consagra a nivel constitucional, admite la posibilidad que dentro de una empresa existan varios sindicatos, afiliándose cada persona a uno u otro según sus intereses como trabajadores. La libertad sindical puede ser afectada cada vez que el trabajador esté obligado a pertenecer al sindicato, porque la Constitución consagra la voluntariedad en la afiliación y constitución sindical, que es expresión de la libertad sindical positiva, como también garantiza la libertad en cuanto a la desafiliación sindical o el principio de la libertad sindical negativa. Nuestra legislación laboral chilena tiene

⁴¹ Gamonal Contreras, Sergio "Derecho Colectivo del Trabajo". Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, p. 242.

⁴² Gamonal Contreras, Sergio "Manual de Trabajo" Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, p.268.

⁴³ Ver artículo 303 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

la ventaja de que existe un amplio derecho a estructurar la organización sindical según el juicio de conveniencia de los propios trabajadores, ya sea en varias organizaciones sindicales dentro de una empresa o en dos o más sindicatos en más de una empresa, como los sindicatos interempresa, y esa amplitud en cuanto a su constitución y funcionamiento es la verdadera garantía del contenido esencial del derecho fundamental a sindicarse, a la negociación colectiva y el derecho a huelga, que se expresa en el principio de libertad sindical en el ordenamiento jurídico chileno.

En relación a los sindicatos interempresa, actualmente el CT vigente establece en su artículo 334 y siguientes la presentación de proyectos de contrato colectivo hecha por otras organizaciones sindicales. El artículo 334 bis y 334 bis A señalan lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 303, el sindicato interempresa podrá presentar un proyecto de contrato colectivo de trabajo, en representación de sus afiliados y de los trabajadores que adhieran a él, a empleadores que ocupen trabajadores que sean socios de tal sindicato, el que estará, en su caso, facultado para suscribir los respectivos contratos colectivos.

Para efectuar esta presentación, se requerirá que lo haga en representación de un mínimo de cuatro trabajadores de cada empresa”

“Para el empleador será voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa. Su decisión negativa deberá manifestarla expresamente dentro del plazo de diez días hábiles después de notificado.

Si su decisión es negativa, los trabajadores de la empresa afiliados al sindicato interempresa podrán presentar proyectos de contrato colectivo conforme a las reglas generales de este Libro IV.

En este caso, los trabajadores deberán designar una comisión negociadora en los términos del artículo 326.

En todo caso, el o los delegados sindicales existentes en la empresa integrarán, por derecho propio, la comisión negociadora laboral.”

De esta forma, actualmente para que un sindicato interempresa negocie colectivamente con los empleadores de los trabajadores que se afilien a él, se requiere que concurra la voluntad de éstos de negociar con este sindicato. Si su decisión es negativa los trabajadores afiliados al sindicato interempresa deberán negociar colectivamente de acuerdo a las reglas generales.

Con la propuesta del Proyecto ⁴⁴ se quiere modificar esto y se establece que el empleador estará obligado a negociar colectivamente con el sindicato interempresa. Este sindicato puede negociar de conformidad a las reglas de la negociación colectiva reglada, sin perjuicio de poder negociar conforme a la negociación colectiva no reglada. Sin embargo, para negociar colectivamente el sindicato interempresa debe cumplir con los quórum de constitución establecidos en el artículo 227 del CT. De esta manera, se reconoce el derecho del sindicato interempresa a negociar en la empresa en que tenga un número de afiliados equivalentes al que se exige al sindicato de empresa para negociar en ella (esta representación debe corresponder sólo a trabajadores de la empresa en la que negocia el sindicato).

⁴⁴ Ver artículo 362 y siguientes del número 28 del artículo I del Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Esta propuesta es otra forma de garantizar la titularidad sindical en la empresa, porque en este caso se reconoce la titularidad del sindicato interempresa que es también expresión de los derechos fundamentales de negociación colectiva reconocidos en el artículo 19 número 16 y del derecho a la sindicación del artículo 19 número 19 de la Carta fundamental chilena.

Lamentablemente, a partir del artículo 303 del CT vigente se ha producido en Chile un paralelismo organizacional y una fragmentación del ejercicio de la negociación colectiva al interior de una misma empresa, pues el mismo modelo expresado en la norma del artículo 303 permite constituir tantas organizaciones sindicales como sea que se reúnan los quórum mínimos para su constitución y porque los sindicatos pueden o deben funcionar con uno o más grupos negociadores paralelos.

La historia expresada en el mensaje de la Ley que dio origen al artículo 303 del CT pretendió reconocer a las asociaciones sindicales como únicos titulares para pactar instrumentos colectivos de trabajo en su calidad de representantes permanentes de los trabajadores, y como tales, presentarlos como interlocutores válidos frente a los empleadores. Sin embargo, esta idea de darle titularidad a las asociaciones sindicales no prosperó porque se pensó que al entregar exclusividad al sindicato para negociar colectivamente podría implicar un grupo que no podría negociar y que no se podía obligar a los trabajadores a asociarse a un sindicato en circunstancias que la misma Constitución consagra la libertad de asociación.⁴⁵

En este tema se debe recalcar que la OIT, particularmente el Comité de Libertad Sindical, ha establecido reiteradas veces que la equiparación de los grupos negociadores con los sindicatos que reconoce la legislación chilena, implica la vulneración del principio de libertad sindical. Este incumplimiento por parte de Chile de los tratados internacionales en materia laboral se ha producido respecto de los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT, porque la norma del artículo 303 del CT supone un desconocimiento de los postulados esenciales de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.⁴⁶

Los sujetos de la negociación colectiva son los empleadores o sus organizaciones, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, sólo siendo admisible que en ausencia de tales organizaciones, se puedan reconocer como representantes de los trabajadores, grupos de negociación o interesados que celebren negociaciones colectivas.⁴⁷ Por tanto la posibilidad de que representantes de los trabajadores concluyan contratos colectivos, está condicionada a la existencia de sindicatos o de grupos negociadores de trabajadores, en ausencia de una o varias organizaciones sindicales representativas de trabajadores. Así se ha contemplado en la Recomendación 91 del Comité Sindical de la OIT que dispone que se aceptaran estos grupos negociadores de trabajadores siempre:

*“tomando en consideración los casos de los países donde las organizaciones sindicales no alcanzan un grado de desarrollo suficiente, y a fin de que los principios instituidos por la Recomendación pudieran aplicarse en esos países”.*⁴⁸

⁴⁵ Caamaño Rojo, Eduardo “La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical” Revista de Derecho Valdivia vol. XIX 2006, p. 101.

⁴⁶ Celhay Pablo B. y Diego Gil M. “Sindicalización y Negociación Colectiva en Chile” Santiago 2007 Informe de Apoyo para el Consejo Asesor Presidencial de Trabajo y Equidad, p. 47.

⁴⁷ Gernigon, Bernard et al “La negociación colectiva. Normas de la OIT y los principios de los órganos de control” Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 2000, p. 13.

⁴⁸ Citado en: Gernigon, Bernard et al “La negociación colectiva. Normas de la OIT y los principios de los órganos de control” Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 2000, p. 13.

El derecho fundamental de todos los trabajadores a negociar colectivamente se debe expresar en la negociación que realiza el sindicato, que en nuestro ordenamiento jurídico se constituye de acuerdo con los principios de libertad sindical. Sin embargo, el derecho fundamental a sindicarse en nuestra legislación se desincentiva debido a que los trabajadores no sindicalizados pueden también obtener beneficios de naturaleza colectiva en forma separada del sindicato, en forma directa en un grupo negociador con la parte empleadora, porque la Ley chilena así lo ha permitido⁴⁹.

La negociación directa entre los representantes de la empresa y sus trabajadores, incluso cuando no existan las organizaciones sindicales representativas e incluso cuando las mismas existen, va en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores.⁵⁰

Por eso es que el profesor Francisco Walker⁵¹ ha expresado que la tendencia moderna es que la organización sindical existente, o las organizaciones sindicales más representativas, en caso de pluralidad sindical, en cada nivel de la negociación que corresponda, sea quien represente a los trabajadores en la negociación colectiva. Por tanto el Comité de Libertad Sindical y la crítica realizada por algunos autores⁵² al derecho positivo chileno por su equiparación de los grupos negociadores con los sindicatos, como sujetos paralelos de la negociación colectiva, ha significado que se argumenten a su respecto muchas críticas en cuanto a la recomendación sobre los contratos colectivos que dispone el Convenio número 91 de la OIT de 1951. A este respecto, es de notar que el Comité Sindical de la OIT en sus recomendaciones, admite a los representantes de los trabajadores no organizados solamente para el caso de una empresa donde se pueda constatar la ausencia de sindicatos. Esta recomendación del Comité Sindical se ha expresado del modo siguiente:

"La Recomendación sobre los contratos colectivos (Nº 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."⁵³

⁴⁹ Varios autores "Negociación Colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible". División de Estudios de la Dirección del Trabajo. Edición 2009, p.70.

⁵⁰ OIT, "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT". Ginebra, 2006, párrafo 944.

⁵¹ Citado en: Caamaño Rojo, Eduardo et al "A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio Nº 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales.

⁵² Ugarte Cataldo, José Luis, "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores" Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales Santiago, Informe sobre Derechos Humanos, 2010, págs. 396 y 397.

⁵³ Ugarte Cataldo, José Luis, "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores" Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales Santiago, Informe sobre Derechos Humanos, 2010, p. 397.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Por eso, no es de extrañarse que en esta relevante materia que se relaciona con el sujeto o titular del derecho a la negociación colectiva en Chile, la doctrina laboral chilena se ha expresado con palabras críticas, tales como las del profesor Francisco Tapia que dice:

*"En la práctica, la existencia de grupos negociadores llevan a que por esta vía se tienda a impedir la formación del sindicato, desde que se promueven negociaciones-reales o aparentes- que sustituyen a la organización permanente."*⁵⁴

En el mismo sentido el profesor Sergio Gamonal, se ha manifestado en forma crítica respecto de los grupos negociadores de trabajadores que se reconocen en el derecho chileno para compararlos con la idea de coaliciones transitorias que dividen a los trabajadores e introducen prácticas desleales en la materia, y por eso los ha considerado como contrarios al principio de la libertad sindical y ha expresado:

*"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."*⁵⁵

En la legislación chilena existen incentivos a la afiliación sindical como lo es el reconocimiento y la existencia de un sistema de negociación colectiva reglada. Justamente el derecho exclusivo que otorga la ley a los sindicatos es un incentivo para favorecer la sindicalización, ya que solo los trabajadores afiliados que han ejercido su derecho a sindicarse podrán seguir los procedimientos de la negociación colectiva.

Sin embargo, la realidad del sujeto activo de la negociación colectiva en el derecho laboral chileno supone que muchas veces exista la colisión de dos o más derechos fundamentales, que son por una parte dar efectividad a la negociación colectiva y promoverla a través de los sindicatos, y por la otra, la libertad de asociación y libre afiliación sindical como corolario de la libertad del ser humano de poder elegir el ejercicio de su derecho.

De lo antes expuesto se puede concluir que la titularidad exclusiva del sindicato genera un problema constitucional aparente en lo relativo a la garantía de los derechos fundamentales, ya que debe conciliarse el respeto a las disposiciones de la Constitución y de los Tratados Internacionales. Especialmente deben conciliarse las normas y principios que regulan el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva que tiene radicada su titularidad en cada trabajador, esté o no sindicalizado, las normas que regulan el ejercicio del derecho fundamental a no ser objeto de una discriminación arbitraria, y las normas sobre la libre afiliación y desafiliación que consagra nuestra legislación positiva vigente.

En Chile no es necesario el prerequisito de estar sindicalizado, para ser titular del derecho fundamental de negociar colectivamente que asienta su legitimación en la misma normativa de

⁵⁴ Tapia, Francisco. "El modelo chileno de exclusión de los derechos sindicales: Crítica a las normas de negociación colectiva". (Revista de Derecho Laboral, N° 160, Uruguay, 2008) p. 9.

⁵⁵ Gamonal Sergio "Manual de Derecho del Trabajo". Santiago, Editorial Lexis 2002, pág. 260-261.

la Constitución vigente. De lo anterior se desprende que la titularidad del derecho fundamental a la negociación colectiva puede ser reconocida alternativamente a un grupo negociador de trabajadores en ausencia de un sindicato y con ello se puede al mismo tiempo resguardar el principio y el derecho fundamental a la libertad sindical.

Es por esto que el presente Proyecto de Reforma Laboral modifica una de las normas más criticadas del CT, estableciendo que los sujetos de la negociación colectiva en la empresa son los sindicatos de empresa, de establecimiento o interempresa que cumplan con los quórum de constitución establecidos en el artículo 227 del CT, terminando de esta manera con la coexistencia del sindicato y grupos negociadores en la negociación colectiva, e incentivando de esta forma la afiliación sindical⁵⁶. Es importante destacar lo anterior, debido a que no puede existir titularidad exclusiva de un sindicato que no cumpla con los requisitos establecidos por la ley para ser tal, de acuerdo al artículo 19 número 16 de la Carta Fundamental.

Además esta modificación establece que en las empresas en las que no existe sindicato con derecho a negociar, se reconoce el derecho a los trabajadores a unirse para efectos de negociar colectivamente, formando grupos negociadores, debiendo cumplir con los mismos requisitos de representatividad del sindicato de empresa. Estos grupos ejercen la negociación de manera no reglada y con derecho a información en la negociación. De conformidad a lo señalado, esta propuesta se hace con respeto por la libertad sindical de los trabajadores y con respeto al derecho fundamental de no discriminar arbitrariamente, ya que en aquellos casos que no exista un sindicato y opten por no crear ni afiliarse a uno, estos trabajadores también tendrán el derecho a negociar colectivamente por medio de los grupos negociadores, ejerciendo así su “libertad sindical negativa”, esto es, el derecho que tienen todos los trabajadores a voluntariamente no constituir sindicatos ni afiliarse a ellos, no privilegiando a ninguna persona o grupo en particular, ni estableciendo diferencias arbitrarias

En la actualidad los grupos negociadores pueden negociar en forma reglada y semi reglada. No obstante, es poco común en éstos el ceñirse a la negociación reglada. Al eliminarse respecto de ellos la alternativa de negociar en forma reglada y reservar esta opción exclusivamente para el sindicato, también ésta parece una propuesta con base constitucional, ya que no contraría lo dispuesto en la Constitución en su artículo 19 número 16, el cual señala que la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica.

Al disponerse en el Proyecto de Reforma Laboral que cada sindicato negociará colectivamente en representación de sus afiliados y que el trabajador afiliado a un sindicato sólo podrá ser parte de la negociación colectiva iniciada por el sindicato al que pertenece, esas normas tampoco presentan reparos de orden constitucional. Esta validación de esta propuesta particular se funda en la idea que la conformación de los sindicatos es materia de regulación legal y es también expresión del derecho fundamental de asociación. Una persona no puede ejercer derechos de una asociación a la que no pertenece, sin perjuicio de lo que se expresa más adelante en este mismo informe en relación a la extensión de los beneficios pactados en los instrumentos colectivos a trabajadores no sindicalizados, los cuales en la propuesta se señala que se deberán otorgar de común acuerdo entre el sindicato y el empleador, de esta forma los trabajadores interesados no sindicalizados, pueden obtener estos beneficios según lo que dispongan las partes.

⁵⁶ Ver inciso segundo artículo 324 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Del mismo modo, es compatible con la Carta Fundamental el determinar por ley de iniciativa Presidencial el que la desafiliación del trabajador de un sindicato tiene como consecuencia seguir estando sujeto al instrumento colectivo por el tiempo que éste dure, debiendo aún en este caso quedar obligado a pagar la cuota sindical⁵⁷.

También es compatible con la Constitución la norma que permite al trabajador tomar la decisión de cambiarse de sindicato, si éste se cambia del sindicato con quien negoció el instrumento colectivo al que se encuentra afecto a otro organismo sindical, debe seguir pagando la cuota sindical respecto del sindicato antiguo hasta que se termine la vigencia del instrumento colectivo. Una vez terminada la vigencia, el trabajador pasará a estar afecto al instrumento colectivo del sindicato al que se hubiere afiliado.

Además, de acuerdo a lo establecido en el artículo 306 del número 28 del artículo I del Boletín N° 9835-13 parece perfectamente consecuente el reconocer la titularidad sindical respecto de los acuerdos sobre ampliación de materias y que cada sindicato represente a sus afiliados en la negociación a que dé lugar el acuerdo sobre ampliación de materias. Debido a que la Constitución permite que las materias de negociación sean determinadas por la ley, no habría ninguna infracción a la Carta Fundamental al introducir estas normas, ello siempre y cuando la misma negociación sea realizada en ámbitos que no afecten al empleador en las atribuciones que le son propias o en sus derechos fundamentales. Esta materia está íntimamente relacionada con las facultades del empleador para dirigir su negocio, facultades que, como veremos más adelante no son absolutas, pero en cuanto facultades relativas tienen protección jurídica en el ámbito de la empresa y se fundan en el derecho fundamental de dirección y organización de la empresa, que es manifestación del derecho fundamental a la libre iniciativa económica que se garantiza en el artículo 19 número 21 de la Carta Fundamental chilena.

También el Proyecto establece el que las negociaciones relativas a sistemas especiales o excepcionales de distribución de jornada y de descansos, regulaciones sobre jornada pasiva, horas extraordinarias y permisos temporales de reducción de jornada, sólo se podrán llevar a cabo en aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% (treinta por ciento)⁵⁸.

Esta medida puede tener como finalidad reducir y ordenar a los actores sindicales dentro de la negociación, en desmedro de los demás sindicatos que puedan también negociar. Sin embargo, su adopción podría generar discriminación en cuanto al derecho fundamental a la libertad sindical, y ser contradictoria con la idea que asigna igualdad en su titularidad y representación a todos los sindicatos. Además se previene la existencia de un eventual conflicto entre sindicatos, siendo ellos quienes deben representar los intereses de los trabajadores dentro de una cultura de negociación colectiva que promueva la sindicalización y la solución pacífica de los conflictos laborales.

El Caso de inclusión de la mujer en las comisiones negociadoras sindicales.

En relación a la libertad sindical y de acuerdo a lo indicado por el Proyecto, el hecho que se deba integrar a una trabajadora a la comisión negociadora⁵⁹ puede tener como consecuencia la vulneración al derecho fundamental de la igualdad ante la Ley debido a que se estaría configurando de esta manera un caso de “discriminación positiva”, intentando beneficiar la

⁵⁷ Ver inciso segundo artículo 324 del número 28 del artículo I del Boletín N° 9835-13.

⁵⁸ Ver artículo 374 del número 28 del artículo I del Boletín N° 9835-13.

⁵⁹ Ver inciso tercero del artículo 332 del número 28 del artículo I del Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

afiliación sindical femenina. A pesar de lo anterior, se entiende que esta inclusión tenga como fin incentivar que las mujeres participen en el centro de las negociaciones colectivas dada su baja afiliación sindical y su escasa participación en las mesas de negociación.

En todo caso, la Constitución sanciona las discriminaciones que se basen en diferencias arbitrarias originadas fuera o más allá de la razón, materia que es regulada por la ley 20.609, también conocida como “Ley Zamudio” que define en su artículo 2 lo que se entiende por discriminación arbitraria:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

La inclusión compulsiva hecha en la propuesta no es una discriminación arbitraria, puesto que su fin es beneficiar e incentivar la participación femenina en la negociación colectiva. De hecho, éste no sería el primer beneficio otorgado a las mujeres en la normativa laboral, dentro de esta normativa ya existen dos figuras que benefician a las mujeres como lo son el fúero maternal establecido en el inciso primero del artículo 201 del CT:

“Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fúero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.”

Y en el mismo sentido se puede citar el derecho a sala cuna regulado en el artículo 203 del CT:

“Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter. Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento.”

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos. En los períodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades u otras entidades públicas o privadas.

Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años.

El empleador designará la sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento.

El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador.

Lo anterior se aplicará, además, si la madre fallece, salvo que el padre haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial.”

De un modo semejante a las normas ya citadas y la propuesta de representación sindical con discriminación positiva o acción afirmativa a favor de la mujer se puede citar la última modificación que tuvo la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en la cual se introdujeron las cuotas electorales en su artículo 3 bis inciso 5, para incentivar la participación femenina en el ámbito político. El Tribunal Constitucional tuvo que examinar la constitucionalidad de dicha ley, considerando en relación a la discriminación de la mujer que:

“Dicho sistema de cuotas está destinado a reservar determinados cupos a grupos o sectores de personas que han sido históricamente minusvalorados. Son mecanismos de acción afirmativa orientados a asegurar la efectiva igualdad ante la ley (artículo 19 N°2 de la Constitución). Existen respecto de grupos o colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja. La acción afirmativa supone un beneficio para ese colectivo, que sin el mismo permanecería en su situación de subordinación.

Estas medidas buscan que las personas tengan las mismas oportunidades en el punto de partida (artículo 1º inciso final de la Constitución). De una u otra manera, ellas promueven sistemas de inclusión social, que el Estado debe contribuir a crear (artículo 1º inciso cuarto, constitucional). ”⁶⁰

60 Fallo Tribunal Constitucional de fecha 30 de marzo de 2015. Rol 2777-2015.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

El mismo criterio de las leyes anteriores es aplicable en esta propuesta de representación sindical con discriminación positiva o acción afirmativa a favor de la mujer, ya que, como hemos señalado, en este caso se quiere incentivar que las mujeres también ejerzan su derecho fundamental de negociación colectiva y como tal es perfectamente constitucional.

La cobertura de la negociación colectiva

Como ya se explicó, la norma del artículo 19 número 16, inciso 5 de la Constitución chilena vigente, reconoce la negociación colectiva como un derecho fundamental de los trabajadores, que admite limitaciones establecidas por la ley y el actual artículo 304 inciso 1 del CT expresa la regla general que dispone:

“La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación.”

Esta disposición mantiene el esquema tradicional de circunscribir el ejercicio de los derechos fundamentales laborales a los trabajadores del sector privado. Se excluye, por tanto, a los funcionarios públicos, quienes pueden constituir organizaciones denominadas “Asociaciones de Funcionarios de la Administración Civil del Estado y de las Municipalidades”. En su funcionamiento y actuación estas “asociaciones” del sector público parecen organizaciones sindicales, pero carecen, sin embargo de la facultad de negociar colectivamente. Ello porque la Constitución faculta a la ley el determinar quiénes tendrán su derecho de negociación colectiva restringido o limitado, por cierto sin que esas restricciones o limitaciones puedan afectar el contenido esencial de este derecho fundamental. Así, el mismo artículo 304 del CT, es la fuente jurídica que delimita este derecho en Chile y en sus incisos 2 y 3 se ocupa de las excepciones a la regla anterior y precisa cuáles son las empresas en que no se podrá negociar colectivamente, incluyendo entre ellas las siguientes:

No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban. Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al decreto ley N.º 3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos educacionales técnico-profesional administrados por Corporaciones Privadas conforme al decreto ley N.º 3.166, de 1980.

El Proyecto de Reforma Laboral señala en su propuesta del nuevo artículo 304, textualmente lo siguiente:

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

“La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación y representación.

No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohiban.

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al decreto ley N°3476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas conforme al decreto ley N°3166, de 1980.

El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo 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.”

Esta propuesta sigue el mismo criterio que existe actualmente en el CT, con el agregado que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que éstos tendrán el carácter de empresa.

En relación con esta materia conviene tener presente que la Dirección del Trabajo⁶¹ ha establecido que es necesario garantizar el 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 y que no existe hoy un fundamento legítimo para excluir a todos los trabajadores que prestan servicios en las empresas que menciona el actual artículo 304 de su derecho fundamental a negociar colectivamente. El fundamento de este cambio en la Dirección del Trabajo ha sido promovido por varios autores laboralistas tales como Sergio Gamonal⁶² quien ha fundado su propuesta en que el actual artículo 304 del CT debe aplicarse a empresas o actividades que involucran intereses generales del Estado, como por ejemplo, la defensa nacional, y no puede usarse para impedir que se ejerzan los derechos fundamentales laborales de jerarquía constitucional respecto de otras actividades.

En consecuencia, y como lo ha dicho gran parte de la doctrina laboralista⁶³ por una aplicación integrada de la libertad sindical debería permitirse que todos los trabajadores puedan acceder a un mejoramiento de sus condiciones de trabajo por la vía de la negociación colectiva y establecer muy contadas excepciones a este respecto. La verdad es que de facto ya se realiza un proceso de negociación colectiva en la Administración Civil del Estado, y puede buscarse,

⁶¹ En dicho sentido, el estudio realizado por la Dirección del Trabajo: Varios autores “Negociación Colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible”. División de Estudios de la Dirección del Trabajo. Edición 2009, pág. 174 y ss.

⁶² Gamonal, Sergio “Manual del Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, pág. 247.

⁶³ En dicho sentido el Comité de Libertad Sindical en “La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, párrafo 885.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

por otras vías, la armonización de los intereses generales de la nación con los intereses colectivos de los trabajadores.⁶⁴ Así la modificación de la norma 304 del Código del Trabajo, se ajusta al mandato constitucional del artículo 19 número 16 de la Constitución vigente en Chile, ya que no es la Carta Fundamental quién establece la prohibición de la negociación colectiva en estos casos, sino la ley.

En cuanto a los tratados internacionales, el Convenio 151 de la OIT define la negociación colectiva como el instrumento mediante el cual los trabajadores y empleadores organizados acuerdan remuneraciones y condiciones laborales, de acuerdo con los procedimientos reglamentados en sus propias legislaciones⁶⁵ y en particular sobre las relaciones de trabajo en la administración pública establece los siguientes criterios:

"la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel, que se consideran con poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Así como la aplicación a las fuerzas armadas y a la policía. También establece formas de solución de conflictos a través de (...) negociación entre partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, conciliación y el arbitraje (...)"

En igual sentido ha establecido el Convenio Nº154 de la OIT, que (...) en lo que refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacional podrá fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio (...). En cuanto a estas referencias que existen en los Convenios de la OIT, Sergio Gamonal⁶⁶ ha expresado que se trata de una opción adecuada que podría implicar, por ejemplo, el establecimiento de mecanismos obligatorios de mediación o arbitraje, que también son compatibles con las disposiciones de la Constitución chilena, en la medida que sean establecidos por ley.

Es por ello que es constitucional, y en nada infringe la Carta Fundamental chilena, la propuesta del Proyecto de poner término por iniciativa presidencial, y por medio de una ley, la exclusión del derecho a la negociación colectiva que impide el ejercicio de este derecho a los trabajadores de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas leyes especiales que la prohíban tal como se dispone actualmente en el artículo 304 inciso segundo del CT. También es constitucional la propuesta de eliminar la exclusión que impide el ejercicio de la negociación colectiva a los trabajadores de las empresas o instituciones privadas, cuyos presupuestos, en

⁶⁴ Caamaño Rojo, Eduardo et al "A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio Nº 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales.

⁶⁵ Ibídem.

⁶⁶ Gamonal, Sergio "Manual de Derecho del Trabajo". Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, p. 247. 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, 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."

cualesquiera de los dos últimos años calendarios, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos tal como está consagrada en el artículo 304 inciso tercero del CT. Respecto de esta propuesta de iniciativa presidencial y que se concreta por la vía legal, se concluye que la eliminación de la exclusión que se propone también es compatible con el mandato Constitucional, lo cual permite que la normativa se adapte a las observaciones realizadas por la Comisión Observadora de la OIT, como se dijo anteriormente.

Otro aspecto que convendría revisar en relación con la cobertura que la legislación chilena da a la negociación colectiva se refiere a las prohibiciones establecidas respecto de los aprendices o los contratados para una determinada obra o faena en el artículo 305 N° 1 del CT, norma que dispone:

"No podrán negociar colectivamente: 1. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada."

Respecto a la norma del artículo 305 N° 1 recién citado, el profesor Sergio Gamonal⁶⁷ opina que esta norma sería inconstitucional, pues el derecho a negociar colectivamente con la empresa está reconocido en nuestra Constitución como un derecho de todos los trabajadores, sin exclusión. La propia disposición del artículo 305 N°1 se refiere a "los trabajadores" para definir quienes están excluidos del derecho fundamental a la negociación, lo que implica que la ley está negando un derecho fundamental de base constitucional, cuestión que debe ser resuelta terminando con esta prohibición. A este respecto conviene de nuevo recordar que aunque la regulación del ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva puede y debe efectuarse por ley, ésta no puede afectar la esencia del derecho fundamental. Así lo ha entendido también el Comité de Libertad Sindical⁶⁸ 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 o aquellos que la ley denomina como contratados para una obra o faena. El enmendar esta ley que tiene un vicio de inconstitucionalidad dictando por iniciativa presidencial otra ley es hacer compatible el ejercicio de la potestad legislativa con lo dispuesto en la Carta Fundamental chilena vigente.

Por lo anterior, el Proyecto de Reforma Laboral modifica este artículo⁶⁹ y elimina esta prohibición, eliminando, de esta forma, la inconstitucionalidad de este artículo. En definitiva, la eliminación de las prohibiciones para negociar colectivamente que se encuentran contempladas en el número 1) del artículo 305 del CT son en principio compatibles con lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales. En cuanto al mandato constitucional, éste establece que es la ley la que puede limitar las formas de la negociación colectiva, pero nunca afectar la esencia de este derecho y su radicación constitucional en los trabajadores.

La norma del número 1 del artículo 305 del CT es evidentemente discriminatoria para este grupo de trabajadores. Otro tema es que existan dificultades técnicas, pero objetivamente su

⁶⁷ Gamonal, Sergio "Manual de Derecho del Trabajo". Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, p. 250

⁶⁸ Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anunciamadas en el Programa de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014.p. 41.

⁶⁹ Ver artículo 305 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

eliminación constituye un avance para nuestra normativa laboral y una forma de hacer efectivo el mandato constitucional que reconoce el principio y el derecho fundamental a la libertad sindical a todo trabajador chileno. Adicionalmente, el artículo 305 Nº2, 3 y 4 del CT establece prohibiciones a la negociación colectiva de otro tipo de trabajadores.

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

En este último caso de las disposiciones 2, 3 y 4 del artículo 305 del CT, estos trabajadores tienen en común que todos representan a la empresa en la que trabajan, tienen facultades de administración y ostentan cierto poder de gestión. La realidad de esta norma es que enfrentada a la normativa de la Constitución, esta norma legal constituye un acto de discriminación, porque se impone respecto de estas personas que por mandato legal no pueden negociar colectivamente en razón del cargo que ejercen. Esta exclusión o prohibición legal que se establece respecto del derecho fundamental a la negociación colectiva ha sido aceptada y validada en el Convenio Nº98 de la OIT y por las resoluciones de la Dirección del Trabajo que respecto de esta materia ha resuelto que:

"a que la citada prohibición de negociar colectivamente afecta a quienes desempeñen un cargo de nivel jerárquico principal en la respectiva empresa, encuentra su fundamento en el tenor literal del precepto en análisis, el que expresamente exige que el cargo de mando e inspección de que se trate debe tener carácter superior.

*En cuanto al segundo requisito, y considerando lo expuesto precedentemente, preciso es sostener que éste concurrirá, a su vez, cuando el dependiente tenga atribuciones que, personalmente o en conjunto con otros trabajadores de la empresa, le permitan establecer o fijar las políticas y procesos productivos o de comercialización, sean éstas generales o específicas, todo ello teniendo presente que dichas atribuciones son consustanciales y privativas de un cargo de nivel jerárquico superior y que, por ende, solamente a éstas pudo haberse referido el legislador en el aludido numerando del artículo 305 del Código del Trabajo."*⁷⁰

La exclusión o prohibición establecida respecto de la negociación colectiva de personas de jerarquía principal en la empresa es considerada de carácter transversal y afecta las empresas públicas y privadas en virtud de la cual no solo los privados se sujetarían a ésta, sino también la administración pública en sus cargos más altos.

Ahora bien, la propuesta⁷¹ hecha por el Proyecto de Reforma Laboral establece que no podrán negociar colectivamente los trabajadores que tengan facultades de representación del

⁷⁰ Dictamen Ordinario Nº 4051/062 de 13.09.2010. Dirección del Trabajo, Chile.

⁷¹ Ver artículo 305 del número 28 del artículo 1 del Boletín Nº 9835-13.

empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. En esta alternativa los trabajadores que se sientan afectados podrán reclamar en cualquier tiempo ante la Dirección del Trabajo de esta calificación.

La existencia de esta limitación corresponde a otra forma de discriminación, según lo analizado anteriormente, pero hay que analizar que dicha forma de discriminación, en cuanto a la influencia de estos trabajadores, está en la actualidad en concordancia con los criterios de la OIT, ya que este grupo de trabajadores tiene mayor poder de negociación en términos de remuneraciones.

Como se puede observar en relación a la cobertura de la negociación colectiva, y de conformidad a los tratados internacionales, especialmente de acuerdo con lo que dispone el Convenio 98, la existencia de prohibiciones no es contraria a la libertad sindical, siendo esta propuesta compatible con las normas y principios de la Constitución chilena vigente y lo dispuesto en los Tratados internacionales y sus convenios y protocolos de ejecución.

El contenido de la negociación colectiva

El contenido de la negociación colectiva históricamente ha sido entendido como el objeto sobre el que recae dicho proceso y se entiende que se refiere al poder de regular contractualmente las relaciones del trabajador con su empleador, y en particular las remuneraciones y jornada laboral. Los trabajadores chilenos se han visto limitados a negociar colectivamente solamente respecto de estas materias mencionadas, ya que se ha entendido que incluir otras materias puede afectar los derechos del empleador y particularmente el derecho constitucional de libertad económica consagrado en el artículo 19 número 21 de la Constitución chilena, sin considerar que este derecho supone siempre respetar las normas legales que lo regulen. Es en virtud de esta interpretación que no considera las normas legales que regulan la libertad económica, que los trabajadores chilenos ven limitados sus derechos a diferencia de otros países⁷² que cuentan con sistemas de relaciones laborales más desarrollados, en los cuales la negociación colectiva abarca todas las condiciones de trabajo.

La necesaria ampliación del objeto de la negociación colectiva encuentra su sustento en el Convenio N°154 de la OIT, el cual no ha sido ratificado por Chile, y que en cuanto a su alcance pretende precisar el Convenio N°98 sobre libertad sindical. El Convenio N°154 tiene como objetivo que se adopten las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva. Por el contrario, en nuestro país se ha regulado en forma explícita en la normativa laboral el tipo de materias que pueden ser objeto de la negociación colectiva, y de esta forma se ha limitado o coartado la libertad de los actores para negociar otro tipo de materias que excedan lo que ya está regulado en la ley.

La ley puede restringir las materias que serán objeto del proceso de negociación colectiva, pero estas materias no pueden ser tan limitadas que lleguen a afectar el contenido esencial del derecho fundamental que la Constitución reconoce a los trabajadores chilenos en relación con la negociación colectiva.

⁷² Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p.185 y ss.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

En esta materia conviene tener presente que existe un precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 2003⁷³ que se pronuncia precisamente sobre el valor jurídico de los acuerdos colectivos en el marco del derecho vigente. Particularmente se pronuncia sobre el caso en que el contenido de la negociación colectiva ya no se limita a materias estrictamente pecuniarias, y le asigna una eficacia estrictamente contractual, pero más allá de eso, limita los efectos de esos instrumentos a los que la misma ley chilena reconoce a los contratos. El supuesto de hecho sobre el cual se pronuncia y al cual se refiere en extenso el respectivo fallo de instancia es un acuerdo incorporado en un contrato colectivo sobre política de empleo y estabilidad laboral.

El caso en cuestión se pone en la situación en la cual la organización sindical y la empresa pueden acordar un sistema de estabilidad laboral para los trabajadores, en que la empresa se obliga a establecer mecanismos de reconversión o adecuación laboral en que interviene la participación de las organizaciones sindicales para reubicar al afectado, y sólo una vez agotado este proceso, recién se puede decidir la terminación del contrato de trabajo del dependiente de la empresa. En el caso concreto la empresa incumplió el acuerdo dado que puso término de contrato de dos trabajadores en base a necesidades de la empresa, sin respetar el procedimiento establecido y los trabajadores despedidos demandaron la nulidad de la terminación de su contrato invocando su convenio colectivo.

La Corte Suprema rechazó las cláusulas del convenio colectivo que imponían obligaciones que excedían el carácter pecuniario de las mismas. Su posición se basa en que solo la ley puede establecer la sanción de nulidad de una causal de despido y no un contrato y en la resolución del máximo tribunal chileno se falló lo siguiente:

*"Que sea cual fuere el sentido y alcance del ABC, contenga o no disposiciones que restrinjan el despido de un trabajador, resulta que en caso alguno, la infracción a dicho convenio en el caso de existir puede acarrear la nulidad del despido del demandante por cuanto tal sanción solo puede establecerse por ley cuyo no es el caso."*⁷⁴

En definitiva a nivel legal en Chile el artículo 306 del CT se refiere en forma directa al contenido de la negociación colectiva y a este respecto expresamente establece 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.

La primera consecuencia que se desprende de esta norma es que podrá negociarse colectivamente sobre todo aquello que los artículos 41 y 42 del CT entienden por remuneraciones, pero también respecto de aquellos beneficios económicos que conforme al primer precepto no tienen tal carácter tales como las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas, de colación, los viáticos, las prestaciones familiares, la

⁷³ Fallo de la Corte Suprema, Rol 2508-2002, de fecha 28 de enero de 2003.

⁷⁴ Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p.185.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

indemnización por años de servicio, etc. La expresión “*condiciones comunes de trabajo*” comprende aquellas circunstancias que dicen relación con el bienestar de todos los trabajadores de la o las empresas involucradas -o al menos del grupo comprometido en la negociación por tanto solo refiere a las medidas de higiene y seguridad.

Han surgido diversas opiniones al comentar la disposición del artículo 306 del CT. Por ejemplo, Emilio Morgado ha criticado esta norma por dejar fuera del campo de la negociación colectiva materias adicionales a las de fijación de condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, a la vez que no contempla expresamente la determinación de condiciones que no son comunes sino especiales.⁷⁵ Por otra parte el artículo 306 establece una mayor limitación a su objeto al dejar fuera de la negociación colectiva las siguientes materias:

“aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa”

Por su parte, los profesores Thayer y Novoa, critican la amplitud de la prohibición del artículo 306 del CT, pues se podría inferir de ella que todas las materias orientadas a una participación de los trabajadores en la empresa estarían prohibidas, lo que sería inaceptable porque contraría uno de los fines de la organización sindical que según ellos consiste en canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo.⁷⁶ En cambio, es claro que no podrían admitirse en nuestra legislación las exigencias colectivas que desconozcan, por ejemplo, la facultad del empleador para elegir sus colaboradores que es una facultad privativa de la función de administrar.

La norma del artículo 306 del CT se percibe en términos absolutamente opuestos, ya que permite dar a las partes libertad de negociar en forma colectiva, con la salvedad de aquellas materias que son de facultad privativa del empleador. En términos óptimos se trata de incentivar que se genere una cultura en la que la negociación comprende derechos y obligaciones de la parte empresarial y de los trabajadores, y se entiende, que su contenido deba estar fundado en la buena fe de los sujetos que firman el convenio, y en el respeto de las voluntades y libertades de cada negociador para prestar su consentimiento y reunirse en términos razonables. Por tanto es de esperar que la negociación colectiva al ser garantizada y reconocida en Chile a nivel legislativo de un modo más amplio como un derecho fundamental pueda acercar a las partes en el proceso de negociación y evitar los conflictos laborales⁷⁷.

Es con este razonamiento que el Convenio 154 sostiene lo que comprende la negociación colectiva y que incluye las materias siguientes:

a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o

⁷⁵ Morgado Valenzuela, Emilio “Necesidad, funcionalidad y viabilidad de la negociación colectiva en el marco de los actuales procesos de cambios: la situación en Chile”, ponencia presentada por el autor al IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, publicada por la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II, págs.62 y 63.

⁷⁶ Thayer, William, y Novoa, Patricio “Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p. 187.

⁷⁷ Thayer, William, y Novoa, Patricio “Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p. 187-188.

- 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."*

También hay que añadir que de la misma definición de negociación colectiva que proporciona la OIT se desprende que se ha entendido este derecho fundamental como conformado por un contenido amplio que corresponde definirlo a cada parte, en base a sus intereses, necesidades y realidades particulares, lo que por cierto incluye el poder determinar las materias en las que centrarán sus acuerdos colectivos. Así, con miras a fomentar el efectivo ejercicio del derecho a la negociación colectiva, el artículo 5 del Convenio 154 de la OIT antes referido dispone que:

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

Dicha crítica a las materias o a la definición restringida del contenido de la negociación colectiva fue también confirmada por el Consejo Asesor Presidencial que se estableció por parte del Gobierno de Chile el año 2008.⁷⁸ Sin embargo para superar esta dificultad se recomendó avanzar gradualmente en el establecimiento de: *"un sistema de adaptabilidad pactada cuyo contenido será determinado por acuerdo de las partes"*⁷⁹ Y se definió ese sistema del modo siguiente:

*"Se entiende por adaptabilidad pactada la posibilidad de ajustar vía acuerdos entre los trabajadores y los empleadores las restricciones existentes (por ejemplo sobre horarios, calendarios, vacaciones, gratificaciones y capacitación) en el Código de Trabajo."*⁸⁰

Es claro entonces que existe la necesidad de dar también validez jurídica a la propuesta de ampliación del contenido de la negociación colectiva, y de esta forma, el Proyecto de Reforma Laboral en su propuesta establece dos maneras de ampliación del contenido de la negociación colectiva.

Por un lado, se amplían las materias de la negociación colectiva propiamente tal⁸¹, estableciendo que son materias de negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas de trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las

⁷⁸ Informe Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, 2008, pág. 133.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ver artículo 306 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

condiciones comunes de trabajo, agregando que en las negociaciones se podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar; y mecanismos de solución de controversias, entre otros.

Por otro lado, se establecen los pactos sobre condiciones especiales de trabajo⁸², los cuales se podrán acordar con el empleador en aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores, la o las organizaciones sindicales, conjunta o separadamente. Estos pactos podrán acordarse en forma directa y sin sujeción a las normas de negociación colectiva reglada, los cuales podrán regular las siguientes materias: sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descanso; horas extraordinarias; tiempos de preparación para trabajar y jornada pasiva; distribución de jornada de trabajo semanal; y, trabajadores con responsabilidades familiares.

Estos acuerdos deberán adoptarse por escrito, suscribirse por ambas partes y registrarlos el empleador dentro de los 5 días siguientes a su suscripción ante la Inspección del Trabajo de manera electrónica. Todo lo anterior es acorde con el mandato constitucional y con los tratados vigentes y ratificados por Chile.

En relación a los puntos anteriores con los que se propone la ampliación respecto a las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva, sin entrar en discusión respecto a los sindicatos representativos, que se estima pueden ser objetables desde el punto de vista constitucional por afectar el derecho fundamental a la libertad sindical, tal vez una forma de solucionar la materia sería que todos los sindicatos pudiesen unir sus esfuerzos para realizar una sola negociación.

En todas estas propuestas referidas a la ampliación del contenido de la negociación colectiva, que se han mencionado en los párrafos anteriores de esta sección, no se percibe una infracción o inconstitucionalidad, ni menos una contradicción con Tratados Internacionales vigentes en Chile. Los aspectos formales de la negociación colectiva pueden ser modificados por la vía legal de la iniciativa exclusiva, sin perjuicio de establecer claramente que en un proceso de negociación colectiva los derechos fundamentales de la parte empleadora o la parte de los trabajadores no sean afectados, por el hecho de admitir una mayor amplitud en cuanto a su objeto.

II.- Análisis del derecho fundamental a la huelga en la Constitución chilena vigente y de sus restricciones.

Tal como ya se ha mencionado, en Chile la Constitución Política vigente se refiere a la huelga en su art. 19 Nº 16, inciso final, en los términos siguientes:

“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

⁸² Ver Título VI y artículo 374 y siguientes del número 28 del artículo 1 del Boletín Nº 9835-13.

procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sujetos a la prohibición que establece este inciso."

Lo primero que se desprende de la forma en que el derecho a huelga ha sido reconocido en nuestra Constitución es que su consagración no es explícita. Por el contrario, en lugar de establecer que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, al mencionarla en la Carta Fundamental en los casos de su exclusión, se da a entender su consagración de forma implícita en todos los demás casos no prohibidos. De esta forma el derecho a huelga y su consagración constitucional ha sido objeto de amplia controversia en Chile. Sobre esta importante materia los profesores Thayer y Novoa afirman:

"que la huelga no está reconocida con rango constitucional, ya que la disposición pertinente de la Carta Fundamental (Art. 19 N° 16) señala que la ley indicará los casos en que una negociación deba someterse a arbitraje obligatorio –que es lo mismo que impedir la huelga- y más adelante señala los funcionarios y personas a los que está vedado acudir a ella"⁸³.

Por tanto, de acuerdo a la opinión de los profesores Thayer y Novoa el artículo 19 número 16 de la Carta Fundamental más que permitir y consagrar la huelga, la contempla para ciertos casos en que la prohíbe y restringe. Sin embargo, otros autores han sostenido que:

"a contrario sensu, corresponde entender que los demás trabajadores no incluidos en tal prohibición tienen el "derecho" "asegurado" por la Constitución de declarar y hacer efectiva la huelga, ya que la mencionada norma forma parte del capítulo de los "derechos y deberes constitucionales"⁸⁴.

Sobre esta materia el profesor Héctor Huméres afirma que el derecho a huelga está consagrado en la Constitución en forma tácita en el texto de la Carta Fundamental y en forma expresa en los Tratados Internacionales, y para justificar su opinión sobre esta materia que comparto, agrega un argumento que entiende el derecho a huelga como un derecho fundamental y que lo expresa del modo siguiente:

"Sin perjuicio de ello, es del caso consignar que al haberse publicado en Chile con fecha 27 de mayo de 1989 el D.S. N° 326, que promulgó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, el cual en su artículo 8º, letra d) reconoce "el derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país", y en virtud de lo prescrito en el artículo 5º de

⁸³ Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, pág. p.190.

⁸⁴ Macchiavello Contreras, Guido "Derecho colectivo del trabajo" Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 443.

la Constitución Política, este derecho no tendría ya un reconocimiento tácito, sino expreso⁸⁵."

La mayoría de la doctrina nacional apoya y reconoce la idea que la Constitución chilena estaría consagrando implícitamente el derecho fundamental a la huelga, y fundan esta postura entre otros argumentos en la historia⁸⁶ de la Constitución. También confirma esta interpretación mayoritaria la jurisprudencia de la Corte Suprema que también lo ha sostenido señalando:

"Que la Constitución implicitamente reconoce el derecho a huelga y solo la prohíbe para los funcionarios del Estado"⁸⁷.

Así también lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo su sentencia ratificada por la Corte Suprema:

"Que, actualmente la doctrina sostiene con unanimidad, que la huelga se trata de un derecho fundamental, cuyo fundamento se sustenta en tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 8 N° 1 letra d), del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, y en el contenido protegido del derecho a la autonomía sindical, que contempla el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República. (...) Reconociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, el único límite que explicitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera 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. "⁸⁸

Ahondando en esta perspectiva, debemos reconocer que a pesar de su consagración constitucional, el derecho fundamental a la huelga en la legislación de Chile se entiende como una excepción, tanto mirada desde el contexto del derecho comparado, como desde la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo. Lo anterior se desprende de la constatación que la huelga ha sido reglada según la legislación chilena actual de forma que, a pesar de que estas reglas no son contrarias a la libertad sindical la OIT ha señalado que:

"que los procedimientos legales para declarar la huelga, no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal".

⁸⁵ Macchiavello Contreras, Guido: "Derecho colectivo del trabajo" Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1989, págs. 430 y 431.

⁸⁶ Pedro Iureta "Constitución y orden público laboral" Colección de Investigaciones Jurídicas N°9 Santiago UAH 2006 p.197.

⁸⁷ Fallo de la Corte Suprema, causa Rol 7239-2013, de fecha de 11 de marzo 2014.

⁸⁸ Fallo de la Corte de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 1144-2015, de fecha de 23 de octubre de 2015.

A partir de dicha afirmación de la OIT se establece una primera crítica al tratamiento de la huelga en nuestra legislación. Ello porque en el derecho chileno no se reconoce en forma explícita la huelga como derecho fundamental, a diferencia de la mayoría de los países europeos y latinoamericanos que si reconocen el derecho de huelga como un derecho fundamental explícito. Así por ejemplo, la Constitución de España en su artículo 28.2 señala que; “*se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*”, la de Italia en su artículo 40 dispone que; “*el derecho de huelga se ejercita en el marco de las leyes que lo regulan*”, como asimismo la Carta Fundamental francesa en su Preámbulo dice: “*el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo regulan*” (Preámbulo).

En el caso de la región latinoamericana, 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 número 10), Paraguay (art.98), Perú (art.55) y Uruguay (art.57). Debido a la gran cantidad de países que consagran explícitamente el derecho a la huelga en sus constituciones, puede afirmarse que existe una necesidad que este reconocimiento sea más explícito en Chile, lo que por cierto requiere de una reforma constitucional.⁸⁹

Por su parte, en cuanto a los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 8 y en los Convenios Nº87 y Nº98 de la Organización Internacional del Trabajo se reconoce el derecho a huelga. Sin embargo, nuestro país a pesar de adherir a dichos tratados y de contar con un reconocimiento en su Constitución en forma tácita o implícita, mantiene una actitud restrictiva y desfavorable para que este derecho fundamental se ejerza y pueda hacerse efectivo en la práctica.⁹⁰

El Convenio Nº 87 de 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores *de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción* tal como se dispone en el artículo 3º del mismo. Además, el Convenio recién citado en su artículo 10 establece como objeto de dichas organizaciones *el fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores*. Sobre la base de estas disposiciones⁹¹, los órganos mencionados han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, desarrollando un conjunto de principios sobre el derecho de huelga que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas.

Estos principios generan condiciones para el orden jurídico chileno que se vinculan con el respeto al llamado “bloque de constitucionalidad”⁹² de los derechos fundamentales concepto que supone que esta clase de derechos no se encuentran establecidos ni garantizados sólo a nivel interno en la Carta Fundamental, sino que también existe una consagración en el campo del derecho internacional, cuyas normas deben ser respetadas, preferentemente por los Estados, que se integran con el derecho chileno a partir de las disposiciones del artículo 5 de nuestra Constitución.

⁸⁹ Irureta, Pedro “Constitución y orden público laboral” Colección de Investigaciones Jurídicas Nº9 Santiago UAH 2006, p.197.

⁹⁰ Gamonal, Sergio “Derecho de Huelga en la Constitución” Revista de Derecho Coquimbo vol. 20 Nº1 2013 p.105.

⁹¹ Gamonal, Sergio “Derecho de Huelga en la Constitución” Revista de Derecho Coquimbo vol. 20 Nº1 2013, p.115.

⁹² Ruiz-Tagle, Pablo “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, V.63, tomo 1, 2001 pp.179-199.

Si se aplica la noción de bloque de constitucionalidad al derecho a la huelga se debe reconocer en este punto que una de las normas internacionales más relevantes es la del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece un requisito básico que deben tener las limitaciones a los derechos:

"Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

Por lo anterior, toda restricción a los derechos contemplados en el Pacto, en cuanto estos derechos se entienden como fundamentales, debe siempre considerar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por Chile. Pese a ello, la jurisprudencia chilena ha adoptado una concepción restrictiva del derecho a huelga que no solo limita el derecho sino que, además, para los Magistrados de los Tribunales Superiores constituye un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva⁹³:

*"que debe ser entendido como una instancia para reforzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo (...) y corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente el desarrollo económico del país"*⁹⁴

Confirma esta interpretación jurisprudencial chilena que atribuye un sentido negativo al ejercicio del derecho a huelga la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que en julio de 2011, sostuvo sobre el particular que:

"la huelga no sería sino la consecuencia nefasta, o al menos no deseada, del fracaso de la negociación, después de agotadas las instancias alternativas de diálogo e interlocución, y por ende, habrán de interpretarse restrictivamente los alcances de su normativa como situación excepcional y rupturista, no buscada en principio ni por las partes ni por el legislador".⁹⁵

Esta posición jurisprudencial se ve con mayor fuerza en sentencias como la de julio de 2012 de la Corte de Apelaciones, en que un grupo de trabajadores realizó una paralización de funciones por medio de una fiscalización a buses de su empresa y la colocación de barreras humanas para impedir la salida de los mismos, frente a lo cual los Tribunales Superiores entendieron que estaban configuradas las causales de desafuero, de imprudencia temeraria e incumplimiento de funciones invocadas por el empleador, principalmente porque entendían que

⁹³ Varas, Karla "La huelga como derecho fundamental" Revista De Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2014 .p.89.

⁹⁴ Fallo de la Corte Suprema, Rol 995-2008, de fecha 15 de mayo de 2008.

⁹⁵ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile Centro de Derechos Humanos, Santiago, Chile Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2014, p. 89

el ejercicio de la libertad sindical debía enmarcarse dentro de los límites impuestos por el legislador.⁹⁶

Pese a la existencia de esta línea jurisprudencial mayoritaria, en forma gradual se ha ido consolidando una doctrina diferente que reconoce el derecho fundamental a la huelga y que la concibe tiene necesariamente como negativa o anti sistemática, tal como consta en el siguiente párrafo:

*"se da un paso a una nueva era para el derecho de huelga en Chile, dejando atrás la tesis de la ilegalidad cuando no se ejerce dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, siendo más propio y coherente con el principio de libertad sindical referirse a huelgas atípicas, las cuales tienen plena recepción en nuestro sistema laboral en virtud de los tratados internacionales que el país ha ratificado."*⁹⁷

A partir de la legislación nacional y particularmente el Código del Trabajo en los artículos 369 y siguientes, se puede definir la huelga como un derecho del modo siguiente:

*"Un derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras involucrados en procesos de negociación colectiva reglada para suspender las actividades a que se encuentran obligados en conformidad a sus contratos individuales, habiendo cumplido los demás requisitos legales."*⁹⁸

Sin embargo, a pesar de la manifestación de este reconocimiento doctrinario del derecho a la huelga lo cierto es que en estricto rigor las normas del artículo 372 del Código del Trabajo, tendrían como lo ha expresado la OIT, respecto de este derecho fundamental “fallas procedimentales”, que se expresan también en el artículo 373 del mismo cuerpo normativo. El artículo 372 dispone lo siguiente:

"La votación deberá efectuarse en forma personal, secreta y en presencia de un ministro de fe.

Tendrán derecho a participar en la votación todos los trabajadores de la empresa respectiva involucrados en la negociación.

El empleador deberá informar a todos los trabajadores interesados su última oferta y acompañar una copia de ella a la Inspección del Trabajo, con una anticipación de a lo menos dos días al plazo de cinco días indicado en la letra b) del artículo 370. Para este efecto, entregará un ejemplar a cada trabajador o exhibirá dicha proposición en lugares visibles de la empresa. Todos los gastos correspondientes a esta información serán de cargo del empleador.

No será necesario enviar un ejemplar de la última oferta del empleador a la Inspección del Trabajo, si fuere coincidente con la respuesta dada al proyecto de contrato colectivo.

⁹⁶ Ibidem, p.90.

⁹⁷ Varas, Karla “La huelga como derecho fundamental” Revista De Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2014 .p.93.

⁹⁸ Cfr. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Centro de Derechos Humanos, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2010, p.399 y ss.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Los votos serán impresos y deberán emitirse con la expresión "última oferta del empleador", o con la expresión "huelga", según sea la decisión de cada trabajador. El día que corresponda proceder a la votación a que se refiere este artículo no podrá realizarse asamblea alguna en la empresa involucrada en la votación."

Por su parte, el artículo 373 del Código del Trabajo vigente en Chile que también ha sido cuestionado regula la huelga de la siguiente manera:

"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.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 369, facultad que deberá ejercerse dentro del plazo de tres días contados desde el día en que se efectuó la votación."

Los artículos 372 y 373 regulan la huelga en el actual Código del Trabajo como parte o como una etapa de la negociación colectiva reglada, lo que por una parte implica considerar la huelga exclusivamente como un recurso o una forma de procedimiento de última instancia, en lugar de reconocerla o garantizarla como un derecho fundamental exigible.

Esta opinión la ha expresado el profesor José Luis Ugarte⁹⁹ quien ha sostenido que buena parte de la doctrina laboral chilena ha entendido la huelga como una excepción y construido de las restricciones a la huelga la regla general, lo que ha implicado tratar y en verdad "estrangular" su ejercicio por medio de la ley, lo cual sería contrario a la Constitución vigente si se la entiende como corresponde el derecho fundamental del art 19 número 16 en relación con su contenido esencial reconocido y garantizado por el artículo 19 número 26 de la Constitución chilena.

La legislación chilena no solo prohíbe la huelga que se escapa de la reglamentación establecida en el Código,¹⁰⁰ sino también le pone trabas al ejercicio de la huelga legal, en cuanto a que también se ha dispuesto que si la huelga no se realiza dentro del plazo de las proposiciones del Convenio, se entiende que se acepta la última propuesta de la parte empleadora. Esta idea también ha sido objetado por la OIT¹⁰¹ y ha expresado:

⁹⁹ Ugarte, José Luis "Huelga y servicios esenciales: el estrangulamiento institucional de un derecho fundamental". Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N°3 año 2008. Editorial Legal Publishing. p.91-99.

¹⁰⁰ Dicha afirmación por otra ley existente y que ha sido objetada por la Comisión OIT es la llamada Ley de Seguridad Interior del Estado en lo referido a su artículo 11: "Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública; o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio".

¹⁰¹ Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anunciadas en el Programa de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014.p. 51.

"(el) hecho de no hacer efectiva la huelga no significa la aceptación de la propuesta del empleador y deriva a que el legislador al establecer estas normas estableció una especie de "voluntad colectiva".

En el derecho laboral chileno a diferencia de otros sistemas, el legislador ha restringido la huelga a una única y excluyente finalidad que consiste en vincularla a la reivindicación contractual dentro del procedimiento reglado de negociación colectiva previsto por la ley.

En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico son ilegales todo otro tipo y modalidad de huelga que en otros sistemas jurídicos son consideradas lícitas 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 de reconocimiento del derecho de huelga como el único correcto, si 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 expresado en algunas de sus declaraciones lo siguiente:

- *"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 1994).*
- *"Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más 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."*

Debido a las críticas señaladas anteriormente, la propuesta del Proyecto de Reforma Laboral que modifica las normas de la huelga establecidas en el artículo 369 y siguientes del actual CT y regula directamente la huelga, definiéndola como: *"un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores"*, es perfectamente compatible con las normas constitucionales y viene a ser una mejor expresión de este derecho fundamental y su necesario reconocimiento en Chile.¹⁰² De esta forma, se le quiere dar un tratamiento directo en la ley, y no implícito como se ha regulado actualmente.

En las secciones que siguen a continuación se ha estudiado en forma separada las normas de la legislación chilena para el ejercicio del derecho fundamental a la huelga en los servicios esenciales, y en segundo término el derecho a reemplazo que tiene el empleador en el caso de huelga.

¹⁰² Ver artículo 347 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

Las restricciones al derecho fundamental a la huelga en los servicios esenciales.

En primer término, el estudio de este punto requiere establecer la premisa de que toda limitación al derecho fundamental de huelga debiese ser excepcional y en ningún caso puede afectar el contenido esencial de este derecho. Además por aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad que antes se ha explicado, la consagración y garantía legal del derecho a huelga debe ser compatible con los tratados internacionales que contienen normas sobre derechos fundamentales referidas a la huelga. Así por aplicación del artículo 5 de la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que expresa que los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país en su artículo 8º que ha sido anteriormente transrito, y el complemento de las disposiciones del artículo 22 número 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el que se indica que el ejercicio del derecho a huelga solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, es posible y legítimo el que la legislación chilena imponga algunas de tales restricciones, sin que ello signifique avalar ninguna en particular. Por tanto la restricción o limitación del derecho fundamental a la huelga a la luz de los Tratados Internacionales, es válida, siempre que se haga en conformidad a una de las causales o justificaciones reconocidas en el número 2 del artículo 22 recién citado en este mismo párrafo.

Es necesario que en Chile el sistema jurídico y nuestra institucionalidad se adapte a los Tratados vigentes y ratificados por Chile en esta materia, ya que al transformar en disposiciones y normas efectivas los Tratados, Pactos o Convenios se produciría un importantísimo avance, ya que supondría homologar las normas y principios del derecho laboral chileno a escala internacional.

De esta forma repitiendo la premisa que ha sido señalado por la OIT respecto del derecho a la huelga y por tratarse de un derecho fundamental, este debe ser restringido de manera excepcional. En nuestra legislación destacan las limitaciones contenidas en el artículo 384 del Código del Trabajo que son las siguientes:

"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."*

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.”

La norma del artículo 385 del Código del Trabajo chileno ha sido criticada por la OIT y la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales por sus términos ambiguos y amplios. Por lo anterior se ha observado en términos críticos lo siguiente:

“que la definición de servicios en los que puede prohibirse la huelga del artículo en cuestión, así como la lista elaborada por las autoridades gubernamentales es demasiado amplia y va más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad, o la salud de la persona en todo o en parte de la población”¹⁰³

A raíz de esta observación realizada por la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales es admisible considerar en la iniciativa Presidencial legislativa el establecimiento de un servicio mínimo de funcionamiento (de la empresa o institución de que se trate) en caso de huelga en servicios de utilidad pública o en los servicios públicos de importancia trascendental y en la determinación de este servicio mínimo deberían poder participar los empleadores, las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas. Así, también llegar a ser aceptables como condiciones para el ejercicio del derecho de huelga la obligación de dar un preaviso; la obligación de recurrir a la conciliación o a la mediación; el recurso al arbitraje *voluntario*; la obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una cierta mayoría (en la medida en que no resulte en la práctica muy difícil o imposible el ejercicio del derecho de huelga), y la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga.

De igual forma, pese a que el gobierno haya reducido la lista de empresas que administrativamente eran impedidas de ejercer su derecho de huelga, existen aún empresas del Estado que actualmente no prestan servicios esenciales, que sin embargo continúan en dicha lista, como lo son algunos que trabajan en la plataforma comercial de alguna empresa o prestan sólo tareas administrativas.¹⁰⁴ Con todo lo que interesa del tema referido a la restricción del derecho fundamental a la huelga es que el artículo 384 del CT no sirva de fundamento para seguir imponiendo una interpretación legal de carácter restrictivo a este derecho o peor aún que se acepta o permita el que sean las autoridades administrativas las que realicen la determinación de cuáles son las empresas esenciales y, sean funcionarios y no la ley quienes determinen quienes quedan privados del derecho fundamental a la huelga, constituyéndose en verdaderas Comisiones Especiales de aquellas que vulneran el artículo 19 Nº3 de la Constitución que se garantiza con: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*¹⁰⁵.

¹⁰³ Morgado Valenzuela, Emilio “Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anunciamas en el Programa de Gobierno” Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014.p.45 y 64.

¹⁰⁴ “Varas, Karla “La huelga como derecho fundamental” Revista De Derechos Humanos Universidad Diego Portales 2014, p. 154.

¹⁰⁵ Gamonal Contreras, Sergio “Derecho de Huelga en la Constitución” Revista de Derecho Coquimbo vol. 20 Nº1 2013, p.114.

La restricción de un derecho fundamental debería estar prevista y dispuesta en la ley y no en un simple decreto o un reglamento, ni menos entregada a una pura autoridad funcionaria administrativa. La hipótesis de vulneración del debido proceso se genera porque la norma o decisión de rango inferior a la legal no cumple con las garantías de entregar dicha determinación a la ley y en definitiva, potencialmente niega el derecho a igual protección que la Carta Fundamental reconoce a los tribunales de justicia, y los sustituye por una autoridad administrativa.

Continuando el análisis a la restricción del derecho a la huelga para aquellos que realizan tareas o servicios esenciales, el artículo 384 del Código del Trabajo puede entenderse que vulnera el artículo 19 número 26 de la Carta Fundamental porque no se respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la huelga respecto de ciertos trabajadores excluidos en forma arbitraria. De esta forma, se deforma la aplicación del derecho fundamental a la huelga porque, aunque la Constitución señale que una ley establecerá el procedimiento para fijar la determinación de la huelga, el artículo 384 antes citado no solo no establece dicho procedimiento, tampoco fija un modo de determinar esta restricción que tenga las características de justo y racional. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

"que si bien por regular conforme al Diccionario de La Real Academia, debe entenderse ajustado y conforme a reglas, ello no podría jamás interpretarse en el sentido que se impida el libre ejercicio del derecho, por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, estas deben ordenarse a la ley y no mediante normas de carácter administrativo"¹⁰⁶

Por eso, si se acepta la tesis que la Constitución concibe la huelga como un derecho fundamental, aunque se consagre de modo tácito o implícito, el procedimiento del artículo 384 del Código del Trabajo puede resultar inconstitucional, pues su limitación sería materia de reserva legal, y todavía más, indelegable, por incidir precisamente en una materia comprendida en las garantías constitucionales de los artículos 19 números 3,15,16,19,24 inciso 1º y 2º y número 26, artículo 63 número 2 y 4 artículo 65 inciso 4º de la Constitución Política vigente. El precepto sería inconstitucional por delegar en la Administración la calificación de una situación que incide derechosamente en el goce y ejercicio de un derecho fundamental y una garantía constitucional, afectando dicho derecho en su esencia, pues dicha "calificación" significa en definitiva la prohibición para todo el personal que labore en las empresas referidas de ejercer su derecho a huelga.

Sin embargo, a pesar de existir esta notoria objeción a la ley relativa a la afectación de los servicios esenciales se ha aceptado que la noción de estos servicios es relativa, porque varía según las circunstancias particulares en cada uno de los respectivos países. Por ejemplo, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo de una isla compromete la vida, salud, seguridad y condiciones económicas de sus habitantes, y puede calificarse de esencial, no así una huelga de ese tipo en un país continental.

Además puede aceptarse el argumento que todas estas restricciones no son aplicables a la totalidad de los trabajadores de cada empresa que presta servicios esenciales, sobre la base de argumentos relacionados con la finalidad de la preceptiva que establece tal limitación, de lo cual

¹⁰⁶ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 167-1993, de fecha 6 de abril de 1993.

infiere que sería ilegal la resolución que sin distinción alguna incluye a esa entidad y a todos sus trabajadores en el listado que priva del derecho fundamental a la huelga. Es de notar eso si que el artículo 19 N° 16, inciso sexto, de la Constitución Política, al disponer que no podrán declararse en huelga las personas que trabajen en entidades, de cualquier tipo, que atiendan servicios de utilidad pública, sólo contempla como requisito para que se configure el supuesto de esta norma, que el trabajador desarrolle dicha actividad, sin distinguir ni imponer exigencia alguna relacionada con el tipo de función que se desempeña dentro de las mismas. Por su parte, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República construida durante los años de vigencia de esta normativa ha establecido que en aquellos casos donde existen vacíos respecto de aquellas empresas que no pueden declararse en huelga y en relación con el Artículo 384 del CT y la disposición constitucional del Artículo 19 número 16 señala que:

"la referida norma de la Carta Suprema, al fijar el ámbito en el cual debe aplicarse la prohibición de declarar la huelga –luego de señalar que están afectos a ella los funcionarios del Estado y de las municipalidades-, la extiende, además, a las personas que trabajen en corporaciones o empresas que tengan determinadas características, distinguiendo al respecto dos hipótesis distintas en las cuales opera tal prohibición. Así, en primer lugar, se encuentran las entidades que atiendan servicios de utilidad pública –concepto este último que tiene una connotación particular y que ha sido frecuentemente reconocida por la jurisprudencia administrativa al interpretar diversas legislaciones que lo utilizan-, y, en segundo término, aquéllas cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

En concordancia con el precepto constitucional antes transcrita, el artículo 384 del Código del Trabajo contempla las mismas dos hipótesis, distinguiendo, también separadamente, en su letra a), a las empresas que atienden servicios de utilidad pública y, en su letra b), a aquellas cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.¹⁰⁷

En definitiva, son controvertidos los criterios utilizados por el legislador para restringir el derecho fundamental a la huelga en Chile. Lo propuesto por el Proyecto de Reforma Laboral¹⁰⁸ puede verse afectado por problemas de constitucionalidad en este sentido, ya que a pesar de lo controvertido que es el artículo 384 vigente, se propone seguir el mismo criterio que actualmente tiene el CT. Por eso, para modificar esta norma, toda nueva legislación que imponga limitaciones a estos derechos debe adoptarse de acuerdo con los principios y normas de la Constitución, debe cumplirse con evitar la afectación de su contenido esencial, y por aplicación de la noción de bloque de constitucionalidad debe buscarse un mayor equilibrio con las normas y principios que emanan de los Tratados Internacionales. La huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, y así debe ser reconocido y garantizado, sea que esté consagrado en forma tácita o indirecta en la Carta Fundamental chilena.

¹⁰⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 37849-2007 de fecha 21 de agosto de 2007.

¹⁰⁸ Ver artículo 360 ter del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

El reemplazo de los trabajadores en huelga.

La huelga es un derecho indisolublemente unido a la libertad sindical que se traduce en un medio por el cual se hace efectivo el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Con todo, un punto clave de este tema a analizar, es la colisión de dos bienes constitucionalmente protegidos: el derecho de huelga y el derecho a desarrollar una actividad empresarial.

Así la Constitución consagra el derecho a huelga en el artículo 19 número 16, reconociendo la libertad sindical como un derecho y entregando a la ley las limitaciones o restricciones que pueden imponerse respecto de este derecho. En el mismo nivel el artículo de la Constitución vigente consagra *el derecho a desarrollar cualquier actividad económica...respetando las normas legales que la regulan*, del cual se desprende la posibilidad de constituir y desarrollar empresas, y, por ende, la facultad del empleador de organizar su empresa de forma interna, pero siempre con respeto a las normas del legislador democrático que se expresa en el Proyecto.

Por su parte el derecho a huelga es un derecho que se enmarca en un sistema de reglas de organización y procedimiento de rango legal, tales como las que regulan la negociación colectiva, por lo que el uso de este derecho no admite cualquier forma. A consecuencia de esta normativa y reglamentación que se refiere al ejercicio del derecho fundamental a la huelga en Chile, es que el Código del Trabajo hace referencia a la prohibición del reemplazo en su artículo 381 inciso primero que dice:

"Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos:

- a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el periodo comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;*
- b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el periodo del contrato, excluidos los doce últimos meses;*
- c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.*

En este caso, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva.

Además, en dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si el empleador no hiciese una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si la oferta a que se refiere el inciso primero de este artículo fuese hecha por el empleador después de la oportunidad que allí se señala, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de estos sea el primero. Con todo, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga, a partir del décimo quinto día de hecha ésta efectiva.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero se entenderá materializada si el empleador ofreciere, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, el empleador podrá formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos que en él se señalan, según sea el caso, y el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo.

Si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores de conformidad a lo dispuesto en este artículo, lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador.

Una vez que el empleador haya hecho uso de los derechos señalados en este artículo, no podrá retirar las ofertas a que en él se hace referencia.

Lo primero que se desprende del artículo 381 del CT que está vigente es que en Chile se prohíbe el reemplazo de los trabajadores durante la huelga de forma expresa. La huelga se ve privada de su fuerza y eficacia si el empleador puede asignar a otros de sus trabajadores las mismas tareas que ejecutaban aquellos que se plegaron a la paralización de labores. De aceptarse que el empleador pueda poner a otros trabajadores a ejecutar las faenas de los que están en huelga, el ejercicio del derecho fundamental a la huelga se debilita “gira en el vacío” y hasta puede tornarse inútil. Lo segundo que se desprende del artículo 381 del CT es que bajo determinadas circunstancias, el empleador está facultado para “contratar” los trabajadores que estime necesarios para el desempeño de las funciones de los “involucrados” en la huelga. Sin embargo, esa posibilidad está concebida en términos restrictivos, vale decir, sólo en la medida que la última oferta del empleador cumpla las condiciones que allí se establecen y se inserta en el contexto más general de una prohibición que se expresa en la forma de una regla legal general que dispone lo siguiente: “*Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga*”.

En todo caso para una parte de la doctrina laboral chilena la disposición del artículo 381 del Código del Trabajo es motivo de crítica. Por ejemplo, para el profesor José Luis Ugarte¹⁰⁹, esta norma es objeto de crítica porque en su opinión sus disposiciones afectan la esencia del derecho a huelga que está reconocido implícitamente en el artículo 19 número 16 y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile, a saber el Pacto Internacional de Derechos Humanos,

¹⁰⁹ Ugarte, José Luis, “Libertad. La Corte suprema y el Derecho a huelga”. En Revista Estudios laborales, N° 4, 2009, Pág. 90.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

Económicos y Sociales y Culturales, en su artículo 8,1 y en el Convenio N° 87 de la OIT en sus artículos 3, 8 y 10.¹¹⁰

Además, a raíz de esta posibilidad de reemplazar trabajadores durante la huelga que se acepta en el artículo 381 del CT que una Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones formada el año 2008, solicitó al Gobierno de la República de Chile que modifique esa disposición que permite el reemplazo bajo determinadas circunstancias, porque el validar esta disposición constituye en su opinión una grave violación a la libertad sindical¹¹¹. Sin embargo, a nivel interno la discusión respecto a la interpretación del artículo 381 del CT no ha sido pacífica ni existe acuerdo general al respecto. Por ejemplo, la Corte Suprema en sentencia de unificación de jurisprudencia de siete de marzo de dos mil trece, al razonar en los considerandos sexto y séptimo de un fallo de nulidad sostuvo en relación con el artículo 381 del CT que:

“lo que la ley impide, (salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula) es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquéllos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa.”

La misma resolución de la Corte agregó lo siguiente:

“la denunciada reemplazó a trabajadores en huelga, mediante su sustitución por otros dependientes de la misma empresa, no se ha producido la figura que sanciona el artículo 381 del Código del Trabajo como práctica desleal, desde que no se trata de nuevas contrataciones”¹¹².

Para estudiar esta cuestión se formó un Consejo Asesor Presidencial y este Consejo expresó una opinión diferente, según la cual lo que la legislación busca es darle continuidad a la empresa y no incentivar la paralización de su actividad económica.¹¹³ A lo anterior, hay que agregar el criterio de la Dirección del Trabajo que ha establecido qué se entiende por personal de reemplazo de las funciones o puestos de trabajo durante la huelga y lo define del modo siguiente:

“cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentren cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en el respectivo proceso.”¹¹⁴

Por tanto, pese a que los Tratados vigentes en Chile proponen la eliminación absoluta del reemplazo en los términos del artículo 381 del CT, existen diversos fundamentos y opiniones

¹¹⁰ Nuevamente se hace presente el artículo 5 inciso segundo de Constitución que establece que incorpora los derechos los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile a la CP

¹¹¹ OIT. Comisión de Expertos en aplicación de Normas y Recomendaciones. Informe N° III, 2008, p. 100.

¹¹² Fallo de la Corte Suprema, Rol N° 4936-2012, de fecha 7 de marzo de 2013.

¹¹³ Celhay B, Pablo y Gil M, Diego “Sindicalización y Negociación Colectiva en Chile” Santiago 2007, Informe de Apoyo para el Consejo Asesor Presidencial de Trabajo y Equidad , p.16

¹¹⁴ Dictamen Ordinario N° 1303/64 de 26.03. 2004. Dirección del Trabajo, Chile.

sobre esta materia que buscan establecer un acomodo o equilibrio entre la libertad económica del empresario y el ejercicio de su poder de dirección, organización y administración de la empresa que emana del derecho a la libre iniciativa económica del artículo 19 número 21 que implica siempre respetar las normas que regulan este derecho y su compatibilidad con el derecho fundamental a la huelga reconocido en el artículo 19 número 16 de la Constitución chilena vigente. Quien ha expresado mejor este necesario equilibrio ha sido el profesor Pedro Irureta que ha señalado lo siguiente:

"La necesaria exigencia de compatibilidad lleva a sostener que la libertad económica no implica, por parte de la Administración, un desentenderse de la actividad empresarial; sino que, por el contrario, subsisten las inspecciones a las empresas, las peticiones de datos, la exigencia de determinadas características técnicas y de volumen mínimo de producción, así como el cumplimiento de una serie de otros requisitos para el desempeño de una actividad económica. Todas esas exigencias permiten regular la libertad sin sobrepasar el límite que impone su contenido esencial.

*Con todo, la libertad de organización no puede considerarse de manera aislada. No sólo existe libertad de fundación o establecimiento de actividades económicas, sino también existe libertad para desarrollarlas más allá del mero acto de constitución, asumiendo el sujeto la titularidad de auto organización y decisión. En este contexto, precisamente, donde deben situarse las facultades de variación del empresario: en un reconocimiento general para organizar los factores productivos, en el bien entendido de que esto trae implícito una cierta flexibilidad para adecuar la prestación específica de trabajo. De esta forma, la Constitución reconoce y legitima implicitamente que la organización práctica de las labores sea una atribución exclusiva del empleador, sin perjuicio de que esa atribución tendrá que someter sea una serie de exigencias para evitar un poder omnímodo."*¹¹⁵

A raíz de este "ius variandi", o facultades de variación que se reconoce al empleador es que éste puede buscar formas nuevas de organización de la empresa en la situación de huelga sin que ello signifique la vulneración de los trabajadores en huelga. La contratación de nuevos trabajadores en sustitución de huelguistas menoscaba gravemente el derecho de huelga, pero hay formas de lograr un equilibrio en el ejercicio de estos derechos. En todo caso, el admitir el derecho a la huelga supone aceptar que la prohibición de reemplazo es absoluta, y la relación entre empleador y trabajador en huelga se encuentra suspendida durante el ejercicio de este derecho fundamental por parte de los trabajadores. Sin embargo la suspensión del reemplazo no puede ser indefinida por las graves consecuencias que también genera para el empleador y la empresa, quien no tendría cómo hacer frente a la necesidad de contar con trabajadores, que es una forma de sanción al empleador que no logra acuerdo con sus trabajadores. Por tanto, debe existir una forma justa y clara de hacer uso del derecho fundamental a huelga, tanto para los trabajadores como para el empleador, que no genere vulneración de derechos para ambas partes, admitiendo que todo conflicto laboral no puede ser indefinido y deben entregarse soluciones a éste, velando por los intereses y derechos de ambas partes que garantiza la Constitución.

¹¹⁵ Irureta, Pedro "El núcleo laboral del Derecho Constitucional A la Libertad de la Empresa", Revista de Estudios Constitucionales Año 11 N°2, 2013 p. 398.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

En consecuencia, la eliminación de la posibilidad del empleador de recurrir al reemplazo de los trabajadores en las circunstancias en que se ejerce el derecho fundamental a la huelga en su empresa¹¹⁶ es consecuencia necesaria de la garantía y la efectividad que corresponde dar a este derecho. Esta prohibición es limitada en el tiempo y rige exclusivamente durante el periodo de huelga declarada y legal. Además, durante este periodo no pierde completamente el empleador el poder de dirección, organización y administración de su empresa, que son manifestaciones de su derecho a la libre iniciativa económica garantizado por el artículo 19 número 21 de la Constitución vigente que siempre supone respetar las normas legales que regulan este derecho, y a consecuencia de ello el empleador puede acomodar las funciones de los trabajadores que no han declarado la huelga para que realicen algunas de las tareas o cometidos que realizan los trabajadores que si participan del ejercicio del derecho fundamental a la huelga. Es lo que algunos han llamado el reemplazo interno de trabajadores durante la huelga. Queda en todo caso prohibida durante todo el periodo en que se ha ejercido el derecho fundamental a la huelga el realizar nuevas contrataciones de trabajadores para que realicen las funciones que se han paralizado con ocasión de la huelga y violar las normas legales que regulen esta materia.

En relación a la autoridad que resuelva la prohibición al reemplazo en huelga, la propuesta señala que la Inspección del Trabajo sólo será pertinente para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes de los puestos de trabajo en huelga, y ante la negativa del empleador deberá denunciarlo al Juzgado de Letras del Trabajo correspondiente, por lo que las cuestiones de fondo que se susciten en ese caso, serán conocidas por el tribunal correspondiente, siguiendo la prohibición de la constitución de comisiones especiales por vía administrativa. El mismo criterio ha tenido tanto el Tribunal Constitucional como nuestros tribunales superiores de justicia:

"Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental."¹¹⁷

"7) Que la resolución aludida del Fiscalizador de la Inspección del Trabajo es por su naturaleza y contenido una decisión que sólo correspondía adoptar a los tribunales de justicia y, al decidir como lo hizo, imponiéndole al Banco Concepción la obligación de escriturar contratos de trabajo no celebrados, se extralimitó en sus facultades legales y vulneró la garantía del N°16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho del recurrente a la libre contratación y el de los trabajadores a su derecho a la libre elección de trabajo y empleador, esto último, por no constar ni deducirse de los antecedentes, que ellos hayan manifestado siquiera intenciones de ser contratados directamente por el Banco recurrente;

8) Que por otra parte, lo decidido por el Fiscalizador, importó arrogarse atribuciones y funciones jurisdiccionales que ninguna ley le ha conferido, y al hacerlo, se constituyó de hecho en tribunal, con lo que infringió, además, la garantía del N°3, inciso 4º, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que el recurso denuncia, todo lo

¹¹⁶ En dicho sentido la propuesta establece: "Se prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga." Ver inciso segundo del artículo 347 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

¹¹⁷ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 499-2006, de fecha 05 de septiembre de 2006.

cual determina que esta acción constitucional deba ser acogida para restablecer el imperio del derecho.”¹¹⁸

Lo que la ley no puede hacer es eliminar toda posibilidad que los trabajadores en forma individual puedan decidir volver a su trabajo durante el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, porque esa prohibición absoluta implicaría afectar el contenido esencial del derecho fundamental a la negociación colectiva que la Constitución Política vigente ha radicado en cuanto a su titularidad en los trabajadores. Pero el ejercicio del derecho de los trabajadores debe conciliarse particularmente, este derecho está radicado en los sujetos colectivos a los que estos constituyen en cuanto a la titularidad de tal derecho, que son primariamente los sindicatos y en forma alternativa y sucedánea los grupos negociadores y sólo para el caso que los sindicatos no existan en la empresa.

De esta forma, la propuesta del Proyecto establece el derecho a reincorporación individual del trabajador durante la huelga, pero establece que los trabajadores afiliados a la organización sindical “*quedan afectos al proceso de negociación colectiva (incluida la huelga) y al instrumento colectivo al que dé origen, se reconoce también el derecho del trabajador a reincorporarse individualmente a sus funciones una vez iniciada la huelga, bajo las condiciones y en los plazos que se determinan. En efecto, una vez transcurridos 15 días (en la mediana y gran empresa) o 5 días (en la micro y pequeña empresa) desde iniciada una huelga, los trabajadores podrán reincorporarse individualmente a su trabajo, siempre que la última oferta del empleador mantenga el contrato vigente (piso de la negociación) y el IPC futuro por el periodo de duración del contrato. Si la última oferta del empleador no cumple estas exigencias, los trabajadores se podrán reincorporar después de los 30 o de los 15 días de iniciada la huelga, según se trate de una mediana o gran empresa o una micro o pequeña empresa. El trabajador que opte por reincorporarse individualmente a sus labores lo hace en las condiciones contendidas en la última oferta del empleador y a partir de ese momento se desvincula de la negociación colectiva en curso*”¹¹⁹.

En consecuencia, la propuesta del Proyecto sería constitucional respetando el contenido esencial del derecho fundamental de la negociación colectiva, que como su propio nombre lo indica tiene una dimensión que excede el ámbito meramente individual en cuanto al ejercicio de este derecho.

III.- Extensión de derechos y beneficios a los trabajadores por parte del empleador

El efecto relativo de los contratos colectivos y el principio y el derecho fundamental de la libertad sindical tiene como consecuencia el que se puedan extender los términos del convenio colectivo a todos los trabajadores, incluso a aquellos que no están sindicalizados. En la actualidad el efecto relativo de los contratos colectivos en su relación con el principio y el derecho fundamental de la libertad económica del empleador, también supone el derecho de la parte empleadora a extender los beneficios de la negociación colectiva, sin que en esta decisión pueda ser obligado por parte alguna. Así, la extensión de los derechos de los trabajadores a

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de septiembre de 1997, R.G.J. N° 213, pág. 175.

¹¹⁹ Ver letra h) del numeral 1) de la Minuta sobre Titularidad Sindical y Régimen de Extensión de Beneficios, acerca del Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales. Boletín N° 9835-13.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

otros que no fueron parte de la negociación colectiva, está regulado en el derecho chileno vigente en el artículo 346 del Código del Trabajo que dice:

"Los trabajadores a quienes el empleador les hiciere extensivos los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo, para aquéllos que ocupen cargos o desempeñen funciones similares, deberán aportar al sindicato que hubiere obtenido dichos beneficios, un setenta y cinco por ciento de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato y los pactos modificatorios del mismo, a contar de la fecha en que éste se les aplique. Si éstos los hubiere obtenido más de un sindicato, el aporte irá a aquel que el trabajador indique; si no lo hiciere se entenderá que opta por la organización más representativa.

El monto del aporte al que se refiere el inciso precedente, deberá ser descontado por el empleador y entregado al sindicato respectivo del mismo modo previsto por la ley para las cuotas sindicales ordinarias y se reajustará de la misma forma que éstas

El trabajador que se desafilie de la organización sindical, estará obligado a cotizar en favor de ésta el setenta y cinco por ciento de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato colectivo y los pactos modificatorios del mismo.

También se aplicará lo dispuesto en este artículo a los trabajadores que, habiendo sido contratados en la empresa con posterioridad a la suscripción del instrumento colectivo, pacten los beneficios a que se hizo referencia.

El artículo 346 del CT establece una cuota obligatoria del trabajador, que deberá pagar el 75 por ciento de valor de la cuota sindical a favor del sindicato en caso que el empleador les extienda beneficios de la negociación colectiva en las que no han sido parte. Sobre esta materia la Dirección del Trabajo ha señalado que existe para el empleador la obligación de:

"descontar el aporte previsto en el artículo 346 del Código del Trabajo a todos los trabajadores a quienes hizo extensivos los beneficios del contrato colectivo suscrito en forma conjunta por los Sindicatos(,), representados por la Federación de la que forman parte, siempre que a la fecha de la referida extensión los aludidos trabajadores hubiesen estado ocupando cargos o desempeñando funciones similares a los ejercidos por uno o más de los involucrados en la negociación respectiva, en su calidad de socios de alguna de las señaladas cuatro organizaciones que negociaron, con total prescindencia de haberse constituido o no en la sede regional de la empresa correspondiente al lugar de prestación de los servicios de los trabajadores favorecidos con la extensión."¹²⁰

Dado el carácter facultativo de esta potestad que la ley vigente chilena ha radicado en el empleador, la parte empleadora está facultada para extender los efectos de un instrumento, pacto o convenio colectivo a otros dependientes de su empresa, pero dicha extensión no producirá efectos ni obligaciones entre los trabajadores favorecidos, si no lo autoriza en forma previa la parte empleadora, que es solo uno de los sujetos que participaron en la negociación

¹²⁰ Dictamen Ordinario N° 4352/48, de 11.11.2013. Dirección del Trabajo, Chile.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

colectiva que negociaron dicho pacto o convenio colectivo¹²¹. Así lo ha determinado la Dirección del Trabajo y sobre esta cuestión ha expresado que:

"es el empleador, por propia iniciativa, quien debe optar, de acuerdo a la ley, por decidir hacer aplicables o extender los beneficios de un instrumento colectivo negociado con un sindicato a trabajadores que no concurrieron a ellos (...). "En efecto, el texto expreso de la ley se remite exclusivamente al empleador como el sujeto que extiende los beneficios, para que opere el aporte obligatorio sindical por parte de los trabajadores beneficiados, reunidos los demás requisitos que señala la norma".¹²²

Conviene recordar que el artículo 346 del CT tiene su origen en el artículo 122 de la ley N° 19.069, de 1991,¹²³ que era una norma que proponía un efecto extensivo "automático" para los trabajadores que ingresaran a la empresa y se afiliaran al sindicato o que, sin afiliarse a éste, solicitaran que el correspondiente contrato colectivo les fuera aplicable en lo que fuera pertinente. Así para Sergio Gamonal en la norma del artículo 346 del CT se trata de atender a las necesidades de justicia e igualdad entre los diversos grupos de trabajadores y expresa una recepción de normas y principios que son propios del derecho comparado y por eso ha sostenido lo siguiente:

"Una extensión automática recoge la práctica y el derecho comparado en esta materia, y responde a los intereses representados por los sindicatos, esto es intereses colectivos, que van más allá de la suma de intereses particulares de cada trabajador y que comprenden a una comunidad determinada de trabajo, la empresa. Las necesidades resueltas en el instrumento colectivo son necesidades de todos los trabajadores, hayan o no estado representados por los sujetos colectivos pertinentes."¹²⁴

En esta materia debe tenerse en cuenta que en el contexto de un proceso negociador reglado, los trabajadores que no participan representados por un sindicato pueden verse perjudicados. En efecto, declarada la huelga y cumplidos ciertos requisitos legales, el empleador conserva la facultad limitada de decretar un cierre patronal, caso en el cual se verán perjudicados todos los trabajadores de la empresa, predio o establecimiento, inclusive los que no negocian colectivamente.

Uno de los efectos de esta situación es la pérdida de las remuneraciones de los trabajadores por el período del cierre, que puede ser de hasta treinta días, toda vez que se suspenden los efectos de los contratos de trabajo respectivos. Ante esta situación no parece justo que una vez logrado el acuerdo colectivo los beneficios sólo favorezcan a los trabajadores que formaban parte organizada en la negociación y se impida a los no sindicalizados acceder a aquellos beneficios cuya aplicación pueda resultar aconsejable extenderles, si ambas partes, esto es, sindicato y empleador, así lo negocian. Actualmente, esta atribución está radicada en el

¹²¹ Clr. artículo 346 del CT.

¹²² Dictamen Ordinario N° 1019/91, de 17.03.2000. Dirección del Trabajo, Chile.

¹²³ Historia de la Ley N° 19.069.

¹²⁴ Gamonal Contreras, Sergio "El efecto extensivo del Contrato Colectivo. El efecto extensivo de los Instrumentos Colectivos" 2005.

empleador lo que implica que sólo cuando la parte empleadora decida activar el ejercicio de esta facultad del artículo 346 del Código, es posible extender los beneficios a los trabajadores que no participaron en la negociación colectiva.

En la actualidad, en virtud de la simple disposición del artículo 346 del CT, es el empleador el que detenta la definición de la extensión de beneficios, sin consulta ni al sindicato ni al trabajador sin afiliación sindical, al que finalmente le impone su decisión unilateral. La Dirección del Trabajo confirma esta interpretación del artículo 346 del CT al señalar que:

*“En efecto, el texto expreso de la ley se remite exclusivamente al empleador como el sujeto que extiende los beneficios, para que opere el aporte obligatorio sindical por parte de los trabajadores beneficiados, reunido los demás requisitos que señala la norma”*¹²⁵

El artículo 346 del CT al parecer se propone como objetivo mejorar las condiciones laborales de los diversos grupos de trabajadores dentro de la empresa, y los empleadores ven que ello contribuye a la igualdad de las condiciones laborales. Lo que resulta equivocado para fundamentar esta norma es suponer que la extensión de beneficios nada tiene que ver con la negociación colectiva. En verdad se trata de un efecto jurídico que evidentemente emana de las facultades que se ejercen por cada parte en el proceso de negociación colectiva. En materia de negociación colectiva la Carta Fundamental chilena no parece convalidar, ni menos parece que sea consistente con el ejercicio de una facultad unilateral de la parte empleadora en la cuestión de la extensión de beneficios, aunque esta sea permitida por la ley. En ningún caso la Constitución chilena vigente y particularmente lo dispuesto en el artículo 19 número 16 puede validar que el trabajador no sea consultado sobre la extensión de beneficios u obligaciones que son objeto de un proceso de negociación colectiva en la cual no ha participado, ni menos que la decisión de la parte empleadora le imponga la obligación de pagar cotizaciones en dinero a un sindicato al cual no está afiliado e, incluso, respecto del cual podría no compartir sus planteamientos. Más allá de eso, esta disposición del artículo 346 del CT también podría abrir paso a efectos no deseados, y así desvirtuar los buscados con ella como, por ejemplo, generar como resultado el debilitamiento sindical.

En principio el problema no se manifestaba en su versión más abusiva porque no siempre la extensión de beneficios determinada por el empleador daba origen a la obligación por parte de los trabajadores favorecidos de pagar una cotización, y a su vez, a la del empleador de descontar dicha suma de sus remuneraciones para entregarla al sindicato. En efecto, solo en la medida en que se cumplan las condiciones que determina el artículo 346, del CT tendrán los trabajadores la obligación de cotizar. En caso contrario, serán igualmente beneficiados por la extensión, pero no deberán contribuir al financiamiento del sindicato respectivo. En este mismo sentido se pronuncia Sergio Gamonal:

“Cabe precisar, que el empleador siempre puede extender los efectos de un instrumento colectivo a otros dependientes de su empresa que así lo deseen, pero dicha extensión no

¹²⁵ Dictamen Ordinario N° 1019/91, de 17.03.2000. Dirección del Trabajo, Chile.

producirá obligación entre los trabajadores favorecidos y los sujetos colectivos que negociaron dicho pacto colectivo".¹²⁶

Este problema desde luego es porque el artículo 346 del CT dispone que los trabajadores beneficiados con la extensión a veces ni siquiera deben pagar la cuota sindical. Por lo mismo, suelen expresar resistencia y poca disposición a pagar dicha cotización¹²⁷ Pero de acuerdo a la Dirección del Trabajo al menos se puede agregar que la actual normativa:

"efectivamente, cumple uno de los objetivos perseguidos por el legislador al momento de establecer el artículo 346 en el articulado permanente del Código del Trabajo: al tener la figura analizada una cobertura significativa, una proporción importante de trabajadores accede a los beneficios de la negociación colectiva"¹²⁸

A pesar de los argumentos a favor o en contra del artículo 346 del CT, el poder de ejercer la extensión de beneficios recae en el empleador que sólo extenderá los beneficios a su propio criterio y en condiciones meramente potestativas y desde el punto de vista constitucional, esta facultad se funda en el poder de dirección, administración y organización de la empresa que deriva del derecho fundamental a la libre iniciativa económica del artículo 19 número 21 de la Constitución vigente que siempre implica respetar las normas legales que regulan este derecho. La potestad del empleador en el artículo 346 también puede ser justificado porque los sindicatos y en la negociación colectiva existen en un segmento minoritario de las empresas del país y por tanto su aplicación es una forma de ampliar los beneficios a un número mayor de trabajadores.

Ahora bien, la propuesta que consiste en eliminar esta facultad del empleador de extender unilateralmente los beneficios del instrumento colectivo a los trabajadores no afiliados, podría pensarse que vulnera de manera aparente el derecho fundamental del empleador a ejercer libremente la facultad de administrar y organizar su empresa y el disponer del Artículo 19 número 21 de la Constitución y el uso, goce y disposición de los bienes de la empresa que comprende la garantía de la propiedad, establecida en el artículo 19 número 24 de la Constitución, y el derecho fundamental del empleador a convenir condiciones de trabajo con sus trabajadores fundada en el artículo 19 número 16 de la Carta Fundamental.

En relación a estos puntos, el informante es de opinión que no hay una situación de inconstitucionalidad si se elimina la facultad del empleador de extender unilateralmente los beneficios obtenidos en un contrato colectivo a los trabajadores de la empresa que no formaron parte de su negociación, y se establece por ley que por medio de acuerdos de extensión de beneficios, que se celebrarán de mutuo acuerdo por las partes, se permitirá dicha extensión, en estos casos no se afecta derecho fundamental alguno debido a que el mismo artículo 19 número 16 señala que la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y en relación con la libertad sindical, esta nueva norma respeta tanto estos derechos fundamentales, como los del artículo 19 número 21 que siempre supone respetar las normas legales que regulen esta garantía

126 Gamonal Contreras, Sergio "Manual de Trabajo". Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002, pág. 377.

127 Dirección del Trabajo "Una aproximación al art.346 del Código del Trabajo y su aplicación" Santiago 2013, p.65.

128 Dirección del Trabajo "Una aproximación al art.346 del Código del Trabajo y su aplicación" Santiago 2013, p. 73 y ss.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

y 24 al de la Constitución al establecer que los acuerdos de extensión de beneficios se celebrarán de mutuo acuerdo por las partes.¹²⁹

Otra de las propuestas del Proyecto de Reforma Laboral consiste en que el trabajador que se afilia al sindicato y que no fue parte de la negociación colectiva, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores afiliados a la organización.¹³⁰ Este trabajador gozará de los beneficios del instrumento colectivo a partir de la comunicación que realice el sindicato de su afiliación al empleador.

De acuerdo con lo anterior no parece contradictorio con los principios y normas de la Carta Fundamental establecer por medio de una disposición legal que los trabajadores tendrán derecho en forma automática al momento de afiliarse al sindicato, a todos los beneficios negociados por la respectiva asociación sindical en el contrato colectivo, en cuanto se cumplan los requisitos establecidos en sus estipulaciones. Lo anterior implica que los beneficios negociados por un sindicato y establecidos en el instrumento colectivo, se extenderán automáticamente a los trabajadores que se afilien con posterioridad a ese sindicato.

Los derechos derivados de un contrato colectivo, en cuanto son actualmente exigibles, están en la misma línea de la propuesta anterior, debido a que si las partes lo pueden hacer extensivos a los trabajadores no sindicalizados, estos derechos analógicamente también pueden ser extendidos a quienes se afilien al sindicato, e incentivar que quien sea parte de un sindicato pueda también acceder a los beneficios de este, realizando el aporte pecuniario que corresponda. Sin embargo, se debe tener presente que el contrato colectivo tiene derechos y obligaciones para ambas partes, esto es para los trabajadores y para el empleador, y de no ser así no se llamaría contrato o convenio colectivo, por lo que es conveniente analizar si a un trabajador que no fue parte de la negociación pueden hacérsele extensivos los derechos, por el sólo hecho de pertenecer al sindicato, sin que intervenga la voluntad del empleador. Es discutible desde el punto de vista constitucional esta situación en la medida que pueda llegar a excluir al empleador, porque si bien es cierto que el artículo 19 número 16 de la Carta Fundamental radica la titularidad del derecho fundamental a la negociación colectiva en la empresa en la parte del trabajador, es también la parte empleadora la que participa del derecho a la negociación colectiva, junto con los trabajadores. En el nuevo sistema el empleador negocia condiciones comunes de empleo y remuneración con un sindicato, pero puede y debe calcular si el estándar que negocia puede terminar siendo aplicable a todo su personal. El empleador tendrá que remunerar a los trabajadores no afiliados a sindicatos y/o no cubiertos por acuerdos de extensión, en base a los pactos individuales que pueda mantener con ellos, que podrán incluir reajustabilidad o bien ser ésta aplicable en conformidad a la disposición legal del inciso final del artículo 323 del CT. Los trabajadores que no tengan opción de acuerdos de extensión para acceder a los beneficios pactados por un sindicato de su empresa, mantienen el derecho de negociar individualmente con su empleador, y en esos casos corresponde la aplicación de otros beneficios que no son los mismos beneficios de la negociación colectiva. Los beneficios que puede convenirse con su empleador no han de ser los mismos a los negociados por un sindicato, y no pueden ser discriminatorios o anti sindicales. Conforme los principios generales del Proyecto no se incurre en discriminación arbitraria en este caso, en la medida que se pueden basar en criterios que tomen en cuenta las calificaciones, responsabilidad y productividad de los trabajadores.

¹²⁹ Ver inciso tercero y cuarto del artículo 323 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

¹³⁰ Ver inciso primero del artículo 323 del número 28 del artículo 1 del Boletín N° 9835-13.

Para resolver a favor de la constitucionalidad de la extensión de beneficios automática por afiliación sindical y pactada en acuerdo de extensión para el no sindicalizado, el Proyecto de Ley finalmente opta por incorporar el acuerdo de extensión como una materia a la que obligatoriamente se abocarán las partes en la negociación. En este contexto, las partes negociarán considerando el evento de que las estipulaciones del instrumento colectivo deban serle aplicables o no a los trabajadores que no participan de la negociación. Las partes deberán negociar si extenderán o no los beneficios pactados en los instrumentos colectivos que suscriban, pues deberán hacer constar en ellos si han alcanzado un acuerdo de extensión o no. Estos acuerdos de extensión deben fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a los trabajadores sin afiliación sindical. Para reafirmar que se mantiene a salvo el derecho a no sindicalizarse, expresión de la libertad sindical negativa, se explicita que no constituye atentado a la libertad sindical (no constituyen prácticas antisindicales) los acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador. Y si lo anterior no es suficiente resguardo para asegurarle a los trabajadores no estar obligados a sindicalizarse, se establece como facultad unilateral del empleador, la extensión de las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas. Esta facultad se podrá invocar siempre que dicho reajuste se haya contemplado en la respuesta al respectivo proyecto de contrato colectivo, esto es, que se haya reservado la inclusión de dichas cláusulas de reajustabilidad en la primera respuesta de la parte empleadora al proyecto de contrato colectivo, que vendrá a representar la forma explícita en que la parte empleadora comunicará al sindicato de que reservará el derecho de disponer unilateralmente su extensión a los trabajadores no sindicalizados, tal como acontece en la actualidad con el derecho vigente de la extensión de beneficios que se dispone en el artículo 346 del CT.

Asimismo, no se podrá impedir o restringir arbitrariamente, la afiliación de un trabajador al sindicato privándolo de acceder a las condiciones y beneficios obtenidos en la negociación. La idea es que no solo se vea fortalecido el sindicato, sino todo el proceso de la negociación colectiva, de forma que permitiendo esta figura intermedia, sin dar una exclusividad total a un sindicato, se promueva una fórmula que esté en conformidad con lo que hemos explicado en relación con el derecho fundamental a la negociación colectiva donde participan con derechos y obligaciones singulares, la parte empleadora y la parte de los trabajadores, a través de los sindicatos, esto es, por medio de la asociación sindical que se crea para actuar en el ámbito propiamente laboral y que asume una representación permanente de los intereses de los trabajadores.

Es imperante que esta figura no caiga en arbitrariedades, y, por tanto, el criterio que deben tener ambas partes en los acuerdos de extensión de beneficios de los instrumentos colectivos es uno objetivo, general y no arbitrario. Sin embargo, se podría anticipar una inconstitucionalidad en el caso que el empleador y el sindicato decidan extender los beneficios del instrumento colectivo celebrado por ellos a parte de los trabajadores no afiliados al sindicato, dejando fuera de dichos beneficios a algunos trabajadores, debido a que para realizar ésto se deberá discriminar para establecer los criterios que establece la propuesta, pudiendo vulnerar la igualdad ante la ley y el derecho fundamental a negociar colectivamente, establecida la igualdad ante la ley en el artículo 19 número 2:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

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

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, por su parte, establece los criterios para determinar la arbitrariedad:

“Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. En esa línea, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Roles N°s 28, 53, 219, 755, 790 y 986). A mayor abundamiento, esta Magistratura también ha sentenciado que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que también debe ser objetiva, es decir, deben existir presupuestos objetivos que justifiquen el tratamiento del legislador. Además, ha precisado que para poder determinar si se infringe o no la igualdad ante la ley, debe atenderse a la finalidad del legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (roles N°s 755 y 790);”¹³¹

Por otra parte, se establece la negociación colectiva en el artículo 19 números 16 inciso quinto:

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.”

¹³¹ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1234-2008, de fecha 07 de julio de 2008.

De esta forma, según los criterios del Tribunal Constitucional esta propuesta no caería en arbitrariedades, debido a que es una norma razonable, objetiva, cuya finalidad es adecuada, necesaria y tolerable al destinatario de ella, debido a que estos acuerdos de extensión a parte de los trabajadores tiene como fin beneficiar a trabajadores no sindicalizados que voluntariamente no han ejercido su derecho fundamental a negociar colectivamente. De esta manera, en relación a la libertad sindical, el derecho de sindicación y al derecho de asociación, se entiende que para ejercer el derecho fundamental de negociar colectivamente los trabajadores deberán hacerlo a través de un sindicato que cumpla con un quórum para negociar o de un grupo unido de trabajadores para el solo efecto de negociar, que cumpla también con la exigencia de quórum, pero en caso de que exista en la empresa un sindicato con derecho a negociar, el grupo no podrá hacerlo. Si no se asocian o afilian voluntariamente a un sindicato, o en caso que no existan uno o más sindicatos con derecho a negociar, los trabajadores no ejercen su derecho mediante un grupo negociador, entonces los trabajadores que se encuentran en esa situación están optando de manera voluntaria a no ejercer el derecho fundamental de negociación colectiva. Por tanto, la facultad que tienen tanto el empleador como el sindicato de celebrar acuerdos de extensión de beneficios de los instrumentos colectivos y extender éstos a parte de los trabajadores no sindicalizados, no es contraria ni a la libertad sindical, ni a la igualdad ante la ley, ni a la negociación colectiva, porque no puede llegar a afectar a quienes han elegido voluntariamente no sindicalizarse y/o no negociar, y por ende, no adquirir los beneficios que se negocien entre el sindicato y el empleador.

En consecuencia, entre todas estas opciones la que mejor se aviene con la normativa constitucional chilena vigente será toda aquella que reconozca que ambas partes de la negociación colectiva, que son la parte del sindicato de trabajadores y la parte empleadora, tienen derechos fundamentales y derechos que emanan de los acuerdos que son objeto del instrumento colectivo, en lo que dice relación con la extensión de los beneficios a los trabajadores que no formaron parte de la negociación colectiva. A partir del reconocimiento de la bilateralidad del instrumento colectivo y con el objeto de generar los incentivos necesarios para fortalecer al sindicato y hacer más atractiva la adhesión de los trabajadores a las organizaciones sindicales, en la medida que estas constituyen instancias permanentes de representación que favorecen el diálogo al interior de la empresa, se establece que respecto de los trabajadores cuya relación laboral no se encuentre regulada por un contrato colectivo vigente, tendrán derecho en forma automática a todos los beneficios negociados por un sindicato en el contrato colectivo, desde el momento que comuniquen al empleador su afiliación al respectivo sindicato. Lo anterior implica que los beneficios negociados por un sindicato y establecidos en el instrumento colectivo, se extenderán automáticamente a los trabajadores que se afilien con posterioridad a ese sindicato.

Así, la parte del trabajador que se afilia al sindicato y que no fue parte de la negociación colectiva, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores afiliados a la organización. Este trabajador gozará de los beneficios del contrato colectivo a partir de la comunicación que realice el sindicato de su afiliación al empleador. Al trabajador que se afilie a un sindicato estando amparado por un instrumento colectivo negociado por el sindicato al que pertenecía anteriormente, se le otorgarán los beneficios negociados por el sindicato al cual se afilie con posterioridad, una vez que expire la vigencia del contrato colectivo al que se encuentre afecto.

En relación con todas estas propuestas que suponen concebir a los instrumentos colectivos como construidos sobre la base de una relación jurídica en que se acomodan diversos derechos

fundamentales, no se perciben situaciones de inconstitucionalidad que puedan afectarlas de un modo diferente a lo que ya antes se explicado en los puntos anteriores. Los contratos colectivos consisten en acuerdos de voluntades¹³², por tanto hay que reconocer que por su naturaleza pueden ser considerados como bilaterales y generan obligaciones y derechos para las partes. Se debe reconocer también el derecho del empleador y considerar además que dentro de su contenido está su participación en la determinación de los trabajadores que se verán beneficiados con la extensión de los beneficios de la negociación colectiva.

IV.- Conclusiones

La libertad sindical como derecho fundamental y su reconocimiento en la Constitución Política chilena vigente y en los Tratados internacionales.

1. La Constitución chilena vigente garantiza y protege expresamente el derecho fundamental de la libertad sindical positiva, que se define como un derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos en el artículo 19 número 19. Dicha disposición es también expresión de la libertad sindical al permitir que las organizaciones sindicales adquieran personalidad jurídica por el hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma que determine la ley.
2. Además, la segunda parte del inciso primero del artículo 19 número 19 dispone: "La afiliación sindical será siempre voluntaria", es garantía y reconocimiento de la libertad sindical negativa, en cuanto se refiere al derecho fundamental de los trabajadores a desafiliarse de los sindicatos y eventualmente a no asociarse a ningún sindicato.
3. Al revisar las distintas formas en que nuestra Constitución consagra la libertad sindical, podemos concluir que esta es multiforme y comprende al menos las disposiciones constitucionales del artículo 19 números 15 que regula el derecho fundamental de asociación, el número 16 que reconoce y garantiza el derecho fundamental a la libertad de trabajo, que incluye el derecho fundamental a la negociación colectiva y el derecho fundamental a la huelga y el número 19 que incluye el derecho a sindicarse y la libertad sindical positiva y negativa antes mencionadas en las conclusiones anteriores. La Constitución vigente se integra además en relación con las normas sobre el derecho fundamental a la libertad sindical y del derecho fundamental a la huelga del artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se integra con las normas de la Carta Fundamental recién citadas, en virtud del artículo 5 de la Constitución, en conformidad con la idea de bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, la concepción de la libertad sindical en la Carta Fundamental y en la doctrina laboral chilena no se limita a su aspecto individual, ni están restringidas a constituir un sindicato y afiliarse a este, sino que también implica el derecho o la garantía tutelar de promover las expresiones de carácter colectivo que son propias del derecho laboral, tales como el promover normas de organización y procedimiento por parte de los poderes públicos

¹³² Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002, p.265.

respecto de la parte de los trabajadores y las partes empleadores en carácter de derecho fundamental del ejercicio vinculado específicamente al derecho a sindicarse, negociar colectivamente y el derecho a huelga, teniendo presente que estos derechos solo pueden ser ejercidos colectivamente.

La doctrina constitucional chilena y el contenido de la libertad sindical.

4. La legislación de nuestro país ha asumido una concepción restrictiva de las facultades inherentes a la noción de libertad sindical, lo que se ha traducido en una exclusión de su ámbito funcional. Es decir, la legislación chilena ha restringido el ejercicio de la actividad sindical en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores y pone el acento en las facultades de los trabajadores individualmente considerados de constituir, organizarse y afiliarse con libertad un sindicato, mas no presta mayor atención al desarrollo y el procedimiento de las mismas dejando estas materias entregadas a la regulación que pueda disponer el legislador democrático. Por su parte, actualmente el Código del Trabajo establece un sistema inorgánico para el tratamiento normativo de las conductas atentatorias de la libertad sindical.
5. En consecuencia, si bien actualmente en Chile tenemos limitaciones a la libertad sindical, estas radican de gran forma en las disposiciones que rigen el Código del Trabajo y no en las normas constitucionales, tal como lo ha establecido buena parte de la doctrina laboral y también la Comisión para la Aplicación del Convenio de la OIT, por lo cual se requiere de su modificación para que nuestro país cumpla los estándares internacionales y además se pueda dar cumplimiento al deber del Estado de Derecho de promover y dar eficacia a las garantías fundamentales, dotándolas de adecuados mecanismos de tutela y materializando estas modificaciones para permitir que se puedan ejercer efectivamente estos derechos fundamentales y garantizarlos en su contenido esencial.

La libertad sindical y la negociación colectiva.

6. La Constitución chilena vigente reconoce y garantiza en su artículo 19 número 16, inciso quinto, el derecho fundamental a la negociación colectiva en la empresa como un derecho de los trabajadores, lo que implica superar una visión meramente monista del Derecho y admitir un pluralismo metodológico que valida la intervención de fuerzas sociales en la creación de fuentes autónomas en la esfera laboral. Asimismo, sin perjuicio que la Constitución remite a la ley la regulación de la forma, modalidades y personas que se verán afectadas por la negociación colectiva, tiene la virtud que le otorga flexibilidad a esta normativa, para que pueda modificarse conforme a la realidad y puedan diversificarse los criterios que han sido adquiridos por nuestra legislación en lo referente a la ratificación de los Tratados Internacionales. Así, la negociación colectiva se alza en nuestro ordenamiento como una fuente primaria del Derecho, fundada en la propia Constitución, y como una fuente que otorga capacidad para dictar normas jurídicas de forma autónoma.

Los sujetos de la negociación colectiva.

7. La OIT, particularmente el Comité de Libertad Sindical, ha establecido reiteradas veces la vulneración a la libertad sindical que supone en la legislación chilena la equiparación de los grupos negociadores de trabajadores con los sindicatos. Efectivamente el reconocimiento, aceptación y promoción por parte del actual ordenamiento jurídico laboral de nuestro país de los grupos negociadores que se funda en una disposición legal del Código del Trabajo vigente atenta contra el principio y garantía fundamental de la libertad sindical y específicamente del derecho a sindicarse del artículo 19 número 19 de la Constitución vigente en Chile e implica una clara vulneración de los acuerdos internacionales ratificados por el país. Este incumplimiento a los Tratados Internacionales se ha producido respecto de los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT, así como también esta norma supone un desconocimiento de los postulados esenciales de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

La titularidad sindical y los grupos negociadores en la negociación colectiva.

8. La titularidad exclusiva del sindicato genera un problema constitucional relativo a la garantía de los derechos fundamentales, ya que por una parte debe conciliarse el respeto a los Tratados Internacionales, especialmente las normas que regulan el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva, el derecho fundamental a no ser discriminado arbitrariamente y la libre afiliación y desafiliación sindical que consagra la Constitución chilena. De lo anterior se desprende que no es necesario el prerrequisito de estar sindicalizado, para poder negociar colectivamente y que en estos casos residuales la titularidad del derecho fundamental a la negociación colectiva es reconocido a un grupo de trabajadores, pero siempre que sea en ausencia de un sindicato y con ello se resguarda el principio y el derecho fundamental a la libertad sindical y la igualdad ante la ley.
9. El sindicato debe sujetarse a las reglas que establece la ley y por eso si se quieren modificar las reglas de negociación colectiva, así como los procedimientos que le afectan actualmente para dar mayor incentivos al proceso de negociación colectiva que lidera el sindicato, se debe cumplir con los requisitos de que esta materia sea de iniciativa exclusiva de la Presidencia de la República de acuerdo con lo que dispone el artículo 63 número 4 y 65 número 5 de la Constitución Política. En consecuencia, las modificaciones que se quieren hacer en el Proyecto de adoptar nuevas normas de organización y procedimiento son constitucionales si se cumplen con estos requisitos y se evita afectar los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, libertad sindical, negociación colectiva, asociación, sindicación, libre iniciativa económica y propiedad entre otros. También es constitucional el determinar por ley que la desafiliación del sindicato tiene como consecuencia para el trabajador que se encuentre afecto al instrumento colectivo que dicho sindicato negoció, teniendo que pagar la cuota sindical respectiva hasta que termine la vigencia de dicho instrumento

El caso de inclusión de la mujer en las comisiones negociadoras sindicales.

10. El hecho que se deba integrar a una trabajadora a la comisión negociadora puede tener como consecuencia la vulneración al derecho fundamental de la Igualdad ante la Ley debido a que se estaría configurando de esta manera un caso de “discriminación positiva”, intentando beneficiar la afiliación sindical femenina. Sin embargo, al estudiar esta propuesta del Proyecto se concluye que esta inclusión compulsiva hecha en la propuesta no es una discriminación arbitraria, puesto que su fin es beneficiar e incentivar la participación femenina en la negociación colectiva lo que es compatible con otras discriminaciones semejantes que se hacen en la legislación chilena que también tienen base constitucional.

La cobertura de la negociación colectiva.

11. Las modificaciones de las actuales normas 304 y 305 del Código del Trabajo, para terminar con algunos casos de trabajadores que no pueden negociar colectivamente se ajusta al mandato constitucional del artículo 19 número 16, ya que no es la Constitución quién establece la prohibición de la negociación colectiva, sino la ley e incluso en algunos casos una decisión administrativa, y en este último caso teniendo una seria sospecha de inconstitucionalidad. 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. Como se puede observar en relación a la cobertura de la negociación colectiva, y de conformidad a los tratados internacionales, especialmente el Convenio N° 98, la existencia de prohibiciones no es contraria a la libertad sindical, sin embargo se deben reconsiderar los criterios que ha establecido el legislador chileno para excluir algunos trabajadores de su derecho fundamental de negociación colectiva lo que es contrario a la Carta Fundamental vigente.

El contenido de la negociación colectiva.

12. Además en Chile se ha regulado en forma explícita en la normativa laboral el tipo de materias que pueden ser objeto de la negociación colectiva, y de esta forma se limita o coarta la libertad de los actores para negociar otro tipo de materias que excedan lo que ya está regulado en la ley. El derecho vigente chileno reconoce que podrá negociarse colectivamente sobre todo aquello que los artículos 41 y 42 del CT entienden por remuneraciones, pero también respecto de aquellos beneficios económicos que conforme al primer precepto no tienen tal carácter: las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas, de colación, los viáticos, las prestaciones familiares, la indemnización por años de servicio, etc. Es claro entonces que existe la necesidad de dar también validez jurídica a la ampliación del contenido de la negociación colectiva. De esta forma, la propuesta establece dos maneras de ampliación del contenido de la negociación colectiva. Por un lado, se amplían las materias de la negociación colectiva propiamente tal, y por otro lado, se establecen los pactos sobre condiciones especiales de trabajo. Dado que por mandato constitucional, es la ley la que regula la negociación colectiva en cuanto a su contenido, en estas propuestas referidas a la ampliación del contenido de la negociación colectiva no se percibe una infracción o

inconstitucionalidad, ni menos una contradicción con los Tratados Internacionales vigentes en Chile.

Análisis del derecho fundamental a la huelga en la Constitución chilena vigente y de sus restricciones.

13. Lo primero que se desprende del derecho a huelga en nuestra Constitución es que aunque su consagración no es explícita, su mención como derecho fundamental restringido en el artículo 19 número 16, inciso 6, que enumera los trabajadores que no pueden declararse en huelga, valida su reconocimiento y garantía a nivel constitucional en Chile. Así la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, en que la forma de su consagración constitucional en Chile ha sido objeto de amplia controversia y que parte de la doctrina crítica particularmente porque se lo muestra como una excepción.
14. El derecho fundamental a la huelga en el derecho vigente en Chile se menciona de un modo explícito en la Carta Fundamental y se la reconoce y garantiza como parte del denominado bloque de constitucionalidad como derecho fundamental en el artículo 8 número 1 letra d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Chile a nivel legal el derecho a huelga está regulada para un tipo de modalidad de la negociación colectiva, por lo que dista mucho de ser un derecho fundamental reconocido en términos explícitos y universales para todos los trabajadores. Por tanto en nuestro caso la legislación no solo prohíbe la huelga que excede los casos de la reglamentación establecida en el Código del Trabajo, sino también pone trabas a la huelga que no se realiza dentro de plazo de las proposiciones de convenio, porque en esos casos la normativa legal presume que la parte trabajadora acepta dicha última propuesta.
15. A diferencia de otros sistemas en derecho comparado, el legislador chileno ha restringido la huelga a una única y excluyente finalidad que es constituirse en un factor o etapa del proceso reglado de negociación colectiva. Se desconoce así cualquier otro objetivo que no sea la reivindicación contractual dentro del procedimiento reglado previsto por la ley laboral, lo que en cierto modo es un desconocimiento de la realidad. En Chile, en consecuencia, son ilegales tipos y modalidades de huelgas que en el derecho comparado son consideradas lícitas como son, entre otras, las huelgas de reivindicación política económica, las de solidaridad, las defensivas, las que buscan exigir se cumpla el convenio colectivo, etc.
16. La limitación al derecho fundamental de huelga debiese ser excepcional en Chile y en ningún caso afectar el contenido esencial de este derecho y ser compatible con los Tratados Internacionales que contienen normas sobre derechos fundamentales referidas a la huelga. Este es sin duda es uno de los puntos más críticos de la normativa legal y la jurisprudencia judicial y administrativa chilena. Ello porque en este punto se genera un conflicto de derechos fundamentales como lo son los servicios que requieren todos los ciudadanos y que satisfacen necesidades públicas relevantes, en contraposición con el derecho fundamental de huelga de los trabajadores.

Las restricciones al derecho fundamental a la huelga en los servicios esenciales.

17. Si se acepta la tesis de que la Constitución concibe la huelga como un derecho fundamental, aunque se consagre de modo tácito o implícito, el procedimiento mediante el cual se limita el derecho de algunos trabajadores a ejercer la huelga en Chile, por medio de una resolución o medida administrativa resulta inconstitucional, pues su limitación sería materia de reserva legal, y todavía más, indelegable, por incidir precisamente en una materia comprendida en las garantías constitucionales en los artículos 19 N° 24 incisos 1º y 2º y número 26, artículo 60 número 2) y artículo 61 inciso segundo de la Constitución Política de la República. El precepto sería inconstitucional por delegar en la Administración la calificación de una situación que incide derechamente en el goce y ejercicio de una garantía constitucional, afectando dicho derecho en su esencia, pues dicha “calificación” significa en definitiva la prohibición para todo el personal que labore en las empresas referidas de ejercer su derecho de huelga. No obstante lo anterior, la propuesta no es suficiente en este sentido, ya que a pesar de lo controvertida que es esta materia se sigue con el mismo criterio que actualmente tiene el Código del Trabajo vigente en Chile.
18. El límite establecido por la Constitución chilena vigente en el artículo 19 número 16 inciso sexto para ejercer el derecho a huelga y el derecho a negociación colectiva se encuentra restringido respecto de los funcionarios del Estado y de las municipalidades, y respecto de aquellas corporaciones o empresas que tengan naturaleza estatal. Esta restricción constitucional no se aleja de los principios de la OIT, ya que el problema de los funcionarios públicos no es solo que no pueden realizar huelgas sino que tampoco pueden negociar colectivamente.

El reemplazo de los trabajadores en huelga.

19. Actualmente, en el artículo 381 del Código del Trabajo chileno se establece que, bajo determinadas circunstancias, el empleador está facultado para “contratar” los trabajadores que estime necesarios para el desempeño de las funciones de los “involucrados” en la huelga. Sin embargo, esa posibilidad está concebida en términos restrictivos, vale decir, sólo en la medida que la última oferta del empleador cumpla las condiciones que allí se establecen y se inserta en una regla legal que es imperativa y enfática desde su inicio que dispone con toda claridad respecto de la parte empleadora y dice: “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga.” El Proyecto propone prohibir toda forma de reemplazo, modificando esta norma y manteniendo toda posibilidad que los trabajadores en forma individual puedan decidir volver a su trabajo durante el ejercicio del derecho fundamental a la huelga por lo que nos parece que la propuesta del Proyecto es constitucional porque respeta el contenido esencial del derecho fundamental de la negociación colectiva conciliando el derecho individual con su ejercicio y titularidad en la esfera de lo sindical o del grupo negociador que expresan la dimensión colectiva o supra individual de dicho derecho.

La extensión de derechos y beneficios a los trabajadores por parte del empleador.

20. Desde el punto de vista constitucional el efecto extensivo relativo de los contratos colectivos dice relación por una parte con la libertad sindical, e implica que pueda

extenderse los beneficios de la negociación colectiva a trabajadores que no están sindicalizados. Por otra, también dice relación con la libertad económica y el poder de dirección y organización económica del empleador, reconocida y garantizada en el artículo 19 número 21 que siempre implica respetar las normas legales que regulan este derecho y con el derecho de propiedad reconocido en los artículos 19 número 23, 24, 25, y 26 de la Carta Fundamental, que implica que la parte del empleador también debe ser considerada para extender los beneficios a trabajadores no sindicalizados, sin que pueda ser forzado a este respecto. Dado el carácter facultativo de esta potestad que la ley vigente chilena en el artículo 346 del Código del Trabajo ha radicado actualmente exclusivamente en el empleador, esta parte podrá extender los efectos de un instrumento colectivo a otros dependientes de su empresa.

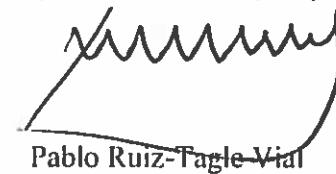
21. En este contexto la propuesta legislativa de disponer una extensión de los beneficios de un instrumento colectivo a trabajadores no sindicalizados, acordados entre el sindicato, los trabajadores y el empleador, es sin duda una forma efectiva de lograr la adhesión al sindicato que responde a que en el sindicato se organizan y asocian quienes están disponibles a regirse por condiciones comunes de empleo y remuneración, sea en cuanto hayan formado parte del sindicato al momento de la negociación colectiva o bien definan ingresar a este con posterioridad a la negociación. Por su parte, los trabajadores no sindicalizados que no se verán beneficiados por la negociación colectiva porque no han concurrido a negociar, tendrán el derecho a optar porque se les extiendan sus beneficios que empleador y sindicato hayan acordado extenderles, en el acuerdo de extensión o bien negociar individualmente sus condiciones de trabajo y remuneración, en cuanto no repliquen los mismos beneficios negociados por el sindicato y el empleador en la negociación colectiva y se funden estos beneficios individuales en sus capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad. Además, en el Proyecto respecto de estos trabajadores no sindicalizados el empleador mantendrá la facultad de extender unilateralmente las cláusulas de reajustabilidad de los instrumentos colectivos, en cuanto las haya ofrecido en la primera oferta al sindicato negociador, este es haya estado contenida en la respuesta al contrato colectivo. Por lo tanto, estos cambios que se proponen en el Proyecto son constitucionales y no afectan los derechos fundamentales de los trabajadores ni del empleador.
22. Finalmente, el informante es del parecer que no hay inconstitucionalidad si se elimina la facultad unilateral del empleador de extender los beneficios obtenidos en un contrato colectivo a los trabajadores de la empresa que no tomaron parte en la negociación colectiva, y se establece en forma alternativa, que a través de acuerdos de extensión de beneficios entre el sindicato y el empleador que celebrarán de mutuo acuerdo ambas partes, se permitirá una fórmula de extensión de beneficios mutuamente informada y acordada en que se exprese de manera más clara la garantía del artículo 19 número 16 que consagra el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical, ya que en esa misma disposición se contempla que la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva. Además, en relación con la libertad sindical la norma nueva del Proyecto respeta y especifica estos derechos fundamentales, junto con respetar también el derecho fundamental de la parte empleadora de dirigir, organizar y administrar su empresa en términos del artículo 19 número 21 de la Carta Fundamental y respeta también el derecho de disponer de sus bienes, activos y patrimonio, según dispone el artículo 19 números 23, 24, 25 y 26 de nuestra Constitución Política.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

* * *

Al concluir este informe esperamos que sus diferentes secciones y conclusiones puedan servir para responder los aspectos más fundamentales de las materias consultadas. Quedamos a su disposición para aclarar o complementar cualquier parte del presente informe y el punto de vista jurídico que aquí se expone.

Saluda cordialmente a ustedes,



Pablo Ruiz-Tagle Vial

Profesor Titular de Derecho

Constitucional Facultad de Derecho

Universidad de Chile Master y Doctor

en Derecho Universidad de Yale

V. Antecedentes utilizados para realizar este informe:

Para evacuar el presente informe hemos tenido a la vista los siguientes documentos:

- a) Minuta de Propuesta de Reforma Laboral en materia de Derechos Colectivos del Trabajo, temas para revisión de Constitucionalidad de 8 de Octubre de 2014.
- b) Informe acerca de los principios y normas contenidos en convenios internacionales del trabajo de la OIT en relación con las reformas a la legislación chilena del trabajo y seguridad social anunciados en el programa de gobierno.
- c) Proyecto de Ley del Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales referida al Boletín Nº 9835-13 de Enero 2016.

También hemos tenido a la vista para realizar el presente informe los siguientes textos, estudios, monografías, documentos y antecedentes:

1. Caamaño Rojo, Eduardo "Las materias objeto de negociación colectiva y la libertad sindical: el fantasma de los Chicago Boys a 30 años del Plan Laboral" Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nº3 año 2008. Editorial Legal Publishing.
2. Caamaño Rojo, Eduardo "El Reconocimiento de la Libertad Sindical y los grupos trabajadores en la negociación colectiva" Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Nº30. Primer Semestre 2008.
3. Caamaño Rojo, Eduardo "La Tutela Jurisdiccional del Libertad Sindical" Revista de Derecho Valdivia, vol. XIX 2006.
4. Caamaño Rojo, Eduardo "La negociación colectiva del derecho del trabajo. Análisis comparado y según estándares OIT". Disponible en: http://www.centroalerta.cl/wp-content/uploads/2011/08/informe_oit_negociacion_colectiva.pdf

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

5. Caamaño Rojo, Eduardo et al “A Construir un Nuevo Trato Laboral Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y La Negociación Colectiva en el Sector Público (convenio N° 151 OIT) Fundación Instituto de Estudios Laborales. Disponible en: <http://www.fenaminsa.cl/wp-content/uploads/2013/06/LA-NEGOCIACION COLECTIVA EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO.pdf>
6. Cea Egaña, José Luis, “Tratado de la Constitución de 1980”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1988. p. 295 y siguientes.
7. Celhay B, Pablo y Gil M, Diego “Sindicalización y Negociación Colectiva en Chile” Santiago 2007, Informe de Apoyo para el Consejo Asesor Presidencial de Trabajo y Equidad. Disponible en: [http://www.osuah.cl/documentos/Sindicalizacion%20y%20Negociacion%20Colectiva%20\(Celhay%20y%20Gil%202007\).pdf](http://www.osuah.cl/documentos/Sindicalizacion%20y%20Negociacion%20Colectiva%20(Celhay%20y%20Gil%202007).pdf)
8. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 20º período de sesiones. Ginebra, 26 de abril al 14 de mayo de 1999. Tema 7 del programa Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°12 (20º período de sesiones, 1999).
9. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2001, Madrid, España, Tomos I y II.
10. Dirección del Trabajo “Una aproximación al art. 346 del Código del Trabajo y su aplicación” Santiago 2013.
11. Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales, tomo III”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1999.
12. Fuentes, Carlos. Eficacia personal aplicativa a los contratos colectivos del trabajo en la legislación chilena: el efecto extensivo. Disponible en www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/18.pdf
13. Gamonal Contreras, Sergio “Manual de Trabajo”. Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002.
14. Gamonal Contreras, Sergio “Derecho Colectivo del Trabajo”, Santiago, Editorial Lexis Nexis 2002.
15. Gamonal Contreras, Sergio, “Perspectiva futuras del derecho sindical chileno. Desafíos de nuestro derecho sindical”, en Revista Derecho y Humanidades, N° 5, 1997, Universidad de Chile.
16. Gamonal Contreras, Sergio “Derecho de Huelga en la Constitución” Revista de Derecho Coquimbo vol. 20 N°1 2013.
17. Gamonal Contreras, Sergio “El efecto extensivo del Contrato Colectivo. El efecto extensivo de los Instrumentos Colectivos” 2005. Disponible en: <http://laboralchile.blogspot.cl/2005/08/el-efecto-extensivo-del-contrato.html>
18. Gernigon, Bernard et al “La negociación colectiva. Normas de la OIT y los principios de los órganos de control” Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 2000. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087940.pdf

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

19. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile Centro de Derechos Humanos, Santiago, Chile Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2014.
20. Informe Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, 2008. Disponible en: http://www.oci.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf
21. Irureta Uriarte, Pedro "Constitución y Orden Público Laboral", Colección de Investigaciones Jurídicas, UAH, Número 9, Santiago 2006.
22. Irureta Uriarte, Pedro "El núcleo laboral del Derecho Constitucional A la Libertad de la Empresa" Revista de Estudios Constitucionales Año 11 N°2, 2013.
23. "Informe OECD en lo relativo al mercado del trabajo chileno" Evaluaciones y Recomendaciones, Año 2009. Disponible en: <http://www.estudiosdeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2009/07/ocde-preliminar.pdf>
24. Macchiavello Contreras, Guido "Derecho colectivo del trabajo" Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1989.
25. ¹Morgado Valenzuela, Emilio "Necesidad, funcionalidad y viabilidad de la negociación colectiva en el marco de los actuales procesos de cambios: la situación en Chile", ponencia presentada por el autor al IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, publicada por la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II.
26. Morgado Valenzuela, Emilio "Informe acerca de los principios y normas contenidos en Convenios Internacionales de trabajo de la OIT en relación con reformas a la legislación chilena de trabajo y de seguridad social anunciadas en el Programa de Gobierno" Santiago. Informe encargado por la Dirección del Trabajo 2014.
27. Obrador, Roberto et al "Sindicato y negociación colectiva" Consejo Asesor Presidencial, Trabajo y Equidad, 2008 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro07-08.pdf
28. OIT. Comisión de Expertos en aplicación de Normas y Recomendaciones. Informe Nº III, 2008. Disponible en: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2008-97-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2008-97-1A).pdf)
29. OIT, "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT". Ginebra, 2006. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf
30. Pfeffer Urquiaga, Emilio, "Manual de Derecho Constitucional", Santiago, Editorial-Conosur 1987.
31. Rojas Miño, Irene "Los acuerdos colectivos en Chile: Limitaciones a su eficacia jurídica". Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N°3 año 2008. Editorial Legal Publishing.
32. Ruiz-Tagle, Pablo "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución Chilena del Bicentenario" publicado Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 2006 Santiago: Lexis Nexis.
33. Ruiz-Tagle, Pablo "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, V.63, tomo I, 2001.
34. Tapia, J Francisco "Sindicatos en el derecho chileno del trabajo". Edición 2005. Editorial Lexis Nexis.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Abogado

35. Tapia, Francisco. "El modelo chileno de exclusión de los derechos sindicales: Crítica a las normas de negociación colectiva". *Revista de Derecho Laboral*, N° 160, Uruguay, 2008.
36. Tapia Guerrero, Francisco "El Reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva en "NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CHILE. LA DEBILIDAD DE UN DERECHO IMPRESCINDIBLE". División de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, Edición 2009,
37. Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo, Tomo I Generalidades Derecho Colectivo del Trabajo". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002.
38. Thayer Arteaga, William "Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo". Santiago, Ediciones UC 2013.
39. Thayer, William, y Novoa, Patricio "Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV Sindicatos y Negociación Colectiva, Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación Chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002.
40. Ugarte Cataldo, José Luis "Huelga y servicios esenciales: el estrangulamiento institucional de un derecho fundamental". *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N°3 año 2008. Editorial Legal Publishing.
41. Ugarte Cataldo, José Luis "El Nuevo Derecho del Trabajo" Edición 2004. Editorial Universitaria.
42. Ugarte Cataldo, José Luis, "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores". Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales Santiago, Informe sobre Derechos Humanos, 2010.
43. Ugarte Cataldo, José Luis, "Libertad Sindical y Constitución de 1980: Cómo superar una vieja lectura", publicado en *Revista Laboral Chilena*, agosto, 2000. Santiago.
44. Ugarte Cataldo, José Luis, "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro", publicado en *Revista de Derecho Universidad Austral* vol. 2. Valdivia.
45. Ugarte, José Luis. Libertad. "La Corte suprema y el Derecho a huelga". En *Revista Estudios laborales*, N° 4, 2009 Santiago.
46. Urzúa Valenzuela, Germán, "Manual de Derecho Constitucional", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
47. Varas, Karla "La huelga como derecho fundamental" *Revista De Derechos Humanos Universidad Diego Portales* 2014. Disponible en: http://www_udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/la_huelga.pdf
48. Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, "Derecho Constitucional", tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1994.
49. Varios autores "Negociación Colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible". División de Estudios de la Dirección del Trabajo. Edición 2009.
50. Walker Errazuriz, Francisco "Derecho de las Relaciones Laborales". Santiago, Editorial Universitaria 2003.*