



LIBERTAD Y DESARROLLO

SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

Reforma Laboral:
Una Oportunidad Desperdiciada

Sergio Morales C.

**SERIE
INFORME
LEGISLATIVO**
ISSN 0717-1544

Diciembre 2016

043

SERGIO MORALES C.

es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Desde junio de 2013 se desempeña como investigador del Programa Legislativo y Constitucional de LyD.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO **05**

1. INTRODUCCIÓN **06**

2. INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA TITULARIDAD SINDICAL **06**

3. PRINCIPALES CONTENIDOS
DE LA NUEVA LEY **11**

4. CONCLUSIÓN **26**

5. BIBLIOGRAFÍA **27**

1. Cobertura de la negociación colectiva	11
2. Materias de la negociación colectiva	12
3. Sindicato del día después	13
4. Despido de trabajadores no aforados	13
5. Deber de información del empleador	14
6. Extensión de beneficios de un instrumento colectivo	16
7. Duración del Instrumento Colectivo	19
8. Pisos mínimos al inicio de la negociación colectiva	19
9. Huelga y la eliminación del reemplazo	21
10. Servicios mínimos	22
11. Pactos sobre condiciones especiales de trabajo	24
12. Obligatoriedad de negociación colectiva con sindicatos interempresa en la empresa	25

Resumen Ejecutivo

El presente documento examina desde la óptica de las políticas públicas la nueva regulación laboral en lo que se refiere al derecho colectivo del trabajo mediante la sustitución del libro IV del Código del Trabajo de la negociación colectiva.

El propósito de este estudio es exponer la nueva normativa a partir de sus contenidos principales, realizando un análisis comparativo donde, por una parte, se expondrá el escenario actual en cuanto a normativa e información estadística sobre el comportamiento del mercado laboral, y por otro, la nueva normativa que entrará en vigencia el 1 de abril del 2017, formulando al respecto comentarios sobre dudas, vacíos y advertencias que deja la nueva legislación.

De manera secundaria, del análisis es posible comprender las modificaciones más relevantes que se introdujeron durante la tramitación en el Congreso Nacional, con especial énfasis en la declaración de inconstitucionalidad de la titularidad sindical por parte del Tribunal Constitucional.

Con la reforma laboral podemos apreciar cómo muchos de los cambios introducidos implicarán una serie de inconvenientes al mercado del trabajo, principalmente en lo referente a la gran inseguridad jurídica del sentido y alcance de las normas jurídicas en juego, lo cual sólo generará incrementos en materia de conflictividad al interior de las empresas y aumento en los costos de contratación, lo cual no constituirá ningún incentivo en materia de generación de puestos de trabajo, mayor productividad o proliferación de nuevos emprendimientos.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de una larga tramitación legislativa de casi 20 meses, el proyecto de reforma laboral del Gobierno -boletín 9835-13-, fue finalmente aprobado por el Congreso Nacional y promulgado por el Ejecutivo, no sin antes sufrir una serie de modificaciones en su paso por ambas cámaras, un veto supresivo y dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

De todos los cambios que experimentó el proyecto a lo largo de este tiempo, el que dice relación con la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de la titularidad sindical para negociar colectivamente, es el elemento central de las modificaciones legales planteadas por el Ejecutivo.

La nueva ley 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, fue promulgada por la Presidenta de la República el 29 de agosto de 2016 y publicada en el Diario Oficial el pasado 8 de septiembre.

Esta nueva normativa estructuralmente puede dividirse en 3 partes:

- a. Realiza modificaciones en el Código del Trabajo para adecuar normativa y regular algunos contenidos relativos al Libro III “De las organizaciones sindicales” en materias tales como quórum de sindicatos, delegados sindicales, la sustitución de la nomenclatura de “permiso sindical” por “horas de trabajo sindical”, el establecimiento de cuota de mujeres en directorios de organizaciones sindicales y modificaciones en materia de prácticas antisindicales.
- b. Se sustituye por completo el Libro IV del Código del Trabajo “De la Negociación Colectiva”, introduciendo una serie de modificaciones en materia procedimental, en la regulación de la huelga, el reemplazo de trabajadores y la introducción de los pactos de adaptabilidad, entre otras materias.

- c. La creación del Fondo de formación sindical y relaciones colaborativas y del Consejo Superior Laboral, diseñado como un organismo tripartito (con presencia de representantes de las organizaciones sindicales, organizaciones gremiales y del gobierno) y consultivo encargado de colaborar en la formulación de propuestas y recomendaciones en política pública laboral.

Sin considerar la experiencia práctica de la implementación y aplicación de esta nueva regulación laboral, que entrará en vigencia el 1 de abril de 2017, es posible realizar una sistematización de sus principales cambios y vaticinar algunas consecuencias derivadas de la política pública adoptada.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA TITULARIDAD SINDICAL

Para poder comprender el resultado legislativo de esta reforma debemos previamente considerar el resultado de la eliminación de la titularidad sindical en la nueva ley por parte del Tribunal Constitucional.

Un grupo importante de parlamentarios de oposición presentó un requerimiento de constitucionalidad al Tribunal Constitucional para que éste se pronunciara respecto de algunos aspectos del proyecto de reforma laboral del gobierno.

El fallo declaró inconstitucional la titularidad sindical, idea matriz del proyecto de ley, así como el sistema de extensión automática de beneficios de la negociación colectiva por parte de los sindicatos a sus nuevos afiliados.

El proyecto de ley pretendía modificar la actual normativa, entregando la titularidad de la negociación colectiva a las organizaciones sindicales.

La normativa señalaba que las partes de la negociación colectiva son los empleadores y las organizaciones sindicales, lo que en otras palabras implica que los trabajadores de una empresa sólo tendrán derecho a negociar colectivamente a través de estas organizaciones que los representen, excluyendo en principio la posibilidad que los trabajadores opten por negociar a través de otras formas de colectivos como son los grupos negociadores.

En cuanto a la situación en que quedan los grupos negociadores, se disponía que sólo en aquellas empresas en que no exista un sindicato con derecho a negociar, estos podrían hacerlo, pero no conforme a las reglas de la negociación reglada -que es la que otorga derechos como el fuero y la huelga- sino que por medio de un procedimiento distinto, denominado semi reglado, que carece de dichos derechos.

Esta figura que se intentó instalar a nivel legal infringía abiertamente la norma expresa constitucional, específicamente el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República de Chile, que consagra a propósito del derecho a

la libertad de trabajo y su protección, el derecho a negociar colectivamente, señalando a su respecto en el inciso quinto que *“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”*.

Esta norma, al relacionarla con el artículo 19 número 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la sindicalización al disponer que *“La Constitución asegura a todas las personas: “ El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. (...)”,* en conjunto con el derecho a huelga establecido en el artículo 19 número 16 inciso séptimo de la norma fundamental que dispone que *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”,* forman los tres pilares en que descansa la libertad sindical: negociación colectiva; derecho a la formación, afiliación, desafiliación y no afiliación sindical; y el derecho a huelga.

Lo cierto es que del análisis de esta trilogía de normas se desprende que la titularidad de la libertad sindical descansa en último término en los trabajadores, entendidos como las personas naturales que prestan servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo. A lo anterior se suma que sólo es posible vía legal determinar casos en que no será posible negociar, situaciones que deberán estar debidamente justificadas, y que sólo pueden referirse a determinadas categorías de trabajadores por actividad o empleador y no a los trabajadores por el sólo hecho de no ser parte de una organización sindical.

El derecho a negociar colectivamente como derecho de los trabajadores queda además reforzado por el hecho

que el constituyente regula este derecho a propósito de la libertad de trabajo y no dentro del derecho de sindicalización que se regula en otro numeral del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la carta fundamental. En virtud de lo anterior, la negociación colectiva debe ser entendida como un derecho de los trabajadores (titulares específicos del derecho fundamental) y no de las organizaciones sindicales, por lo que mal se hubiese podido torcer la voluntad del constituyente y la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, estableciendo la titularidad sindical que promovía el Ejecutivo vía legal.

El derecho a la negociación colectiva de los trabajadores ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia rol 267-2014 al ver que el artículo 19 número 16 de la carta magna, reconoce una titularidad específica, no sólo a las personas como es la regla general, sino que referida a los trabajadores, lo cual queda claro en las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, conocida como Comisión Ortúzar, lo que además ha sido reafirmado por juristas de gran relevancia como Humberto Nogueira, Mario Verdugo y Emilio Pfeiffer en su libro "Derecho Constitucional"; José Luis Cea en su libro "Derecho Constitucional Chileno" y Alejandro Silva en su libro "Tratado de Derecho Constitucional".

Claramente no resulta lo mismo afirmar que la titularidad del derecho fundamental es del trabajador o de la organización sindical, debido a que al establecer la titularidad del derecho a la negociación colectiva en el sindicato se está trasladando dicha titularidad desde una persona natural a una organización sindical que técnicamente es un sujeto de derecho diverso, atendido que corresponde a una persona jurídica de derecho privado distinta de los miembros que lo componen, lo que es una afectación del derecho en su esencia. Es decir, se estaría privando el ejercicio pleno del derecho.

Ahora bien, al relacionar la libertad sindical con el derecho constitucional de asociación del artículo 19 número 15 de la Constitución Política de la República que dispone que *"La Constitución asegura a todas las personas: 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.(...)" y la libertad de conciencia reconocida en el artículo 19 número 6 de la norma fundamental al disponer que *"La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.(...)"*, podemos concluir que para garantizar

ambos derechos, pesa sobre el Estado y los particulares un deber de abstención consistente en no obligar a una persona a pertenecer a una asociación o a un tipo específico de organización, todo lo cual hace que la titularidad sindical vaya en camino contrario a las libertades garantizadas a nivel constitucional.

Esto se refuerza con el artículo primero de la Carta Fundamental, donde se sustentan las bases de la institucionalidad, que dispone:

"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."

Así, cada persona es libre para agruparse del modo que estime pertinente, en igualdad de oportunidades, conforme a sus propios valores, ideas o aspiraciones, las que no siempre pueden estar en manos de un sindicato, sino que aceptan la norma constitucional al señalar que la ley establecerá las "modalidades" de la negociación colectiva y los "procedimientos adecuados". En caso alguno puede implicar que el legislador dificulte o impida el ejercicio de la libertad sindical y la libertad de trabajo por medio de la regulación de estos aspectos de la negociación.

La titularidad sindical, en los términos establecidos en el proyecto aprobado originalmente, y en los casos en que exista un sindicato en la empresa, transforma a estos en dueños de un monopolio absoluto, toda vez que se fija por ley que sólo estas organizaciones son capaces de representar los intereses colectivos de los trabajadores independientemente del derecho a la libertad de conciencia de cada trabajador respecto de las ideas y convicciones, políticas, religiosas o económicas. Así, podrían ocurrir casos en que en una empresa de 500 trabajadores, sólo 50 estén sindicalizados y los 450 restantes pierden su derecho a negociar como grupo o bien, vean mermados de sobremanera su libertad para contratar individualmente con

su empleador, so pena de exponer al empleador a sanciones por prácticas antisindicales.

Este monopolio en relación con el sistema de extensión de beneficios de la negociación colectiva que inicialmente contemplaba el proyecto de ley, condiciona coactivamente la afiliación sindical, pues quien quiera desafiliarse o haya decidido no afiliarse le será muy gravosa y perjudicial su situación laboral en la empresa, afectando el núcleo de la libertad sindical, pues en caso de no afiliarse a un sindicato nuevo o existente, torna el derecho a negociar colectivamente en un derecho irrealizable, imposible de ejercer.

Finalmente, respecto del caso excepcional en que en la empresa no existiera un sindicato con derecho a negociar, el proyecto autorizaba a los trabajadores a negociar como grupo negociador, pero sólo acogiéndose a un procedimiento de negociación colectiva semi reglada, que es una forma más precaria de ejercicio del derecho a negociar colectivamente, toda vez que no proporciona a los trabajadores involucrados fuero durante el proceso y la posibilidad de ejercer el derecho a huelga, lo cual a todas luces da cuenta de una vulneración a la igualdad ante la ley al generar una diferencia arbitraria que discrimina a los trabajadores que optan por este tipo de asociación.

Al reservar la negociación colectiva reglada a las organizaciones sindicales, observamos el intento de un nuevo cambio de titularidad de derechos constitucionales, en este caso del derecho a huelga, desde los trabajadores- que podrían ejercerlo como sindicato o grupo negociador- a las organizaciones sindicales de modo exclusivo.

Considerando lo anterior, con la titularidad sindical tal y como fue regulada en el proyecto, se provocaba una captura de la mayoría por las minorías, un cambio de titulares del derecho a la libertad sindical, que tanto en su variante positiva como negativa, debiera descansar en los trabajadores y no únicamente en los sindicatos, lo cual implicaba una vulneración flagrante a la libertad sindical en dos de sus pilares fundamentales -negociación colectiva y derecho a huelga-.

El Tribunal Constitucional en su sentencia definitiva rol 3016 (3026)-2016 de fecha 9 de mayo de 2016 realiza una descripción pormenorizada de las garantías que la inclusión de titularidad sindical en los términos del proyecto de ley aprobado por el Congreso, vulneraría. En este sentido, el fallo señala que *"(...) se está en presencia de una afectación constitucional múltiple de derechos constitucionales, lo que no es inocuo para la evaluación de la tolerabilidad constitucional de la intervención legislativa..."*.

Es así como a juicio del Tribunal, la titularidad sindical afecta todas y cada una de las garantías constitucionales expuestas en el requerimiento, esto es: los artículos 19 Número 16 (derecho de los trabajadores a negociar colectivamente);

artículo 19 Número 15 (derecho a asociarse sin permiso previo); artículo 19 Número 19 (afiliación sindical será siempre voluntaria); artículo 19 Número 26 (seguridad de los preceptos legales que no podrán afectar derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio) y artículo 19 Número 2 (prohibición de establecer diferencias arbitraria).

En términos generales, el tribunal señala que *"(...) la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores"*. Agrega que *"En efecto, se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados."* Como consecuencia de lo anterior, los efectos de un instrumento colectivo recaen en los trabajadores, individualmente considerados, y no en las organizaciones de trabajadores. En virtud de ello, los mecanismos de intermediación o representación de la voluntad individual para expresar el interés común del colectivo en una negociación no pueden implicar una prohibición o limitación tan drástica.

Por medio de la titularidad se imponía a los trabajadores una prohibición más que una regulación o modulación, toda vez que dejaba sujeto a los trabajadores a una condición ajena a su voluntad, cual es la existencia de un sindicato con derecho a negociar, de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental.

En definitiva, el Tribunal Constitucional determinó que las normas de titularidad eran inconstitucionales, pues su efecto era alterar a nivel legal la titularidad de un derecho fundamental.

El Tribunal estimó además que la titularidad sindical afectaba la garantía fundamental de libertad de asociación. El Tribunal estimó que en materia de negociación colectiva esta libertad no se agota en el sindicato como único cuerpo intermedio, sino que toda agrupación voluntaria de trabajadores es reflejo de este derecho de asociación. Según el TC, *"La ausencia de reconocimiento constitucional expreso no coga las posibilidades asociativas de los trabajadores."*

Así se concluye que el hecho que no tengan reconocimiento expreso no significa que a nivel constitucional deba estimarse que los grupos estén prohibidos.

Como señala el profesor Silva Bascuñán, el derecho de asociación no sólo se refiere a las facultades de los individuos de formar e integrar cualquier tipo de organización, sino también de no verse forzado a incorporarse a una determinada, e incluso, de no participar en asociación alguna, aunque sea transitorio y no tenga personalidad jurídica, como es el caso de los grupos negociadores.

Respecto a la libertad de afiliación, el TC recalca de acuerdo a la norma constitucional expresa, la afiliación

sindical será siempre voluntaria, lo cual permite dar cuenta que "(...) la libertad sindical debe concebirse como el ejercicio de un derecho individual (y voluntario) para crear un sindicato, el cual, a su vez, como colectivo, goza del derecho a desarrollarse, respetando siempre el derecho (también individual y voluntario) de quienes lo conforman de permanecer, afiliarse o desafiliarse."

Cabe agregar que respecto a la igualdad ante la ley, el TC determina que el hecho de establecer para los grupos negociadores, en el caso de poder negociar, un procedimiento semi reglado carente de fuero y huelga constituye una discriminación arbitraria. Sería abiertamente desproporcionado y carente de razonabilidad, pues estaría arrebatando derechos reconocidos a los trabajadores y no a las organizaciones sindicales, de manera exclusiva.

Por su parte, el Considerando 64° del fallo del Tribunal Constitucional en la causa rol 3016 (3026)-2016, teniendo a la vista que la titularidad sindical estaba transversalmente en buena parte del articulado de la nueva legislación, establece un efecto expansivo a priori de declaratoria de inconstitucionalidad a buena parte del proyecto, al señalar *"Que, asimismo, las constataciones de inconstitucionalidad a las que este Tribunal ha llegado son incompatibles con cualquier disposición transitoria o accesoria a las normas impugnadas en este requerimiento y que han sido declaradas inconstitucionales."*

De este modo, considerando que ante normas no impugnadas y que han sido promulgadas, el Tribunal ha emitido esta declaración a priori de modo tal de fijar de manera genuina e inequívoca la interpretación que debe darse a la nueva normativa, que en caso alguno puede dar lugar de manera tangencial a una tesis jurisprudencial que pretenda revivir la titularidad sindical.

Esto es relevante para efecto de dos temas claves de la reforma: grupos negociadores y pactos de adaptabilidad.

Así, considerando lo señalado por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete y garante de la Constitución Política de la República en cuanto a la inconstitucionalidad de la titularidad sindical, una correcta interpretación que debieran hacer suya la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia, es la siguiente:

- Sindicatos y grupos negociadores son organizaciones igualmente legítimas para representar los intereses de los trabajadores en un proceso de negociación colectiva, pudiendo cohabitar en una empresa e incluso negociar paralelamente.
- Cada vez que el proyecto de ley haga referencia a "organizaciones sindicales" en materia de negociación colectiva deberá entenderse en su sentido amplio, esto es como "organización de trabajadores", comprendiendo

por ende, a los grupos negociadores, quienes son una manifestación de la libertad de asociación, por lo que no es preciso que estén regulados para ser una forma de agrupación amparada por el ordenamiento jurídico.

- Todo grupo negociador podrá optar por negociar bajo las reglas de la negociación colectiva reglada (incluye fuero de trabajadores y derecho a huelga) o bajo las disposiciones de la negociación no reglada.
- En caso que el grupo opte por negociar de manera reglada, y haciendo una interpretación sistemática del proyecto, es preciso que previamente fije con su empleador o con los organismos pertinentes, según sea el caso, los servicios mínimos y los equipos de emergencia frente a posibles paralizaciones producto de una huelga.
- Tanto a sindicatos como a grupos negociadores se le aplican las mismas normas en relación con presentación del proyecto de contrato colectivo, mediación, derecho a huelga, servicios mínimos, arbitraje, prácticas antisindicales y desleales, etc.
- En consonancia con lo anterior, a modo de evitar discriminaciones arbitrarias, los grupos negociadores tienen derecho a celebrar pactos de adaptabilidad en las mismas condiciones que se regula para los sindicatos.
- Cualquier interpretación que implique poner a los sindicatos por sobre los grupos negociadores o viceversa, implica una clara y manifiesta violación a la Constitución y desacato al fallo del Tribunal Constitucional.

3. PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA NUEVA LEY

1. Cobertura de la negociación colectiva

1) Situación antes de la nueva ley

La negociación colectiva a nivel constitucional es un derecho que pertenece a todos los trabajadores. Sin embargo, tanto la Constitución Política de la República como el artículo 304° (aún vigente) del Código del Trabajo señalan que ésta podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación.

De este modo, se excluyen desde ya los funcionarios del sector público, reservando dicho derecho a los trabajadores del sector privado, salvo algunas excepciones relativas a empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional, entre otras.

Además, el artículo 305° del mismo cuerpo legal dispone que no podrán negociar colectivamente:

- Trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje.
- Trabajadores sujetos a contratos por obra o faena.
- Trabajadores de temporada.
- Gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración.
- Personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores.
- 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.

2) Nueva regulación:

En este punto la nueva ley realiza algunas innovaciones tendientes a ampliar la cobertura de trabajadores con derecho a negociar colectivamente. Es así como se deja fuera del grupo de trabajadores exceptuados, y por ende, se les permite legalmente negociar, a los trabajadores

contratados por obra o faena, trabajadores de temporada, los cuales se regirán por un procedimiento especial de negociación colectiva.

Respecto de los cargos de confianza, excluye expresamente a aquellos “que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes”, lo cual debe dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo.

En cuanto a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, estos podrán negociar colectivamente sólo en las grandes empresas, quedando exceptuadas para las micro, pequeñas y medianas empresas.

3) Comentarios:

- a. En cuanto a los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje, dice relación con el hecho de impartir conocimientos y habilidades de un oficio al aprendiz, por sí mismo o por un tercero, por lo que no implica necesariamente una relación estrictamente laboral, pues la prestación principal que debe pagar el empleador no es la remuneración sino el conocimiento. Por su parte, este contrato es utilizado principalmente para efecto de las prácticas profesionales de jóvenes estudiantes, los cuales al verse involucrados en una negociación colectiva puede resultar un desincentivo para su contratación, atendida la naturaleza transitoria de esta relación laboral.

A su vez, queda la duda respecto de su eficacia, toda vez el artículo 82° del Código del Trabajo dispone que en ningún caso las remuneraciones de los aprendices podrán ser reguladas a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

En la historia de la ley se pretende dejar en claro que estos trabajadores podrán participar de negociaciones, pero sólo se le podrán aplicar las cláusulas relativas a materias que no constituyan remuneraciones como por

ejemplo, beneficios o pactos de adaptabilidad dentro de una negociación colectiva.

- b. En cuanto a los trabajadores de confianza, la causal de exclusión del proyecto de ley es más acotada que la vigente, por lo cual se generan serias dudas en cuanto a su extensión, lo cual deberá ser acotado por la jurisprudencia administrativa y judicial.

2. Materias de la negociación colectiva

1) Situación antes de la nueva ley

El artículo 306° del Código del Trabajo dispone que son materias de la negociación colectiva:

- Aquellas referidas a remuneraciones incluyendo dentro de estas, sueldos, sobresueldos, gratificaciones, participación y comisiones. (artículo 42° del Código del Trabajo).
- Otros beneficios en especie o en dinero: Se refiere a ingresos que no constituyan remuneración, como bonos de colación, locomoción, etc, así como respecto de otros beneficios como becas, capacitaciones, etc.
- Condiciones comunes de trabajo. Al respecto se ha entendido que dentro de estas pueden comprender estipulaciones especiales para los distintos grupos de trabajadores de una empresa, siempre y cuando no impliquen discriminaciones arbitrarias.

El mismo artículo excluye de estas materias aquellas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma. La encuesta ENCLA de los años 2011 y 2014 analizó el tema de los beneficios pactados por las partes en los instrumentos colectivos, dando cuenta de un gran número de medidas que se pactan por este medio entre empleadores y trabajadores. De este modo se señala como las materias más recurrentemente convenidas: bono de colación, cláusulas relacionadas con incentivos a la productividad y capacitación. Asimismo, actualmente sí se negocian jornadas, así como flexibilidad para mujeres, pero en menor medida.

2) Nueva regulación:

La nueva ley en su artículo 306° señala que son materias de negociación colectiva en general, aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas de trabajadores y empleadores. De este modo, la redacción amplía las materias a cualquier tema de interés, como por ejemplo, rehabilitación de trabajadores, normas sobre actividades extra programáticas, etc.

Conjuntamente con lo anterior, se indica que serán materia

de negociación las que se refieran a:

- Remuneraciones
- Otros beneficios en especie o en dinero.
- Condiciones comunes de trabajo.

Adicionalmente, se incluyen como materias de negociación facultativas:

- Acuerdo para conciliación de trabajo con las responsabilidades familiares.
- Medidas referentes a la equidad de género.
- Acuerdos referidos a la extensión de beneficios.
- Planes de igualdad de oportunidades en la empresa.
- Acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores.
- Constitución y mantenimiento de servicios de bienestar.
- Mecanismos de solución de controversias
- Otros.

Una innovación de esta ley es que se permite negociar sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descanso, siempre y cuando se cumpla con requisitos especiales para que estos pactos tengan validez, pero esta materia en su paso por el Senado fue excluida de la enumeración de materias de la negociación colectiva, sin perjuicio que la norma permite que estos pactos de adaptabilidad se celebren tanto dentro como fuera del proceso de negociación colectiva.

Finalmente, se recoge la norma actual que excluye de las materias de negociación colectiva aquellas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

3) Comentarios:

- a. Se considera un avance la ampliación de materias que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, pueden pactar, sobre todo que a primera lectura abre la puerta a la idea de establecer pactos especiales de trabajo relativos a jornada de trabajo y descansos, tema que será analizado en un punto posterior.
- b. En cuanto a la ampliación de materias a temas como “planes de igualdad de oportunidades” y “conciliación de trabajo con las responsabilidades familiares”, se previene que la negociación colectiva es una instancia que no debe afectar materias de gestión de la empresa, sino beneficios independientes de la misma. Sin duda, existe un área gris a conciliar entre las partes que puede dar paso a trabas en las negociaciones en razón de medidas que se alejen de lo estrictamente laboral.
- c. El proyecto señala como materias negociables los mecanismos de solución de controversias. Al respecto, pareciera ser una buena medida que permita sustraer del conocimiento de la Dirección del Trabajo o de los Tribunales Laborales estas materias y entregarle

jurisdicción a un ente privado. Sin embargo, no queda claro si de todos modos es posible la intervención de estos organismos pese al pacto de las partes.

3. Sindicato del día después

1) Situación antes de la nueva ley

El Artículo 221° del Código del Trabajo dispone en su inciso tercero que gozarán de fuero los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, establecimiento de empresa o interempresa, desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva y hasta 30 días de realizada ésta, sin que pueda exceder el período de fuero los 40 días.

Esta figura de fuero retroactivo ha sido constantemente criticada, toda vez que de mala fe se ha utilizado para dejar sin efecto despidos de trabajadores por medio de la formación de estos sindicatos empresas o interempresas con el objeto de generar fueros para algunos trabajadores, sin atender los verdaderos objetivos de la creación de una organización sindical.

Ya a nivel de jurisprudencia esta irregularidad ha sido advertida. Así, en la causa RIT: S-41-2010 sobre tutela de Derechos Fundamentales del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago se rechaza una demanda de tutela, toda vez que se determinó que el trabajador demandante sólo tuvo una participación formal en la constitución del sindicato interempresa, pero sin que la finalidad al concurrir a tal acto haya sido la de desarrollar actividad sindical, lo que sumado a que a la fecha de constitución, se sabía despedido, llevaron al Tribunal a estimar, que mediante medios lícitos, se ha pretendido una finalidad no comprendida, ni amparada en la norma, que protege la libertad sindical.

2) Nueva regulación:

El proyecto en su texto original eliminaba la figura del sindicato del día después con este sistema de fuero retroactivo de 10 días para todo tipo de sindicatos, sean empresas o interempresas, disponiendo que el plazo para contabilizar el fuero retroactivo de 10 días de los trabajadores no será desde la celebración de la asamblea hacia atrás, sino desde un hecho objetivo que demuestre seriedad en la voluntad de formar una organización sindical, cual es desde que se formule la "solicitud reservada de Ministro de Fe" para la asamblea constitutiva y hasta 30 días después de realizada ésta, debiendo tener lugar la asamblea dentro de los 10 días siguientes a la solicitud del Ministro de Fe.

Luego de fuertes presiones del mundo sindical, se optó en el Senado por mantener el sindicato del día después para el caso de la constitución de sindicatos empresas, pero modificándola respecto de la constitución de sindicatos interempresas.

3) Comentarios:

El proyecto mantiene una figura fuertemente cuestionada, toda vez que se presta para poner en jaque de manera artificiosa facultades propias del empleador y favorecer la proliferación de sindicatos de papel, cuyo único objetivo sea la generación de fueros, tanto para los trabajadores que concurran a la constitución durante 40 días (que puede tener lugar varias veces en un año), así como el fuero permanente de los directores aforados, y no con el foco puesto en el ejercicio de la actividad sindical. Debiera insistirse en su eliminación en segundo trámite.

4. Despido de trabajadores no aforados

1) Situación antes de la nueva ley

El actual artículo 294° del Código del Trabajo dispone la nulidad del despido de trabajadores sin fuero realizados a propósito de la comisión de una o más prácticas antisindicales o desleales por parte del empleador, debiendo, en tal caso, el interesado acogerse al procedimiento de tutela de garantías constitucionales ante los Juzgados del Trabajo.

En estos casos, nacerá para el trabajador afectado un derecho de opción entre la reincorporación o la desvinculación total, pero con derecho a la indemnización sustitutiva del mes de aviso, años de servicio, más los recargos correspondientes por la improcedencia del despido.

2) Nueva regulación:

La nueva ley modifica la disposición en dos aspectos:

En primer lugar, para decretar la nulidad del despido ya no es necesario contar previamente con la declaratoria de práctica antisindical o desleal, sino que basta con probar que la desvinculación se realizó en represalia por su afiliación sindical o su participación en la negociación colectiva.

Por otro lado, elimina el derecho de opción del trabajador para elegir entre la indemnización con recargo y el reintegro.

3) Comentarios:

a. Esta norma lleva a cuestionar decisiones propias del empleador, quien, pese a acreditar la causal invocada, puede verse impedido de desvincular a sus trabajadores con el fin de reorganizar la empresa y optimizar sus resultados. Se deja en claro que una norma similar existe actualmente en el Código del Trabajo, sin embargo, ésta exige comprobar previamente la realización de una conducta tipificada como antisindical o desleal para que opere, entregando también la opción de desvincular con indemnización con recargos o reincorporar, cuestión que desaparece con la modificación planteada.

- b. Se priva del derecho de opción al trabajador, quien legítimamente puede preferir la desvinculación total, pero con el pago de la respectiva indemnización con los correspondientes recargos legales, forzándolo a reincorporarse a un trabajo contra su voluntad, lo cual afecta claramente su derecho a la libertad de trabajo, llevándolo a absurdos en que el trabajador pueda preferir renunciar.

5. Deber de información del empleador

1) Situación vigente:

Actualmente, el artículo 315° del Código del Trabajo señala que en el proceso de preparación de la propuesta del instrumento colectivo, todo sindicato o grupo negociador tiene el derecho de solicitar al empleador dentro del plazo de 3 meses previos al contrato colectivo vigente, los “antecedentes indispensables” para la preparación del proyecto de contrato colectivo¹.

Además de la norma general, el legislador agrega que será obligatorio para el empleador entregar, a lo menos, los siguientes antecedentes:

- Balances de los dos años inmediatamente anteriores, o menos dependiendo de la fecha de inicio de actividades de la empresa negociadora, con el límite legal de un año establecido en el artículo 308° del Código del Trabajo que exige que para negociar colectivamente se requerirá que haya transcurrido al menos un año desde el inicio de actividades de la empresa.
- Información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio.
- Costos globales de mano de obra del mismo período
- Información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquél como confidencial.

La Dirección del Trabajo ha establecido mediante dictamen 4603/184 de 30.10.2003, que atendido el carácter bipartito del proceso de negociación colectiva, es lícito concluir que el legislador ha dejado entregada a las partes involucradas la carga de establecer cuáles, a su juicio, constituyen “los antecedentes indispensables para preparar el proyecto de contrato colectivo”, sin perjuicio de la propia calificación hecha por el legislador respecto de los antecedentes obligatorios. En el evento que los documentos solicitados por la comisión negociadora laboral superen los mínimos legales, la misma autoridad llamada a resolver la objeción de legalidad (Inspección del Trabajo en negociaciones que involucren menos de 1000 trabajadores, y la Dirección del Trabajo en los casos en que se supere dicha cifra) deberá, previo a emitir

la resolución respectiva y con el fin de dar cumplimiento al principio de bilateralidad, dar traslado a la parte empleadora para que ésta asuma la actitud que estime pertinente y, de este modo, de acuerdo con los antecedentes recabados proceder en cada caso, estableciendo que en caso que el empleador no entregue al menos la información considerada obligatoria, la autoridad administrativa procederá a apercibir al denunciado a dar respuesta dentro de un plazo mínimo de 5 y máximo de 8 días so pena de una multa ascendente al 20% de las remuneraciones del último mes de todos los trabajadores comprendidos en el proyecto de contrato colectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) de los artículos 387 y 289, ambos preceptos del Código del Trabajo, que dicen relación con la eventual tipificación de alguna práctica desleal del empleador por entorpecer la negociación colectiva y sus procedimientos o un probable atentado en contra del principio de libertad sindical, respectivamente.

Además, se indica que la comisión negociadora laboral se encuentra en condiciones de solicitar toda aquella información o antecedentes que, a su juicio, estime relevantes e indispensables pero el empleador, a su vez, como parte activa del proceso podría desestimar dicha calidad y, previa justificación o alegación en su favor, negarse a entregar otros documentos que, a su juicio, considere innecesarios para el normal desarrollo de la negociación.

En materia de antecedentes sobre la empresa, debemos agregar lo dispuesto en el artículo 329° del Código del Trabajo que, a propósito de la respuesta del empleador a la comisión negociadora sobre el proyecto de contrato colectivo, éste deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores, así como señalar el fundamento de su respuesta. La respuesta que éste entregue a la comisión deberá ser fundada, para lo cual la ley exige que se acompañen los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio adjuntar como mínimo los documentos obligatorios del artículo 315°, ya especificados.

Así las cosas, se debe concluir que la comisión negociadora laboral podrá solicitar toda aquella información que, a su juicio, estime necesaria e indispensable para justificar los argumentos expuestos por el empleador en su respuesta, pero el empleador, a su vez, como parte activa del proceso podría desestimar dicha calidad y, previa justificación o alegación en su favor, negarse a entregar otros documentos que, a su juicio, considere innecesarios para el normal desarrollo de la negociación, asegurando a su vez los resguardos adecuados en cuanto a información confidencial y a la intimidad de las remuneraciones de los trabajadores.

En la encuesta ENCLA 2014, se observa cómo las empresas

¹ En caso que no exista instrumento colectivo, estos antecedentes pueden ser solicitados en cualquier momento, siempre y cuando surja el derecho para negociar colectivamente, esto es que haya transcurrido al menos un año desde el inicio de actividades de la empresa (Art. 308° Código del Trabajo)

Cuadro 1

DISTRIBUCIÓN DE EMPRESAS SEGÚN SI LOS EMPLEADORES ENTREGARON O NO SUFICIENTE INFORMACIÓN PARA LLEVAR ADELANTE UNA ADECUADA NEGOCIACIÓN*

Fuente: Encla 2014, Dirigentes Sindicales y Trabajadores.

¿Entregaron los empleadores suficiente información para adecuada negociación?	Con sindicato	Sin sindicato	Total
Sí	68,6%	52,8%	66,1%
No	29,5%	5,2%	25,6%
No sabe	1,9%	42,1%	8,4%
Total	100%	100%	100%

con sindicatos consideran que la información entregada por el empleador al momento de negociar es suficiente corresponde a una mayoría de un 68,6% (mayor a los datos de la encuesta de 2011). En cambio, en las empresas sin sindicato este porcentaje se asimila a un 52,8%, lo cual no da cuenta de una necesidad imperiosa de contar con mayor información a la suministrada de acuerdo a la normativa vigente.

2) Nueva regulación:

La nueva ley establece el derecho a la información de la empresa a las organizaciones sindicales.

Este derecho distingue 2 regímenes: uno para grandes y medianas empresas; y otro para pequeñas y micro empresas.

a. Respetto de las empresas grandes: El artículo 315° señala que las empresas deberán entregar a los sindicatos con derecho a negociar, la información específica y necesaria para preparar sus negociaciones colectivas. Así, se dispone que las empresas deberán entregar dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo, a lo menos la siguiente información:

- Planilla de remuneraciones pagadas a todos los trabajadores afiliados a la organización requirente, desagregada por haberes, con detalle de fecha de nacimiento, ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada.
- Valor actualizado de todos los beneficios que formen parte del instrumento vigente.
- Costos globales de mano de obra de los 2 últimos años.
- Toda la información periódica que no haya sido entregada en los últimos 2 años.
- Información sobre política de inversiones, que no tenga, a juicio del empleador, carácter de confidencial.
-

Las empresas dispondrán del plazo de 30 días desde el requerimiento para entregar la información al sindicato.

Nota(*):

Pregunta realizada a las empresas en que hubo negociación colectiva

En caso que quien solicite información sea un grupo negociador, sólo tendrá acceso a la planilla de remuneraciones y a los costos globales de mano de obra.

Para efecto de salvaguardar derechos constitucionales relativos a la privacidad, se incorporó en el último trámite legislativo un inciso que aclara que respecto de la planilla de remuneraciones, sólo será entregada a la organización sindical cuando haya sido autorizada expresamente en sus estatutos o cuando su entrega haya sido consentida de manera expresa por cada trabajador.

A su vez, se eliminó la obligación de las empresas de suministrar la información de carácter pública a que estén obligadas de poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Una novedad de esta ley, es que permite a los sindicatos pedir información a las grandes empresas por una vez en el año sobre remuneraciones de trabajadores no afiliados al sindicato de manera innominada.

Para efecto de palear vicios de inconstitucionalidad de esta norma, en la última etapa de tramitación del proyecto de ley se incorporó una modificación que pretende proteger la privacidad de los trabajadores, señalando que la información en este caso será entregada por la empresa, siempre que cuente con cinco o más trabajadores en cada cargo o función.

b. En cuanto a las micro y pequeñas empresas, En el proyecto original se establecía que estas empresas deberán suministrar sólo la información, que de acuerdo a la normativa tributaria y financiera, dispongan sobre el estado financiero, en cada año calendario. Así las cosas, la información reviste rasgos de generalidad y anualidad (eliminando la periodicidad exigida a las empresas de mayor tamaño).

Esta norma fue luego rediseñada producto de un acuerdo con las organizaciones representativas de las pymes. De este modo, se dispone que las micro y pequeñas empresas deberán suministrar a los sindicatos planillas de remuneraciones, valor de beneficios actualizados otorgados mediante instrumentos colectivos y costos globales de mano de obra de los últimos dos años.

El derecho a la información de la empresa consagrada en estas normas contempla a su vez instancias de reclamación administrativa ante la Inspección del Trabajo, y ante los Juzgado del Trabajo.

3) Comentarios:

- a. El derecho a la información tiene como destinatario único las organizaciones sindicales, de acuerdo a la redacción del texto legal, desconociendo los derechos de los grupos negociadores en los casos en que puede negociar.
- b. En relación con lo anterior, la información relativa a remuneraciones desagregada, al cotejarla, podría llevar a equívocos, toda vez que no considera factores relevantes al momento de fijar la remuneración de un trabajador, como es desempeño, preparación académica, capacitación y el valor mercado de sus servicios, todo lo cual podría generar conflictos dentro de los mismos trabajadores.
- c. La entrega de información periódica y con el detalle del proyecto en cuestión podría encarecer en demasía los costos asociados para dar cumplimiento a esta obligación del empleador, afectando directamente sus costos fijos.
- d. Este derecho a la información previa a la negociación se refiere a todas las organizaciones sindicales, por lo que no sólo tiene como destinatario el sindicato empresa, sino que podría además extenderse al interempresa, cuestión que puede generar importantes distorsiones en las condiciones promedio exigidas, así como el traspaso de información clave de una empresa a otra, sin mediar consentimiento de la empresa como propietario de la misma.
- e. Hubiera sido recomendable, por un principio de reciprocidad, que así como el empleador tiene el deber de suministrar información al sindicato, del mismo modo este último se vea obligado a suministrar determinada información al empleador acerca de su gestión y contabilidad.

6. Extensión de beneficios de un instrumento colectivo

1) Situación vigente:

El artículo 322° del Código del Trabajo dispone que el empleador podrá extender los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo a aquellos trabajadores nuevos con derecho a negociar colectivamente y a aquellos que no participaron del proceso de negociación. Asimismo, el artículo 346° del Código del Trabajo dispone que para que esta extensión tenga lugar, los trabajadores a los cuales se le extienden los beneficios deberán aportar al sindicato que hubiere obtenido dichos beneficios, un 75% de la cuota sindical mensual ordinaria durante toda la vigencia del contrato.

De acuerdo a los resultados de la encuesta ENCLA 2014, del total de empresas de la muestra, el 68,1% de aquellas con instrumentos colectivos vigentes extendieron los beneficios de los contratos colectivos a los trabajadores que no participaron en el proceso de negociación colectiva, lo cual pone de manifiesto que la mayoría de los empleadores por iniciativa propia deciden extender los beneficios al resto de los trabajadores. Esto muestra un pequeño retroceso en relación a la medición del año 2008 donde el 70,2% de las empresas extendieron los beneficios de los instrumentos colectivos.

Finalmente, de la misma muestra se aprecia cómo la pequeña empresa en un 63,1% extiende los beneficios, en cambio la gran empresa lo hace en un 68,4%.

Cuadro 2 PORCENTAJE DE EMPRESAS QUE EXTENDIERON BENEFICIOS A TRABAJADORES NO PARTICIPANTES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS VIGENTES, SOBRE EL TOTAL DE EMPRESAS CON INSTRUMENTOS VIGENTES, POR TAMAÑO DE EMPRESA

Fuente: Encla 2014, Dirigentes Sindicales y Trabajadores.

Tamaño de empresa	Porcentaje
Pequeña empresa	63,1%
Mediana empresa	71,1%
Gran empresa	68,4%
Total	68,1%

Cuadro 3

PORCENTAJE DE EMPRESAS POR RAZÓN PRINCIPAL PARA EXTENDER BENEFICIOS DEL INSTRUMENTO COLECTIVO A LOS TRABAJADORES NO INVOLUCRADOS.

Fuente: Encla 2014, Dirigentes Sindicales y Trabajadores.

Razón principal para extender los beneficios del instrumento colectivo	Porcentaje
Porque facilita la administración interna de la empresa	9,5%
Porque así fue acordado con el sindicato / grupo que negoció el instrumento	14,4%
Para mantener un buen clima laboral no discriminando entre trabajadores en lo que respecta a sus remuneraciones.	68,8%
Otra	7,3%
Total	100%

Asimismo, un dato relevante que se ha mantenido como constante en las mediciones de la encuesta ENCLA 2014, dice relación con que la principal razón que ha motivado a los empleadores a extender los beneficios de una negociación colectiva a trabajadores no afiliados al sindicato es precisamente la mantención de un buen clima laboral mediante la no discriminación entre trabajadores afiliados y no afiliados en lo referente a remuneraciones.

2) Nueva regulación:

El proyecto original del Gobierno pretendía invertir la regla tradicional respecto de la extensión de beneficios, disponiendo que la titularidad para extender los beneficios de un instrumento colectivo pertenece exclusivamente al sindicato que negoció el contrato colectivo.

La iniciativa prescribía que la afiliación sindical otorgaba de pleno derecho a los nuevos afiliados los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorpore, efecto que tendrá lugar desde la comunicación de la afiliación al empleador.

Asimismo, el proyecto establecía una segunda hipótesis de extensión que permitía la aplicación general o parcial de un instrumento colectivo a trabajadores de la empresa no afiliados al sindicato. En este caso, deberá ser acordado por las partes, es decir, por la organización sindical y la empresa, debiendo en este caso el trabajador beneficiado pagar la totalidad o parte de la cuota sindical ordinaria, según lo establezca el acuerdo.

En el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, el Ejecutivo estableció una sustitución al artículo que sólo hace modificaciones cosméticas incorporando sólo que en caso de acuerdo para extensión de beneficios a trabajadores no afiliados a la organización sindical, el costo de esta extensión siempre será el pago de la totalidad de la cuota sindical ordinaria.

En el segundo trámite constitucional se incorporó vía

indicación del Ejecutivo una excepción al mecanismo de extensión de beneficios, permitiendo al empleador aplicar de manera universal a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste del Índice de Precios al Consumidor, pero sólo en lo referente a remuneraciones, con la exigencia de dicho reajuste se haya ofrecido en respuesta al contrato colectivo.

Luego de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, la extensión de beneficios quedó en una posición intermedia entre lo existente actualmente y la idea originaria del Gobierno, por tanto, de acuerdo al nuevo artículo 322° del Código del Trabajo, la extensión, salvo para el caso del reajuste conforme al IPC de las remuneraciones, procede siempre de común acuerdo, tanto para nuevos afiliados al sindicato como para no afiliados a la organización sindical. Esta extensión, dependiendo del acuerdo, podrá ser total o parcial, requerirá del consentimiento del trabajador al que se le pretende extender los beneficios, y se le obligará a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.

3) Inconstitucionalidad de extensión automática de beneficios

El sistema de extensión originario de la reforma laboral infringía varias garantías constitucionalmente reconocidas por la Carta Fundamental, como es la igualdad ante la ley en su variable que *"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*, diferencia de trato que estaría sustentada en el simple hecho de la afiliación. A su vez, afecta la libertad de asociación en razón de que nadie puede ser coaccionado a pertenecer a una asociación todo lo cual desemboca en un atentado a la libertad sindical que reconoce al trabajador no sólo el derecho a afiliarse y constituir sindicatos, sino también a no afiliarse o desafiliarse.

La extensión automática de beneficios a nuevos afiliados y el poder de veto del sindicato para extender beneficios a no afiliados, responde a una lógica de coacción a la afiliación,

lo cual es manifiestamente inconstitucional, toda vez que dejaba en manos del sindicato la decisión final sobre que un trabajador no afiliado al sindicato pueda obtener mejoras en sus condiciones de trabajo mediante la extensión de beneficios de los que gozan el resto de los trabajadores que realizan funciones similares, dejando al trabajador que opta por no afiliarse sujeto a sanciones económicas y desincentivos que le ocasionan perjuicios en su libertad de contratación en materia laboral.

Por otra parte, la medida de extensión sólo por sindicatos planteada por el Gobierno llevaría a que en caso de convivir varios sindicatos, exista una competencia interna para que los trabajadores se afilien a aquel sindicato que negoció mejores condiciones, lo cual es un incentivo a alcanzar la idea de sindicato único. Ello sin duda parece beneficioso en el corto plazo, pero impide ajustes por áreas con diferente productividad, lo cual nivela a todos en el promedio, castigando las áreas más eficientes (desincentivos) y premiando las menos eficientes.

La misma norma constitucional, además, garantiza que *“Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.”*

Al relacionar esta norma con el catálogo de prácticas antisindicales que, dentro de las señaladas a vía ejemplar se cuentan *“otorgar o convenir los mismos beneficios pactados”* y *“ofrecer u otorgar beneficios especiales que signifiquen desestimular la formación de un sindicato”*, lo que sumado a la eximente de responsabilidad por acuerdos individuales en materia de remuneraciones e incrementos que se funden en capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador, la libertad de contratación tanto del empleador como del trabajador no sindicalizado, en cuanto a la posibilidad de pactar “condiciones de trabajo” respecto de temas de jornadas, trabajo a distancia, becas, alimentación, etc. se ve profundamente afectada la garantía en su esencia. Frente a esta desventaja en que queda el trabajador no afiliado en cuanto a sus facultades de negociar individualmente, la afiliación pasa a ser forzada, toda vez que la llave de la libertad de un trabajador en una empresa le es arrebatada y se le entrega a los sindicatos.

Finalmente, desde el punto de vista del derecho de propiedad, si bien los beneficios acordados en un instrumento colectivo son el producto de un acuerdo entre sindicato y empleador, no es menos cierto que quien soporta el cumplimiento y pago de estos beneficios es el empleador, por lo que quitarle una atribución propia de su rol de administrador y de propietario de una empresa atenta contra el derecho de propiedad y la libertad de empresa, ambas garantías con reconocimiento constitucional expreso.

En cuanto a la extensión automática de beneficios, el Tribunal Constitucional revisa la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva del trabajador, en cuanto a sujeto que recibe los beneficios, como desde la óptica de la

empresa y su derecho a desarrollar actividades económicas. En relación a los derechos del trabajador, el fallo consideró que el proyecto de ley afectaba la voluntad del trabajador no afiliado, debido a que vería limitada sus posibilidades de gozar de beneficios, al hecho que un tercero (el sindicato) consienta en ello.

El fallo señaló que el sistema de extensión propuesto sería inconstitucional, toda vez que, *“(…) son los trabajadores los titulares del derecho a negociar colectivamente, no las organizaciones sindicales,”* a lo que se agrega que *“(…) son los trabajadores los sujetos en quienes recaen los efectos de un instrumento colectivo. Por consiguiente, los sindicatos negocian en representación de los trabajadores.”*

De este modo, los titulares de los beneficios de una negociación no son los sindicatos, sino que cada uno de los trabajadores, y por lo tanto, reconoce que estos derivan de un acuerdo de voluntades entre trabajadores y empleador. En consideración a lo anterior, en caso que un nuevo trabajador quiera afiliarse a un sindicato, y considerando que existe un vínculo contractual con la empresa, se requerirá siempre el consentimiento del empleador en dicha extensión, pues en términos simples, implica una modificación a las condiciones de un contrato de trabajo.

En cuanto a la empresa, el Tribunal señala expresamente que el mecanismo de extensión también sería inconstitucional al afectar al empleador en su derecho a desarrollar la actividad económica, toda vez que se estaría afectando el grado de autonomía que le corresponde al titular en relación al Estado *“(…) para poder prever, con algún grado de certidumbre, el momento y costo de los beneficios, así como la identidad de aquellos que se beneficiarán.”*

4) Comentarios:

- a. El mecanismo especial de extensión automática es una alternativa bastante acotada que fuerza al empleador a respetar como piso mínimo de una negociación el reajuste del IPC pactado en instrumentos anteriores. Asimismo, las alternativas de extensión universal de beneficios se refieren sólo al reajuste nominal basado en el IPC, no así en incrementos reales o mecanismos intermedios. Finalmente, queda claro que esta posibilidad de extensión universal por parte del empleador dice relación sólo a remuneraciones, cerrándose cualquier alternativa de extensión de reajuste a ingresos que no constituyan remuneración o algún tipo de beneficio institucional.
- b. Si bien los beneficios acordados en un instrumento colectivo, son el producto de un acuerdo entre sindicato y trabajador, no es menos cierto que quien soporta el cumplimiento y pago de estos beneficios es el empleador, por lo que quitarle una atribución propia de su rol de empleador y de propietario de una empresa

parece no ser una medida adecuada, toda vez que al imponer este mecanismo de veto recíproco puede traer serias consecuencias en lo que se refiere a la protección de otros trabajadores, bien sea aquellos que no quieren formar parte del sindicato, como asimismo la contratación de nuevos trabajadores. Recordemos que el empleador no puede extender el beneficio a otros trabajadores sin el consentimiento del sindicato y hacerlo constituye una práctica antisindical, lo que atenta contra la libertad contractual del empleador y del trabajador.

- c. Al establecer que las remuneraciones no son extensibles salvo por el sindicato (o al menos salvo que no las vete) hay un incentivo a sindicato único basado en la mayor remuneración. No hay un instrumento que proteja necesariamente beneficios por grupos de acuerdo a los aumentos de productividad de cada uno.

7. Duración del Instrumento Colectivo

1) Situación vigente:

Actualmente, el artículo 347° del Código del Trabajo dispone que el instrumento colectivo tendrá una duración no inferior a 2 años ni superior a 4 años.

2) Nueva regulación:

El proyecto de ley en su artículo 324° rebaja el plazo de duración y vigencia del instrumento colectivo no inferior a 2 años ni superior a 3 años. Sin embargo, respecto de los convenios colectivos, estos podrán tener la duración que las partes definan con un límite máximo de 3 años.

3) Comentarios:

No parece clara la lógica de la rebaja de un año como límite temporal máximo al instrumento, toda vez que lo conveniente sería permitir que las partes puedan pactar condiciones laborales por un plazo superior, lo cual permite generar condiciones de mayor certeza para las partes, relaciones contractuales más estables y con un menor grado de conflictividad laboral.

8. Pisos mínimos al inicio de la negociación colectiva

1) Situación vigente:

De acuerdo a la legislación hasta ahora vigente, el artículo 369° del Código del Trabajo reconoce como vía de salida de la negociación colectiva, disponiendo que la comisión negociadora (trabajadores) podrá exigir en cualquier oportunidad, durante el proceso de negociación, la suscripción de un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en el instrumento colectivo anterior con una duración de 18 meses, con excepción de las estipulaciones relativas a reajustabilidad tanto de remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero.

Por su parte, para tener derecho al reemplazo desde el inicio de la huelga, o para adelantar el descuelgue desde el día 30 al 15 de iniciada la huelga existe un piso equivalente al contrato colectivo vigente reajustada la inflación.

De acuerdo a la encuesta ENCLA 2014, el reajuste de las remuneraciones pactadas en instrumentos colectivos demuestra que del total de las empresas que negocian colectivamente, un 55,3% negocian reajustes por sobre el IPC. Por su parte, un 36,6% de las empresas negocia reajustes iguales al IPC, y tan sólo un 0,4% negoció reajustes bajo el IPC.

Las cifras de la encuesta muestran importantes diferencias con la ENCLA 2011, en que un 44,5% establecía reajustes sobre el IPC, el 50,5% iguales al IPC y sólo un 0,4% por un monto inferior.

Cuadro 4

PORCENTAJE DE EMPRESAS CON UNO O MÁS INSTRUMENTOS COLECTIVOS VIGENTES¹, SEGÚN NIVEL DE REAJUSTE SALARIAL PROMEDIO EN RELACIÓN AL IPC OBTENIDO EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES², POR EXISTENCIA DE SINDICATO

Fuente: Encla 2014, Empleadores (Cuestionario a Empleadores)

Reajustes salariales promedios	Empresas con uno o más instrumentos colectivos vigentes		Total
	Con sindicato	Sin sindicato	
Sobre el IPC	56,1%	50,6%	55,3%
Igual al IPC	38,5%	24,3%	36,6%
Bajo el IPC	0,5%	0,0%	0,4%
No ha habido reajuste	4,8%	8,3%	5,3%
No sabe	0,1%	16,8%	2,4%
Total	100%	100%	100%

Notas:

1. Vigentes a la fecha en que se aplicó la encuesta.
2. Anteriores a la aplicación de la encuesta.

2) Nueva regulación:

La nueva ley establece en el nuevo artículo 336° del Código del Trabajo la obligatoriedad al empleador para que en su oferta de instrumento colectivo ofrezca al menos idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar, beneficios fijados en el contrato colectivo anterior, con exclusión expresa de reajuste pactado, incrementos reales, “pactos sobre condiciones especiales de trabajo” y el bono por término de conflicto. Así las cosas, el piso incluiría la remuneración nominal y los ingresos y beneficios que no constituyan remuneración, como por ejemplo, bonos de colación, de locomoción, aguinaldos, seguros de salud o de vida, becas escolares o capacitación, la cual puede tener énfasis en algunos períodos de cambio tecnológico que no necesariamente tiene sentido repetir hacia el futuro en forma permanente.

Del mismo modo, y en el inciso siguiente, se señala que en los casos de no existir en la empresa instrumento colectivo vigente, la respuesta del empleador no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato negociador.

Durante el período de negociación propiamente tal, de acuerdo al artículo 343°, se permite a las partes convenir la rebaja del piso mínimo cuando las condiciones económicas de la empresa lo justifiquen.

Asimismo, se establece el derecho a la comisión negociadora (derecho privativo de los sindicatos) para que en cualquier tiempo pueda comunicar por escrito al empleador, la decisión de suscribir un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación con una duración de 18 meses. Respecto de este derecho, el empleador podrá excusarse siempre y cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen.

3) Comentarios:

a. El establecimiento de la regla del piso mínimo de la negociación al inicio de ésta, tiene la finalidad de generar artificialmente expectativas en los trabajadores sindicalizados respecto de los beneficios que pudieran obtener, sin considerar una revisión previa de las condiciones económicas de la empresa (que son esencialmente volátiles) así como las condiciones objetivas en la economía nacional, como por ejemplo, escenarios de desaceleración o recesión. Así las cosas, la obligación de una falsa oferta o una que sea imposible de cumplir, lleva a extremar posiciones en caso de verse obstaculizadas las negociaciones en virtud de la realidad económica del empleador, lo que tenderá a aumentar la conflictividad laboral.

- b. El piso mínimo es un desincentivo para los empleadores para el otorgamiento de beneficios, toda vez que atendida esta regla, la empresa será reacia a otorgar mayores beneficios a sus trabajadores, atendido el temor que ante un nuevo ciclo de negociación se vea impedida de cumplir.
- c. El proyecto en su artículo 326° al hablar de la ultra actividad de un instrumento colectivo, señala que si el sindicato no presenta un nuevo proyecto de contrato colectivo dentro del plazo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales, salvo los derechos y obligaciones que pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo. De este modo, el proyecto no deja claro si se excluye de este tipo de “piso mínimo de contrato individual” la reajustabilidad pactada y los incrementos reales pactados.
- d. El inciso segundo del artículo 338° al hablar del piso mínimo cuando no existe piso mínimo vigente, tampoco aclara que los beneficios relativos a reajustabilidad pactada e incrementos reales pactados quedarían excluidos.
- e. Ante la excusa del empleador de acceder al piso mínimo basada en las condiciones económicas de la empresa, el proyecto de ley no parece claro respecto del mecanismo de destrabe, toda vez que en primer lugar en el artículo 345° pareciera sugerirse que cuando una parte estima que la otra no está haciendo esfuerzos para lograr un acuerdo, pueda recurrir a la Dirección del Trabajo para que cite a reuniones obligatorias con el fin de alcanzar algún tipo de acuerdo. Asimismo, el artículo 346° sugiere recurrir a mediación voluntaria ante la misma Dirección del Trabajo. Ambas salidas, que parecen ser idénticas, no aseguran una vía razonable para poner término a la controversia, por lo que debiera plantearse la posibilidad que ante esta situación, las partes puedan optar por un arbitraje obligatorio, ante un organismo técnico e imparcial que dirima la contienda y establezca las condiciones de trabajo en aquellos puntos en que existe discrepancia entre las partes.
- f. El piso al final se entiende como un mecanismo de salida (que puede tomar en todo momento y unilateralmente el sindicato) a un proceso en el cual la convergencia fue más compleja. Al considerarlo al principio, conlleva a un proceso que se tensiona desde el inicio, pues afecta la posición negociadora de la empresa. Hay circunstancias en que sin necesariamente tener pérdidas, la empresa perfila o proyecta escenarios complejos hacia delante, y que deben también ser considerados. Con todo, lo más relevante es entender que las remuneraciones deben ser acordes a las que se pagan en otras empresas y concordantes con la productividad. Cualquier proceso que pretenda establecer pisos a la productividad parte desconociendo el cambio tecnológico, la volatilidad de los mercados y las necesidades de adaptación, frente a las cuales es deseable buscar mecanismos de participación.

9. Huelga y la eliminación del reemplazo

1) Situación vigente:

Con la aún vigente redacción del artículo 381° del Código del Trabajo, se establece como regla general la prohibición del reemplazo en la huelga, salvo que se cumpla con ciertos requisitos y el vencimiento de ciertos plazo desde la última oferta que debe formular el empleador a sus trabajadores.

Sin embargo, la ley permite al empleador el reemplazo de trabajadores desde el primer día de hecha efectiva la huelga cumpliendo los siguientes requisitos:

- Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del IPC habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento.
- Una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses.
- Un bono de reemplazo correspondiente a cuatro Unidades de Fomento (UF) 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 caso que no se haga la oferta con estas características, de todos modos el empleador podrá contratar los trabajadores de reemplazo que estime necesario a partir del día 15 de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono de reemplazo de 4 UF por trabajador reemplazado.

Esta distinción tiene importancia además para efecto del reintegro de trabajadores, los cuales en el caso que la oferta sea completa, es decir, la referida al primer caso, podrán reintegrarse los trabajadores individualmente desde el día 15 de hecha efectiva la huelga. En el caso que se ofrezca sólo el bono de reemplazo, los trabajadores podrán reintegrarse individualmente a contar del día 30.

De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia reciente, en específico el fallo del recurso de unificación de jurisprudencia, ROL de la Excelentísima Corte Suprema número 3514-2014, se determinó que la prohibición de reemplazo no sólo se refiere a la contratación de nuevos trabajadores, sino que además, a la reubicación de trabajadores de la misma empresa.

2) Nueva regulación:

- A. En materia de huelga, el nuevo artículo 345° del Código del Trabajo consagra expresamente la huelga como un derecho, señalando al respecto que se ejerce colectivamente por los trabajadores.

Sobre este punto se hace presente que la redacción

original del proyecto contemplaba la mención a que la huelga es un derecho que debe ser ejercido "pacíficamente". Luego de varias presiones de sectores de izquierda y de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) se optó por su eliminación, aduciendo que siempre el ejercicio de un derecho debe ser sin violencia y con respeto al derecho ajeno.

- B. En cuanto al reemplazo, el proyecto de ley original prohibía el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga. Esto significa que lo que se va a huelga no es el trabajador individualmente considerado, sino que el puesto que ocupa éste dentro de la organización de la empresa, por lo que no es posible reemplazarlo con nuevos trabajadores externos contratados o por reasignación interna de trabajadores que realicen la misma función que el trabajador huelguista o una similar.

Luego de varias discusiones sobre la conveniencia de la eliminación del reemplazo en la huelga, se impuso la decisión política de mantener la prohibición al reemplazo, pero esto ya no diría relación con los puestos de trabajo, sino que directamente con el reemplazo de trabajadores.

Conjuntamente con lo anterior, el proyecto en la última etapa de tramitación incorporó vía indicación del Ejecutivo un inciso que impone un límite bastante difuso al derecho a huelga basado en el respeto a la libertad de trabajo que asiste a los trabajadores que no estén involucrados en la paralización.

Asimismo, se indica que la vulneración a esta prohibición constituye una práctica desleal grave, habilitando a la Inspección del Trabajo para requerir, sin mediar orden judicial, el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. En caso de negativa, el ente público denunciará el hecho a los Juzgados de Letras del Trabajo bajo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ante lo cual el tribunal dispondrá en la primera resolución, el retiro inmediato de los trabajadores bajo apercibimiento de multas de 50 a 100 Unidades Tributarias Mensuales (UTM).

Sin embargo, el Ejecutivo en el Senado incorporó dentro de la práctica desleal del artículo 403 letra d) una excepción a la misma, señalando que "*El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo (...)*".

- C. El proyecto presentado por el Ejecutivo no contemplaba la figura del "descuelgue" o "derecho a la reincorporación individual del trabajador en huelga". En el segundo

trámite legislativo, el gobierno optó por recogerlo dentro del Código del Trabajo por consideraciones netamente constitucionales, condicionándolo en cuanto a su oportunidad, al igual que la legislación anterior, a una serie de requisitos, pero además, distinguiendo según tamaño de empresa.

De este modo, se establece que para que opere el derecho a la reincorporación individual del trabajador es necesario que el empleador en su última oferta cumpla con las siguientes condiciones:

- Ofrezca idénticas estipulaciones al instrumento colectivo vigente, reajustadas según IPC.
- Ofrezca un reajuste mínimo anual según variación del IPC.

Cumpliendo con estas exigencias, en las empresas grandes y medianas el trabajador podrá reincorporarse desde el día 16 de iniciada la huelga. Si no cumple con dichas exigencias podrán hacerlo sólo a contar del día 30.

En el caso de las micro y pequeñas empresas, si el empleador cumple con dichas condiciones, el trabajador podrá reincorporarse a contar del día 6, y en caso contrario sólo una vez iniciado el día 16.

Asimismo, a diferencia de la regulación anterior, el descuelgue no afecta la huelga del resto de los trabajadores, por lo que no podría ponerse término a ésta por falta de quórum.

3) Comentarios:

- a. Ante la eliminación de la figura del reemplazo en huelga nos vemos enfrentados a una verdadera colisión de derechos; por un lado, el derecho a huelga de los trabajadores y por otro el derecho a desarrollar actividad económica del cual se colige, entre otras cosas, el legítimo poder de dirección empresarial bien sea en situaciones de normalidad como frente a un escenario de paralización de actividades producto de una huelga, por lo que es necesario que durante un período de conflicto convivan ambos derechos de modo tal que no se afecte ni la paralización por la huelga ni el desarrollo de una empresa. Recordemos que el derecho a huelga no es un derecho absoluto, y su ejercicio no debe afectar otros derechos fundamentales de las partes ni de la ciudadanía. Es preciso que de alguna manera se asegure la conservación de la fuente de trabajo no sólo de los trabajadores en huelga, sino que de todos los trabajadores, sin que se ponga en riesgo la subsistencia de la misma por medio de presiones indebidas que provoquen la celebración de acuerdos imposibles de cumplir o que generará serios daños tanto a los trabajadores como a las personas en general, las cuales se verán afectadas por la paralización de funciones de una empresa.

- b. La modificación introducida en materia de reemplazo relativa al derecho del empleador a realizar adecuaciones necesarias durante la huelga, es un tema que será objeto de ulteriores interpretaciones administrativas y judiciales y gran conflictividad dentro de las empresas, que en caso alguno puede ser entendido como un reemplazo interno a secas, sino que, muy por el contrario, es un tipo acotado de reemplazo sujeto a una serie de limitantes. Las adecuaciones sólo pueden tener por objeto asegurar que los trabajadores que no se encuentran en huelga puedan ejecutar sus funciones de trabajo y asegurarle su libertad de trabajo; que las funciones a las que se destinen los trabajadores deben estar consignadas y convenidas con antelación en los respectivos contratos de trabajo; no puede implicar el cambio de establecimiento en que se prestan dichos servicios.
- c. La eliminación del reemplazo en sus dos variantes y la figura de las “adecuaciones necesarias” desconocen las facultades de dirección propias del empleador, específicamente la referida al *ius Variandi* del artículo 12° del Código del Trabajo, que contempla la posibilidad de alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto donde ellos deban prestarse, a condición que se trate de labores similares, las cuales debieran mantenerse inalteradas respecto de los trabajadores que no se encuentran afectados a la huelga.

10. Servicios mínimos

1) Situación vigente:

El artículo 380° del Código del Trabajo dispone que en caso de declararse una huelga en una empresa, predio o establecimiento, y dicha paralización provoque un daño actual e irreparable en los bienes materiales o un daño en la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador deberá proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño.

Es deber de la comisión negociadora señalar al empleador, a requerimiento de éste, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a dicho requerimiento. Ante la negativa, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo para que se pronuncie, la cual deberá ser resuelta dentro de las 48 horas siguientes a su presentación.

De la resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución o de la expiración del plazo señalado en el inciso anterior.

2) Nueva regulación:

La regulación de los servicios mínimos en el nuevo libro IV del Código del Trabajo se inserta dentro de las limitaciones al ejercicio del derecho a huelga.

Al respecto, el proyecto señalaba en su origen que es obligación de la comisión negociadora sindical proveer durante la huelga el personal necesario para cumplir los "servicios mínimos" de la empresa, que permitan atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la misma o que causen grave daño al medio ambiente o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud.

Los criterios legales para la definición de estos servicios mínimos serán, a discreción, el tamaño, especificidad y características de la empresa de que se trate.

Posteriormente, mediante el primer paquete de indicaciones, el Ejecutivo los define como aquellos servicios mínimos *"que permitan atender las operaciones estrictamente necesarias para evitar un daño grave, actual e irreparable a las instalaciones o infraestructura de la misma o que causen daño al medio ambiente o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud, sin afectar el derecho en su esencia."*

Finalmente, luego de algunas negociaciones, se presenta una propuesta definitiva de definición la cual incorpora nuevos conceptos jurídicos indeterminados que permiten una interpretación más laxa sobre su extensión, señalando que corresponde a la comisión negociadora sindical proveer el personal destinado a *"atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios."* Como criterios para la determinación de los mismos se cuenta el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

Por su parte, se agrega que estos servicios mínimos serán prestados por medio de equipos de emergencia provistos por el sindicato y formados sólo por trabajadores involucrados en el proceso de negociación

En caso de vulneración a esta obligación por parte de los trabajadores se autoriza a la empresa a adoptar las "medidas necesarias", incluyendo la contratación de trabajadores externos, para atender los servicios mínimos, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento.

En cuanto a la oportunidad, inicialmente se disponía que la

calificación de los servicios mínimos y los de los equipos de emergencia puede tener lugar en cualquier momento, incluso antes de haberse iniciado el proceso de negociación, teniendo 15 días el sindicato para responder al requerimiento del empleador.

Además, se preve la posibilidad de recalificar los servicios mínimos por causas sobrevinientes, requiriendo en todo caso acuerdo de partes.

Con la redacción definitiva, se dispone claramente que los servicios mínimos deben ser calificados y determinados antes del inicio de la negociación colectiva.

En lo que respecta a su calificación, se explicita que deberán estar identificados los servicios mínimos de la empresa, número y competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán formar parte de los equipos de emergencia.

Estos servicios deberán ser propuestos por escrito a todos los sindicatos de la empresa, estén o no en un proceso de negociación colectiva, con una anticipación de, a lo menos, 180 días al vencimiento del instrumento colectivo vigente, remitiendo copia a la Inspección del Trabajo. Si no existe sindicato en la empresa, dicha propuesta deberá hacerse dentro de los 15 días siguientes a la comunicación de constitución del sindicato.

Una vez recibida la propuesta, el o los sindicatos contarán con un plazo de 15 días para responder, contando con un plazo máximo de 30 días para alcanzar un acuerdo de consuno, debiendo en dicho caso levantar un acta que consigne dicho acuerdo, depositada posteriormente en la Inspección del Trabajo.

En caso de no existir acuerdo, cualquiera de las partes podrá requerir, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo anterior, la intervención de la Dirección Regional del Trabajo.

La Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda, sin perjuicio que las partes puedan acompañar otros informes técnicos. Además, podrá decretar visitas inspectivas para mejor resolver.

La resolución que califique los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberá ser fundada, pudiendo ser reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo.

3) Comentarios:

- a. La determinación de la extensión de la expresión "servicios mínimos" parece ser un concepto jurídico indeterminado que se presta para generar un grado importante de conflictividad entre las partes negociadoras y de incertidumbre.

Asimismo, es relevante considerar que, atendida la eliminación del reemplazo de trabajadores durante la huelga, la necesidad de contar con servicios mínimos se hace más necesaria con el objeto no sólo de proteger intereses de la empresa, sino que también de brindar una adecuada protección al resto de los trabajadores, a quienes mantienen relaciones contractuales con la empresa en huelga y con los consumidores en general.

Considerando expresiones tales como "servicios de utilidad pública" y "necesidades básicas de la población" permitirían de algún modo incluir nuevos servicios que en principio parecían excluidos, como por ejemplo, la alimentación de animales, sistemas de riego, servicios de transporte, etc.

- b. En caso de reclamación, la autoridad administrativa o judicial, en su caso, utilizará un sistema de "servicios mínimos referenciales" de acuerdo al estudio que la ONU realizará respecto de los 60 subsectores de la economía que en caso alguno podrán ser el fiel reflejo de las necesidades particulares de una empresa, toda vez que no sólo es factor el sector económico específico de acuerdo al giro, sino además el estado de cumplimiento de responsabilidades contractuales, estado financiero, calificación de trabajadores, etc.
- c. La necesidad de contar con servicios mínimos y equipos de emergencia elevará considerablemente las tasas de conflictividad al interior de las empresas e implicará una gran demanda de pronunciamiento de la autoridad administrativa en temas que debieron estar cubiertos por otras vías como es que el personal de seguridad de las empresas debió estar exceptuado de este procedimiento.
- d. Al observar el procedimiento se observan algunos vicios de conflictividad en materia de competencias, toda vez que la potestad jurisdiccional descansa en último término en los Tribunales de Justicia, bien sea que conozcan de dichas materias vía acción directa o por medio de algún mecanismo recursivo.

11. Pactos sobre condiciones especiales de trabajo

1) Situación vigente:

El artículo 306° del Código del Trabajo al regular las materias de la negociación, pese a que la disposición permite establecer "condiciones comunes de trabajo", se ha interpretado con cierta desconfianza a que estas condiciones puedan incluir materias como jornadas, descansos, jornada pasiva, etc. Además, cabe recordar que las normas sobre jornadas y descansos contemplados en los artículos 22° y siguientes del Código del Trabajo se consideran normas de orden público y derechos irrenunciables para el trabajador al momento de celebrar su contrato de trabajo.

2) Nueva regulación:

El proyecto de ley en sus artículos 374° y siguientes regulan los pactos sobre condiciones especiales de trabajo. Estos pactos dicen relación con el establecimiento de condiciones especiales de distribución de la jornada ordinaria de trabajo y duración de los descansos.

La posibilidad de establecer estos pactos en los instrumentos requiere el cumplimiento de una serie de requisitos:

- Sólo podrán ser pactadas por sindicatos, sean de nivel empresa o interempresa.
- Tendrá lugar en empresas en que exista una tasa de afiliación sindical (bien sea en uno o varios sindicatos) igual o superior al 30% del total de sus trabajadores.
- Podrán acordarse en los procedimientos de negociación colectiva reglada y no reglada.
- La duración máxima de estos pactos será de 3 años.
- Estos pactos deberán ser registrados en la Dirección de Trabajo.

El proyecto original contemplaba la existencia de 4 pactos de adaptabilidad:

- Jornada ordinaria de trabajo de 4 días semanales.
- Jornada ordinaria en cuanto al número máximo de días continuos de trabajo, dependiendo de si se trata de faenas en centros urbanos o fuera de ellos.
- Pactos sobre horas extraordinarias por medio de convenir bolsas de hasta 72 horas trimestrales con duración máxima de 6 meses.
- Pactos sobre jornada pasiva de trabajo.

Posteriormente, por medio de una indicación aprobada transversalmente, se incorporó un nuevo pacto relativo a trabajadores con responsabilidad familiar.

Al concluir la tramitación legislativa del proyecto de reforma laboral y luego de ser comunicado el fallo del Tribunal Constitucional respecto a la titularidad sindical, la Presidenta de la República vía veto supresivo eliminó 3 de los 5 pactos de adaptabilidad manteniendo sólo aquellos relativos a jornada ordinaria de trabajo de 4 días semanales y los de responsabilidad familiar.

Los pactos de adaptabilidad en su origen fueron considerados como materias propias de la negociación colectiva, circunscribiendo su suscripción al éxito de la misma. Sin embargo, en segundo trámite constitucional fueron modificadas, señalando que podría acordarse en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada.

Un punto relevante a tener en consideración es que los pactos de adaptabilidad aprobados por el Congreso descansan sobre la lógica de la titularidad sindical, en cuanto a que sólo son legitimados activos para celebrar estos pactos las

organizaciones sindicales y no los grupos negociadores, lo cual podría generar dudas de constitucionalidad atendido el razonamiento del fallo en relación a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias entre sindicatos y grupos negociadores.

Además, se dispone que al empleador le será permitido convenir aplicar estos pactos acordados con el sindicato a trabajadores no afiliados al sindicato, debiendo contar con el consentimiento individual de ellos y la aprobación de la Inspección del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, si el pacto fue acordado por el 50% más uno de los trabajadores no sindicalizados, podrá aplicarse a todos los trabajadores que no hubieren concurrido al acuerdo, sin necesidad de aprobación de la Inspección del Trabajo.

En cuanto a su fiscalización, el proyecto lo deja en manos de la Dirección del Trabajo, quien en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos podrá dejarlos sin efecto por medio de resolución fundada, resolución que será reclamable ante los Juzgado de Letras del Trabajo.

3) Comentarios:

- a. La posibilidad de pactar una mayor cantidad de materias en la negociación colectiva pareciera ser una buena noticia, que pone por delante la realidad particular de la empresa y las necesidades de cada trabajador por sobre una normativa heterónoma rígida. Sin embargo, el proyecto podría ir más lejos en los espacios disponibles para pactos.
- b. Atendido que la adaptabilidad laboral es una necesidad no sólo de las empresas, sino que también de los trabajadores, por lo que excluir a los grupos negociadores del establecimiento de estos pactos, haciendo un monopolio en la materia con los sindicatos, pareciera ser una limitación innecesaria a los derechos de los trabajadores. En atención a lo mismo, yendo un poco más lejos, estas normas sobre flexibilidad de jornada debieran estar presentes ya en el estatuto general, de modo tal de favorecer el acceso al mercado laboral de grupos excluidos como mujeres, jóvenes y adultos mayores.
- c. En esta materia se sigue haciendo referencia a la idea de titularidad sindical, toda vez que condiciona su procedencia a un porcentaje de sindicalización en la empresa y como entes negociadores sólo a las organizaciones sindicales. Considerando el fallo del Tribunal Constitucional debiera interpretarse esta norma de manera laxa, con el objetivo que permita incluir los grupos negociadores como representantes válidos de estos acuerdos colectivos.

12. Obligatoriedad de negociación colectiva con sindicatos interempresa en la empresa

1) Situación vigente:

La Constitución Política de la República en su artículo 19° número 16° reconoce el derecho de los trabajadores para negociar en la empresa, por lo cual la negociación en niveles superiores no es una garantía que cuente con reconocimiento constitucional.

En coherencia con lo anterior, el artículo 303° inciso segundo del Código del Trabajo dispone que “La negociación que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes”.

De este modo, la negociación por sindicatos interempresas, federaciones y confederaciones será siempre voluntaria para el empleador, estableciéndose al respecto un capítulo especial que regula un procedimiento especial para dichas organizaciones en los artículos 334° y siguientes del Código del Trabajo, sin perjuicio de poder decidir acogerse al sistema de negociación reglada o no reglada.

2) Nueva regulación:

El proyecto en su origen reconoce en su artículo 364° la titularidad sindical al sindicato interempresa para negociar reglamentamente dentro de la empresa, en cuyo caso resulta obligatorio para el empleador, sin perjuicio que la entidad sindical puede optar por negociar por medio de tratos directos, siendo voluntario para el empleador acogerse al procedimiento en ese último caso.

Así las cosas, esta negociación con sindicatos interempresa no podrá ser de manera obligatoria con un conjunto de empresas, pero sí podrá hacerlo a nivel empresa.

Luego del rechazo de este capítulo en el Senado, el Ejecutivo reformuló la normativa en algún sentido, circunscribiendo estas negociaciones con sindicatos interempresa, siempre que se trate de agrupaciones de trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica.

Además, la obligatoriedad de la negociación colectiva con el sindicato interempresa sólo es imponible a las empresas medianas y grandes, manteniendo el carácter de voluntario o facultativo para las micro y pequeñas empresas.

3) Comentarios:

Con esta norma se permitirá que las partes que negocien no sean precisamente aquellas a las cuales les afecte el contrato colectivo, toda vez que en el sindicato interempresa existirán directores que formen parte de la comisión negociadora que no son trabajadores de la empresa, cuestión que, atendida la información con la que contarán dichos sindicatos, puede ser utilizada para realizar negociaciones ramales encubiertas por medio de la suma de negociaciones a nivel empresa, pero que a la larga pueden afectar a toda una actividad económica.

4. CONCLUSIÓN

Del análisis de los cambios centrales que incorpora esta nueva ley al ordenamiento jurídico laboral podemos observar que muchos de los contenidos de la reforma dejan más dudas que certezas en una serie de materias, muchas de gran sensibilidad para la marcha de una empresa, lo cual sólo provocará un aumento en la conflictividad y judicialización de los conflictos laborales entre empleadores y trabajadores.

El Ejecutivo finalmente renunció a su potestad como colegislador al optar por no resolver la serie de vacíos e inconsistencia de que adolece la nueva regulación del derecho colectivo del trabajo mediante el envío de una nueva ley, sino que prefirió entregar la decisión de fijar el sentido y alcance de las nuevas normas y la integración de lagunas legales a la Dirección del Trabajo y a los Tribunales de Justicia.

Así, la regulación de los servicios mínimos por parte de la Dirección del Trabajo en el dictamen Ordinario Número 5346/92 no cumpliendo la función de despejar dudas, levantó una serie de interrogantes que sólo podrán despejarse con la práctica y la jurisprudencia administrativa y judicial resultante.

La existencia de regulaciones oscuras como en materia de “ajustes necesarios” y el rol de los grupos negociadores es parte de la gran cantidad de interrogantes que hacen que “las implicancias para el crecimiento de la nueva reforma laboral son inciertas, dadas las ambigüedades legales”, de acuerdo a palabras del Fondo Monetario Internacional (FMI), en su informe final publicado en octubre de 2016.

Asimismo, cabe destacar que la declaración de inconstitucionalidad de la titularidad sindical y la posterior eliminación de artículos del proyecto original ameritaban el envío de una ley adecuadora que de cumplimiento irrestricto al fallo y esclarezca una serie de normas que quedaron sujetas a interpretaciones, muy proclives a ser cambiantes, en cuanto a su real sentido y alcance.

Sin duda, los grandes temas pendientes de esta reforma dicen relación con un cambio al sistema de indemnización por años de servicio en caso de desvinculación por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio; flexibilización de jornadas de trabajo, mecanismos de incentivos a la contratación de mujeres, jóvenes y personas de la tercera edad, así como una política nueva en materia de capacitación.

Finalmente, considerando la jibarización de los pactos de adaptabilidad y el centrar esta reforma sólo en lo relativo al derecho colectivo del trabajo, se aprecia cómo el Ejecutivo desperdició una oportunidad única de realizar una real reforma laboral. Esto, considerando la realidad actual del mercado del trabajo y la economía, donde se hace necesario hacerse cargo de la automatización de los procesos, la externalización de servicios, la rotación constante de trabajadores, y la necesidad de generar mercados eficientes y competitivos mediante mecanismos reales que incentiven la productividad de las empresas que se incorporan a un sistema de economías abiertas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Sentencia causa Rit: S-41-2010 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Sentencia causa Rol: 2671-2014 del Tribunal Constitucional.

Sentencia causa Rol: 3016 (3026)- 2015 del Tribunal Constitucional.

Dictamen 4603/184 del 30 de Octubre de 2003 de la Dirección del Trabajo.

Código del Trabajo.

Constitución Política de la República de Chile.

Ley 20.940 que *"Moderniza las relaciones laborales"*, publicada en el Diario Oficial 08 de Septiembre de 2016.

Historia de la ley 20.940 que *"Moderniza las relaciones laborales"*. Biblioteca del Congreso Nacional.

Encuesta Laboral (ENCLA) año 2011.

Encuesta Laboral (ENCLA) año 2014.

Tema Público Número 1253 *"Reforma laboral. Un mal proyecto a pesar de resolución del Tribunal Constitucional"*, LyD.

Tema Público Número 1255. *"El largo e incierto camino pendiente de la reforma laboral"*, LyD.

Tema Público Número 1264. *"Aspectos interpretativos de la nueva ley laboral"*, LyD.

Gamonal, Sergio (2011). *"Derecho Colectivo del Trabajo"*. Santiago de Chile. Abeledo Perot, 2011.

Vedugo, Mario; Nogueira, Humberto; Pfeiffer, Emilio. (2002). *"Derecho Constitucional"*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Cea, José Luis. (2002). *"Derecho Constitucional Chileno"*. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

Silva Bascuñan, Alejandro (1997). *"Tratado de Derecho Constitucional"*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997.

i Considerando 25°, página 60. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

ii Considerando 19°, página 55. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

iii Considerando 29°, página 60. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

iv Considerando 34°, página 64. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

v Considerando 76°, páginas 89-90. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

vi Considerando 94°, página 96. Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, Tribunal Constitucional de Chile.

