

Nuevo sistema de negociación colectiva: Ley N° 20.940, grandes escollos interpretativos y desconexión normativa con algunos de los objetivos de la reforma legal¹

ANA MARÍA DÍAZ MUÑOZ

Profesora de Derecho del Trabajo

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: En el contexto de la reciente publicación de la Ley 20.940, que “moderniza las relaciones laborales”, el presente trabajo incluye un análisis de algunas de sus modificaciones con el objetivo de examinar el alcance que ellas tendrán en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, principalmente, por la preocupación manifestada por diversos sectores en torno al nivel de judicialización que esta pudiere generar; adicionalmente, se intenta constatar qué tan efectivo será, bajo esta nueva legislación, alcanzar los objetivos enunciados en el mensaje con que el proyecto de ley se envió al Congreso Nacional.

* * *

A juicio de la autora, por el conocimiento de la legislación y el acercamiento práctico a estos procesos, el balance pareciera ser, finalmente, negativo en los dos aspectos antes citados, como se aprecia en cada uno de los temas que se revisan más adelante. Es probable que el nivel de conflictividad laboral aumente y que las empresas chilenas, la economía nacional y el país en su conjunto, sufran consecuencias negativas una vez que esta ley entre en vigencia en abril de 2017.

Hay temas en los que –a veces– es preferible equivocarse y, por el bien de los trabajadores chilenos y de las futuras generaciones, este es uno de los casos en que, luego de que hayan transcurrido algunos años de vigencia de la ley, sería preferible constatar que el análisis era equivocado.

Si bien el objetivo original de este trabajo era comentar las principales modificaciones surgidas de la reforma introducida por la Ley 20.940 al sistema de negociación colectiva en nuestro país, una vez iniciada la labor de análisis de las nuevas disposiciones, se prefirió desarrollar el texto bajo una perspectiva

¹ Al final del texto se incluyen abreviaturas de las expresiones más frecuentemente utilizadas.

distinta, en el entendido de que habiendo ya algunos documentos que hacen un paralelo entre la legislación aún vigente y aquella que entrará a regir en abril de 2017, pareciera más útil revisar otras cuestiones que se estiman relevantes y que surgen del análisis del texto legal antes citado.

Al examinar las innovaciones legales, se observa que tales disposiciones generan un incordio interpretativo que dará pábulo a mayores problemas que los estimados cuando recién se promulgó la ley; por otra parte, se observa también, la nula o escasa eficacia que tendrán los llamados pactos especiales sobre condiciones de trabajo (pactos de adaptabilidad laboral), como asimismo, la alta probabilidad de que surjan dificultades de los nuevos procedimientos especiales de negociación, los cuales –en la forma concebida– podrían atentar contra los objetivos perseguidos por la reforma. Esto revela que los objetivos planteados en el Mensaje del proyecto de ley, que tendían a transformar la negociación colectiva en un proceso efectivo de diálogo para avanzar en el diseño de condiciones de trabajo adecuadas para cada empresa y sus trabajadores, no representan una posibilidad efectiva de alcanzar los fines anunciados. Así, por ejemplo, si bien el Gobierno reconoció la exigencia de generar una normativa más adecuada a las circunstancias en que hoy las empresas deben competir y desarrollarse, este prefirió –no obstante lo que expresó en el Mensaje– no avanzar en definitiva en esa línea, con plena conciencia de que nuestra legislación, que debe regular la actividad de las empresas insertas en *“una economía abierta y competitiva”*, que requieren *“adaptarse a un entorno que impone desafíos crecientes en materia de productividad y competitividad”*, no proveerá *“las herramientas necesarias para adecuarse a los ciclos productivos”* que permitan a empleadores *“actuar “con oportunidad y eficacia”*².

Un análisis cuidadoso de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.940, publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2016, con vigencia diferida al 1° de abril de 2017, permite constatar la magnitud de los problemas de interpretación que surgirán cuando sus normas comiencen a aplicarse. El texto publicado dará lugar a discusiones sobre el sentido y alcance de muchas de sus disposiciones, cuestión que, según afirman algunos, no será muy diferente a lo que sucede siempre que se dicta un nuevo texto legal; sin embargo, lo que se observa al estudiar la ley escapa a lo que habitualmente ocurre con las normas jurídicas, las cuales, normalmente, generan un cierto nivel de dudas interpretativas, cuestión que constituye el resultado usual del carácter de generalidad que tienen los preceptos legales y que, al aplicarse al caso concreto, requieren de mayores precisiones. No obstante, en el caso de la Ley 20.940 se presentan dificultades de comprensión de sus normas que surgen, no solo de una redacción poco precisa sino, lo que es más grave aún, de la desprolijidad resultante del hecho de que el Gobierno, luego del fallo del Tribunal Constitu-

² Expresiones en cursiva corresponden a parte del mensaje con que el proyecto de ley fue enviado por el Ejecutivo al Congreso.

cional que declaró inconstitucionales algunas de sus disposiciones, publicó el texto haciendo ajustes en él, sin observar la rigurosidad mínima que permitiera armonizar sus disposiciones para lograr una adecuada aplicación de las mismas por parte de los sujetos que deberán regirse por ellas.

Llama también la atención en este texto legal, el que algunos de los objetivos perseguidos con él, asociados a la facultad que se entregaba a las partes negociadoras para convenir en materias de su interés, flexibilizando la rígida normativa laboral existente en ciertas materias, apuntaban a avanzar en el sentido exigido por las características del entorno nacional e internacional en el que se desenvuelven hoy las empresas, lo que contribuiría a adecuar nuestro sistema de relaciones laborales a *“una economía abierta y competitiva que requiere que las empresas tengan capacidad de adaptarse a un entorno que impone desafíos crecientes en materia de productividad y competitividad”*. El Gobierno señaló también en el Mensaje del proyecto: *“Para enfrentar estos desafíos, las empresas deben contar con las herramientas necesarias para adecuarse a los ciclos productivos, actuando con oportunidad y eficacia. Estos ajustes no pueden sino emanar del entendimiento entre los trabajadores y las empresas, en un marco de diálogo y colaboración”*³. Se buscaba, por tanto, *“reconocer una amplia libertad y autonomía a las partes para negociar y establecer acuerdos sobre otras materias propias de la organización del trabajo, ... eliminando las restricciones que actualmente existen respecto de los temas que pueden ser objeto de la negociación colectiva, por lo que se propone facultar a las partes para negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo en las empresas en que exista una afiliación sindical relevante”*. En la materia, no obstante que el Gobierno pudo cumplir el objetivo recientemente citado porque contaba con los votos necesarios en el Congreso para aprobar las normas que apuntaban a dichos fines, luego del fallo del TC, el ejecutivo resolvió eliminar la mayoría de aquellas, tornando así en inalcanzables los objetivos asociados a ello, según se explicará en la parte correspondiente de este documento.

En el presente trabajo, se presentarán solo algunas de las modificaciones legales introducidas y los problemas de interpretación que sobre ellas se advierten, como también se compartirán algunas reflexiones acerca de la renuncia que, finalmente, hizo el Gobierno en relación a su intención de permitir negociar materias más amplias para contribuir a que las empresas pudieran desenvolverse oportuna y eficientemente, frente a los desafíos que una economía abierta y competitiva impone. No se incluyen en el estudio otras modificaciones igualmente importantes (trabajadores habilitados para negociar, derecho a información, huelga y otros) ya que, si se considera solo una de esas temáticas, la regulación de la huelga, ello importaría preparar un trabajo de mucho mayor extensión que lo que este artículo permite.

³ Mensaje del Proyecto de Ley 1055-362 enviado el 29.12.2014 por el Ejecutivo al Presidente de la Cámara de Diputados.

I. TIPOS DE NEGOCIACIÓN Y PARTES DE CADA PROCESO

De acuerdo a la nueva normativa, los tipos de negociación colectiva reconocidos en el C. del T. serán:

I. 1.- Negociación colectiva no reglada: Se sigue reconociendo en la nueva legislación este tipo de negociación como un proceso voluntario, que no se sujeta a determinadas normas de procedimiento y que puede iniciarse en cualquier momento, sin restricciones de ninguna especie, con el objeto de convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado. El proceso mismo se rige, en todo, por la voluntad de las partes negociadoras (art. 314).

I. 2. Negociación colectiva reglada: Implica negociar de acuerdo un procedimiento previsto en la ley, sujeto a requisitos en cuanto a las partes que participan en él y a diversas reglas que exigen cumplir con trámites y plazos de orden legal y con el reconocimiento de ciertas prerrogativas, como el fuero y –en la generalidad de los casos– el derecho a recurrir a la huelga, para los trabajadores que intervienen en dichos procesos.

I. 3. Negociación colectiva especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, que se abordará al final de este trabajo.

El reconocimiento de solo estos tipos de negociación, significa que desaparece el procedimiento de negociación semirreglado del art. 314 bis del Código aún vigente, incorporado años atrás a nuestra legislación laboral para evitar negociaciones no regladas de grupos de trabajadores, exigiéndoles a ellos cumplir ciertas formalidades para cautelar que la voluntad expresada en los instrumentos colectivos suscritos en esos procesos de negociación, fuera el resultado de un procedimiento de negociación real y no de un mero contrato de adhesión.

Teniendo presente los procedimientos reconocidos en la ley, se hace necesario determinar quiénes pueden intervenir en cada uno de esos tipos de negociación, distinguiendo entre trabajadores y empleadores.

En cuanto a los trabajadores que pueden participar de los distintos tipos de negociación, se observa lo siguiente:

N.C. no reglada: Según el art. 314, puede negociar en esta forma “cualquier organización sindical”, por lo que podrán negociar en forma no reglada todas las organizaciones sindicales que agrupen a trabajadores dependientes (STE, STiE, STT), federaciones y confederaciones. Dado el tipo de negociación, esta

siempre exige acuerdo de las partes y, tratándose de las F y CF, el acuerdo para negociar debe ser previo al proceso. No se contempla en la ley como posible sujeto de estos procesos a los grupos de trabajadores, no obstante lo que al efecto señaló el fallo del TC; sobre ello se volverá más adelante.

N.C. reglada: Pueden negociar según las normas de este tipo de negociación los STE, pero, además:

a) Los STiE que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas judicialmente como un solo empleador y⁴,

b) Los STiE que, agrupando a trabajadores de distintas empresas, reúnan en la empresa respectiva el quórum necesario para formar un sindicato. La negociación solo será obligatoria en las medianas y grandes empresas y voluntaria respecto de las micro y pequeñas empresas⁵. Esta vía de negociación será abordada especialmente, hacia el final de este trabajo.

N. C especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria: Dada la naturaleza de este procedimiento, él es exclusivo para los trabajadores antes indicados los que normalmente estarán reunidos en un STT, y podrán negociar en forma no reglada, pero además, bajo las normas de este procedimiento especial, al cual aluden los arts. 365 y siguientes; este procedimiento se explicará más adelante.

Dado lo antes expuesto surge, ineludiblemente, la interrogante acerca de **cuál será el procedimiento que, a partir de la vigencia de la ley 20.940, deberán utilizar los grupos de trabajadores para negociar colectivamente.**

Según lo ya visto, la ley no los menciona como sujetos de la NC reglada; tampoco en la norma que contempla la NC no reglada y, además, eliminó el proceso semirreglado, creado especialmente para ellos cuando no se acogían al procedimiento reglado. ¿Debe entenderse, entonces, que no pueden negociar de ningún modo?

La eventual participación de grupos de trabajadores en procesos de negociación ha quedado en una situación absolutamente incierta. El art. 314 del C. del T. vigente, relativo a la negociación colectiva no reglada, no los contempla como sujetos activos de ese proceso de negociación, lo que fue el resultado de una

⁴ Modif. Ley 20.760, 2014.

⁵ La clasificación de las empresas en micro, pequeñas, medianas y grandes empresas se ha hecho en Chile, para efectos laborales, atendiendo al número de trabajadores que en ellas laboran: microempresas: 1 a 9 trabajadores; pequeña empresa: 10 a 49 trabajadores; mediana empresa: 50 a 199 trabajadores. Las que tienen 200 o más trabajadores, se entienden como grandes empresas.

modificación legal que incorporó para ellos un procedimiento de negociación colectiva semirreglado, que exige a los grupos negociadores el cumplimiento de ciertas formalidades mínimas, tendientes a garantizar que la voluntad que se expresa en esos acuerdos sea el resultado de un efectivo proceso de negociación y que no se esté frente a simples contratos de adhesión promovidos por algunos empleadores, con el objetivo de desincentivar negociaciones regladas evitando –con ello– asumir las consecuencias que pueden seguirse de ese tipo de procesos, fundamentalmente, la huelga, pero también por las restricciones que impone el fuero propio de la negociación y que limita en forma importante las facultades de administración del empleador durante un periodo de tiempo, a veces, relativamente prolongado.

El texto incluido en el proyecto de ley que reformula la materia, eliminó el procedimiento semirreglado, ya que dicho proyecto, ideado bajo la premisa de la titularidad sindical, solo permitía negociar a los grupos de trabajadores en empresas en que no existían sindicatos habilitados para ello. Este punto fue ampliamente debatido durante la tramitación legislativa del proyecto y generó un requerimiento ante el TC, resolviendo este que las normas que impiden negociar a los grupos negociadores son absolutamente inconstitucionales. No obstante ello, el proyecto no fue objeto de los ajustes necesarios en su redacción para dar cabal cumplimiento a lo resuelto por el órgano de justicia constitucional, no incluyendo a los grupos de trabajadores como sujetos activos de los diversos procedimientos de negociación colectiva que reconoce, generándose vacíos que serán causa de muchas dificultades de orden práctico.

En efecto, tratándose del procedimiento de negociación reglado, hay quienes opinan que los grupos negociadores no podrán negociar bajo ese procedimiento⁶ y esto, a pesar que el C. del T. mantiene la definición del contrato colectivo en el art. 6° como “aquel que se celebra por uno o más empleadores con una o más OS **o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente**, o con unos y otros, con el objeto de...”, por lo que esta norma asume que el contrato colectivo es un instrumento colectivo que puede ser suscrito también por un grupo de trabajadores. Por otra parte, el art. 320 al definir el instrumento colectivo sostiene que es la “convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de...”, de lo que se infiere que los instrumentos colectivos, cualquiera sea la especie de estos, podrán ser suscritos no solo por OS sino también por grupos de trabajadores, ya que la ley no distingue al efecto.

Ahora bien, atendiendo a los categóricos y extensos argumentos fundantes del fallo dictado por el TC⁷, que declaró inconstitucional en su totalidad el

⁶ Entre otros, el prof. y abogado Francisco Tapia, que defendió la constitucionalidad del proyecto de ley ante el Trib. Constitucional.

⁷ Sentencia de 9/05/2016 Rol N° 3016(3026)-16-CPT.

primer capítulo de impugnación relativo a la titularidad sindical, los grupos de trabajadores debieran poder negociar en forma reglada y no reglada; sin embargo, y no obstante el fallo, considerando que el texto legal finalmente promulgado no introdujo cambios en las correspondientes disposiciones legales, en los hechos, la participación de grupos negociadores en un proceso reglado resultará fuertemente entorpecida, ya que los trabajadores que aspiren a negociar sin afiliarse a un sindicato deberán resolver múltiples problemas prácticos: ¿Quién representa al grupo negociador? ¿Cómo se puede censurar a la comisión negociadora de un grupo negociador si esta ley no consideró un proceso de censura para la comisión negociadora que no es directiva sindical? ¿Se requiere algún quórum para negociar por esa vía? La gran cantidad de interrogantes que surge de esta legislación, conduce a advertir que los grupos de trabajadores que deseen negociar colectivamente, en los hechos y luego de publicada la ley, han quedado en una situación muy desmedrada.

Efectivamente, con la legislación vigente pueden negociar en forma reglada y en forma semirreglada; con el proyecto redactado en la forma que llegó al TC, los grupos podían negociar colectivamente en forma reglada cuando en la empresa no existía un sindicato habilitado para negociar. Bajo la vigencia de la nueva ley, en cambio, los grupos de trabajadores que quieran negociar enfrentarán tantas dificultades de orden práctico que, probablemente, disminuirá su interés por participar en este tipo de procesos.

Es posible estimar que, por la vía de la aplicación analógica de las disposiciones referidas a las organizaciones sindicales, recurriendo al concepto de contrato colectivo contemplado en el art. 6° del C. del T., antes referido, y a las consideraciones del fallo del TC, deba aceptarse la participación de grupos negociadores en procesos de negociación colectiva reglada, pero ello obligará a recurrir a los Tribunales de Justicia para que estos resuelvan si las formas procedimentales adoptadas en sus negociaciones se ajustan o no a derecho y para resolver sobre la validez misma de la participación de los grupos en esos procesos. Cabe suponer que, enfrentados a tales inconvenientes, los trabajadores terminen afiliándose a un sindicato (alcanzándose así por esta vía el mismo resultado buscado por la titularidad sindical) o, en otros casos, los trabajadores renuentes a sindicalizarse, prefieran no negociar colectivamente en forma reglada.

Así, entonces, la ley generó un vacío difícil de llenar sin una modificación legal, pudiendo afirmarse que, con la estrategia adoptada por el Gobierno en orden a no modificar esencialmente el texto del proyecto luego del pronunciamiento del TC, se ha llegado a un resultado que hace casi imposible la negociación reglada de grupos de trabajadores, vulnerándose con ello el principio constitucional de la libertad sindical. En definitiva, la decisión de publicar la ley sin ajustar las normas al orden constitucional, puede interpretarse como una

estrategia gubernamental que apunta a alcanzar los objetivos que perseguía la titularidad sindical, no ya por la vía de normas explícitas en tal sentido, sino por la vía de omisiones normativas que hacen poco practicable la negociación colectiva reglada por parte de grupos negociadores.

Sin embargo, los trabajadores y empleadores podrán recurrir siempre al procedimiento de negociación no reglado, que actualmente no les está vedado expresamente y esto, aun cuando la ley al contemplarlo lo refiere solo a la participación de organizaciones sindicales. Si la parte trabajadora y la parte empleadora quieren negociar por esta vía, no se advierte razón jurídica alguna por la cual estén impedidos de hacerlo, siendo fundamental en la materia tener presente lo resuelto por el T.C. en este punto.

¿Qué pasa, en cambio, con los empleadores frente a los diversos tipos de negociación colectiva?

NC no reglada: En este caso, tratándose de una NC absolutamente voluntaria, la parte empleadora podrá ser uno o más empleadores, según las reglas que las propias partes acuerden y, probablemente, ello estará dado por la naturaleza de la OS que participe en nombre de los trabajadores (STiE, F, CF).

NC reglada: La parte empleadora en un proceso de NC reglado está constituida por la empresa en que laboran los trabajadores, pero, además, dos o más empresas están obligadas a negociar colectivamente bajo este tipo de procedimiento en la medida que esas empresas hayan sido reconocidas como un solo empleador, cuestión que no es consecuencia de aplicar las normas contempladas en la Ley 20.940, sino de la reforma del año 2014 (Ley 20.760).

El art. 303 que, en virtud de la técnica legislativa adoptada en esta ley está específicamente nominado "Partes", no explicita quiénes pueden participar en este tipo de proceso como parte empleadora, limitándose a señalar que, para determinar si dos o más empresas deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la NC, habrá que estarse a lo dispuesto en los inc. 4° y sgtes. del art. 3° del C. del T., norma que, producto de la modificación del año 2014, Ley 20.760, dispone: *"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad determinada"*, añadiendo en los incisos siguientes: *"Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, **cuando tengan una dirección laboral común**, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común"*, agregando luego: *"La mera circunstancia de participación*

*en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior". La misma norma entrega a los Trib. del Trabajo la facultad de conocer las cuestiones suscitadas por la aplicación de estos incisos, señalando en el inc. final del art. 3° que "los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. Los STiE que agrupen **exclusivamente** a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos".*

Finalmente, en virtud de lo previsto en el art. 507 del C. del T., la acción para requerir la declaración judicial de un solo empleador puede interponerse en cualquier momento, salvo durante la negociación colectiva; si el procedimiento judicial sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras la acción se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal. Esta sentencia se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

NC especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria: En este caso, la parte empleadora puede ser también una o más empresas, entregándose sí, a las empresas que hayan recibido el proyecto, la facultad de decidir si negocian en forma conjunta o separada (art. 368), como se verá cuando se analice este procedimiento.

II. CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

En la materia se observan diferencias relevantes en los siguientes aspectos:

- 1.- En cuanto a la época para negociar colectivamente: antigüedad de la empresa y oportunidad para presentar proyectos de contrato colectivo.
- 2.- En cuanto al proyecto de contrato colectivo que se presenta.
- 3.- En lo que dice relación con la respuesta del empleador.
- 4.- En materia de impugnaciones y reclamaciones al proyecto y a la respuesta.

- 5.- En cuanto a los instrumentos colectivos y sus efectos.
- 6.- En cuanto a la huelga y sus efectos; por la extensión del tema, este no será abordado en este texto.
- 7.- Mecanismos alternativos de solución de conflictos, tampoco analizados en este trabajo.

II. 1. Época para negociar colectivamente en la empresa

En este aspecto, se harán observaciones sobre los dos siguientes tópicos:

- 1.a) Antigüedad de la empresa para negociar colectivamente.
- 1.b) Oportunidad para presentar el proyecto de contrato colectivo.

1.a) Antigüedad de la empresa para negociar colectivamente

En lo que se relaciona a este tema, resulta preciso referirse a los siguientes puntos:

- i) Para que pueda presentarse un proyecto de contrato colectivo es necesario que hayan transcurrido 18, 12 o 6 meses desde el inicio de las actividades de la empresa, según si esta es, respectivamente, micro o pequeña empresa, mediana empresa o, finalmente, gran empresa (art. 308). Así, según el tamaño de la empresa se exige una mayor o menor antigüedad de la misma para los efectos de permitir la negociación en ella, regla que ahora es más favorable para las empresas micro y pequeñas, ya que la antigüedad de 1 año exigida a la fecha se amplió para ellas a 18 meses; para las empresas de mediano tamaño el plazo fijado es el mismo hoy existente, pero se redujo a solo 6 meses para las grandes empresas.

La última regla indicada constituye una evidencia cierta de que el legislador no atribuye mayor importancia al carácter con que se diseñó el sistema de negociación hoy vigente, en orden a que él sea un proceso técnico e informado, ya que, al quedar sujeta la gran empresa a procesos de negociación a partir de solo 6 meses desde el inicio de sus actividades, el empleador no estará en condiciones de acreditar las razones que justifiquen sus planteamientos cuando no les es posible acceder a las aspiraciones de los trabajadores que negocian, las cuales, pudiendo ser legítimas, pueden resultar, como sucede en muchos casos, muy alejadas de la real situación económica de la empresa de que se trata. Lo anterior

resulta un contrasentido si se consideran las mayores exigencias que la ley hace en materia del derecho a información ya que, tratándose de grandes empresas, la principal información que la ley contempla como obligatoria de entregar no les será exigible (balance general, estados de resultados y otros), estando dichas empresas solo en condiciones de presentar, principalmente, información relativa a gastos en remuneraciones y costos de inversión, lo que dista mucho de anticipar eventuales resultados para los próximos años y, por tanto, de negociar en base a proyecciones fundadas de logros que sustenten las nuevas condiciones laborales y de remuneraciones que se intentan convenir.

- ii) **Período no apto para iniciar negociaciones (art. 332 inc. 2° y sgte.):** En la materia se constata también una diferencia relevante; en efecto, si bien la ley mantuvo esta facultad del empleador, restringió el uso de la misma ya que, actualmente, cuando en la empresa no existe contrato colectivo vigente, el empleador puede declarar **uno o más periodos** que, en su conjunto, no excedan de 60 días, como periodo no apto para iniciar una negociación (lo que se entiende como no apto para presentar proyectos de contrato); esto permite bloquear aquellos periodos que, por las características de la actividad productiva o de servicios, resultan más críticos para enfrentar durante ellos un proceso de esta naturaleza. La reforma, si bien mantiene esta facultad, solo permite fijar **un** periodo de hasta 60 días en el año durante el cual no será posible iniciar un proceso de negociación, disminuyendo la eficacia de esta facultad del empleador toda vez que ya no será posible separar el periodo total de 60 días en dos o más periodos, según las reales necesidades de la empresa.

Sí resulta adecuado, en cambio, que se haya eliminado la obligación de que esa declaración se haga en el mes de junio, ya que muchos empleadores no advertían que tenían este derecho sino hasta que se constituía un sindicato en la empresa y, dependiendo de la fecha de constitución del mismo, no podían –en ocasiones– utilizar dicha facultad, resultando involucrados en procesos de negociación, precisamente, en aquellos periodos en que la negociación afecta más las operaciones de la empresa.

- iii) Otra modificación que se observa en este aspecto surge de un cambio en la redacción de la parte final del último inciso del art. 332, que establece que la declaración a que se ha hecho referencia tiene una **vigencia de 12 meses**, por lo que bajo esta nueva legislación, si una vez hecha la declaración, no se realiza una negociación en el periodo anual siguiente, el empleador deberá ocuparse de renovar oportunamente la misma para que se alcancen los objetivos buscados con ella.

- iv) **Obligación de que todas las negociaciones se realicen en un mismo periodo:** Una nueva diferencia relevante entre la normativa vigente y el procedimiento según la reforma, es que la Ley 20.940 no contempló una norma como la contenida en el art. 315 inc. 4° que, salvo acuerdo de las partes, obliga a que todas las negociaciones al interior de una empresa tengan lugar en un mismo periodo. Esta regla es importante, particularmente en las empresas de mayor tamaño, que pueden tener más de un sindicato constituido en ellas y por tal razón, estar expuestas a participar en diversos procesos de negociación. Con la restricción más arriba indicada, se evita a dichas empresas, salvo que se cuente con su voluntad, estar sometidas en diversos periodos del año a este tipo de procesos, con eventuales paralizaciones de sus actividades productivas o de servicios y los consiguientes entorpecimientos que ello pueda generar para la adecuada marcha de la empresa. Al eliminarse esta limitación, bajo las nuevas normas estas empresas pueden resultar obligadas a asumir procesos de negociación en diversas oportunidades durante el año, con las dificultades que para sus operaciones es posible predecir.

1.b) Oportunidad para presentar el proyecto de contrato colectivo:

En este ámbito se observa otra gran diferencia: ya no es relevante saber si en la empresa existe o no contrato colectivo vigente; ahora pasará a importar –para estos efectos– **si la organización de trabajadores que negocia tiene o no instrumento colectivo vigente.**

El Código en su redacción previa a la reforma, para resolver cuando puede negociarse, atiende, en cambio, a la situación de la empresa, si en ella había o no contrato colectivo vigente, cuestión que armonizaba con la regla que promovía que todas las negociaciones debían realizarse en una misma época, salvo acuerdo de las partes. Como se ha dicho, al legislador de la última reforma no le parece relevante que la empresa deba negociar durante diversas épocas del año; lo que importa es si la organización que negocia tiene o no un instrumento colectivo vigente. Así,

- i) **Si el sindicato no tiene contrato colectivo vigente:** En esta situación, la organización que presenta el proyecto puede presentarlo en cualquier tiempo (art. 332) siempre que la empresa tenga la antigüedad mínima que indica la ley y, además, con la limitación de no poder presentarlo en el periodo que el empleador haya declarado como no apto para iniciar negociaciones (lo que solo pudo hacer si en la empresa no existe un instrumento colectivo vigente).

ii) Si el sindicato tiene instrumento colectivo vigente (art. 333):

En tal supuesto, la nueva regla es que el sindicato debe presentar el proyecto no antes de 60 días ni después de 45 días anteriores a la fecha de término de la vigencia de dicho instrumento.

Esta norma implica ampliar el periodo de negociación (bajo las normas vigentes, debía presentarse no antes de 45 días y no después de 40 días anteriores al término de la vigencia del contrato). Así, bajo el imperio de la nueva ley, el periodo de negociación se adelanta y se extiende en 15 días, lo que trae varias consecuencias:

- Se extiende el fuero de los trabajadores involucrados en la negociación, en esos mismos 15 días.
- Se restringe más la facultad de administración del empleador en lo que dice relación con la eventual necesidad de poner término a algún contrato de trabajo en épocas próximas a la futura negociación. Actualmente, él sabe que el proyecto puede presentarse en un periodo de 6 días (entre el día 45 y 40 anterior al término del contrato) y considerando esa fecha puede calcular cuando comienza el fuero de los trabajadores, si es que requiere poner término a algún contrato de trabajo. Bajo la nueva norma, en cambio, al empleador le resultará más difícil precisar la fecha en que comenzará el fuero previo a la negociación ya que el proyecto puede presentarse en un lapso mayor, 16 días y, por esa vía, habrá mayor incertidumbre acerca de cuándo comenzará dicho fuero, con las consiguientes restricciones en materia de administración de personal.
- Si los trabajadores presentan el proyecto de contrato colectivo antes de los 60 días, la presentación no es nula, ya que el mismo art. 333 dispone que en ese caso se entenderá, para todos los efectos legales, que el contrato fue presentado en el día 60. ¿Qué razón tuvo una norma de esta naturaleza? ¿Qué pasará si los sindicatos presentan sus proyectos de contrato con alguna o bastante antelación a la fecha en que debían presentarlo? Si bien es cierto ello no implica un aumento del periodo legal de fuero, no es inconcebible pensar que el uso de algunas atribuciones del empleador pueden quedar expuestas a posibles denuncias por prácticas antisindicales.

Por otra parte, si el sindicato no presenta el proyecto dentro del plazo o lo presenta tardíamente, el efecto es, en términos generales, el mismo que bajo la legislación actual: el contrato colectivo del sindicato correspondiente se extingue, pero sus cláusulas subsisten como parte de los contratos individuales

de los trabajadores afectos a él. En todo caso, como la reforma no atiende a si en la empresa existe o no contrato vigente sino a si el sindicato tiene o no un contrato vigente, como ese se habrá extinguido, el sindicato no tendrá que esperar que esté próxima la extinción de otro instrumento para presentar su proyecto ya que, simplemente, podrá presentarlo en cualquier tiempo que estime conveniente a sus intereses, pudiendo ser este un día muy próximo o no a la fecha en que debían presentarlo según su conveniencia. En ese escenario, si en la empresa no existe ningún otro contrato colectivo vigente, esta deberá estar alerta para fijar nuevamente un periodo no apto para iniciar negociaciones ya que, si no lo hace, se verá expuesta a que el nuevo proyecto se presente en aquel periodo en que la negociación pueda afectar más drásticamente la realización de los procesos productivos o de servicios que la empresa presta.

II. 2. El proyecto de contrato colectivo

Al igual que bajo las normas del C. del T. previo a la reforma, la negociación colectiva comienza con la presentación del proyecto de contrato colectivo al empleador, el cual debe contener, a lo menos (328):

- a) Las cláusulas que se proponen;
- b) La **duración ofrecida**: esta se reduce con respecto al máximo que admite la ley actual; en efecto, el contrato tendrá la misma duración mínima de 2 años, pero no podrá tener una duración superior a 3.
- c) La **comisión negociadora sindical**: si bien la CNS sigue siendo la o las directivas de la o las organizaciones sindicales respectivas, en el caso que la negociación involucre a más de un sindicato, la comisión no necesariamente estará constituida por las directivas de todas las asociaciones como sucede actualmente, ya que la ley previene que, en tal situación, la comisión estará integrada por los directores que se designen en el proyecto de contrato colectivo. Sin embargo, es posible pensar que, en los hechos, la composición de la CNS será igualmente numerosa en estos casos ya que, difícilmente, algunos de los dirigentes querrán mantenerse fuera de la mesa de negociación al ser este proceso una de las instancias más relevantes en que les corresponde participar.

Lamentablemente, no se ocupó la ley de resolver el problema que se presenta cuando la directiva sindical está constituida solo por un director (sindicatos con menos de 25 socios), cuestión que constituye un grave problema durante la negociación al desequilibrar la representación del sindicato frente a la del empleador, debilitando muchas veces su poder negociador, facilitando también las conductas de corrupción.

Si el Sindicato tiene participación femenina y en la CNS no hay ninguna trabajadora, se deberá integrar a una representante elegida por el o los sindicatos en conformidad a sus estatutos o, si éstos nada han previsto, deberá ser elegida por la asamblea⁸. Si la empresa en que se lleva adelante el proceso de negociación es una micro o pequeña empresa, esta trabajadora deberá sustituir a uno de los miembros que deberían integrar la comisión por derecho propio. Nada dice la ley sobre la forma en que operará dicha sustitución, de manera que si los estatutos de la organización no tienen prevista la forma de hacer ese reemplazo, habrá que imaginarse los problemas que se vivirán al interior de la organización para resolver cómo hacer la sustitución. La trabajadora que integre la CNS por efectos de estas normas tendrá fuero, el que se extenderá hasta los 90 días contados desde la suscripción del contrato o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado.

- d) El domicilio físico o electrónico de el o los sindicatos que presentan el proyecto, y
- e) La **nómina de socios de la organización**: en esta materia y en cuanto a la parte trabajadora, en general, hay también innovaciones trascendentes. Actualmente, la parte trabajadora en cada proceso está constituida por los trabajadores afiliados a una OS o los trabajadores organizados en un grupo negociador y que se incluyen en la nómina que se presenta junto al proyecto (sin perjuicio de los adherentes que pueden incorporarse al proceso dentro de cierto plazo, en aquellas negociaciones iniciadas en empresas que no tenían contrato colectivo vigente). Es en los trabajadores incluidos en esa nómina en quienes radican, en definitiva, los efectos del contrato colectivo. Esto trae como corolario que las cláusulas del contrato solo se aplican a dichos trabajadores o, por admitirlo así la ley, cumpliendo ciertas obligaciones se pueden aplicar a otros trabajadores a quienes el empleador decida, después de la suscripción del contrato colectivo, extenderles algunos o todos los beneficios acordados. Lo anterior posibilita al empleador determinar con exactitud cuál es el aumento de costos que significará para la empresa entregar determinados beneficios en la negociación.

La Ley 20.940 innova de manera radical en esto; por una parte, si bien señala que junto con el proyecto debe presentarse la nómina de los trabajadores socios de la organización sindical, esta nómina no constituye, sin embargo, la lista necesariamente definitiva de los trabajadores que negocian, toda vez que la ley permite que dentro de los 5 días siguientes a la presentación del proyecto

⁸ Esta norma debió tener el carácter de norma transitoria ya que el art. 231 tiene previsto que la directiva sindical debe tener participación de mujeres.

puedan afiliarse nuevos socios a la organización, quienes se incorporarán de pleno derecho al proceso (salvo que estén adscritos a otro contrato colectivo vigente). De esta afiliación el empleador debe ser informado dentro de los 2 días siguientes a su incorporación. Así, entonces, la nómina que se presenta junto al proyecto de contrato, complementada con los nombres de nuevos socios que se incorporen a la negociación en el plazo antes indicado, determinará quiénes serán parte en el proceso y, en dicha virtud, cuáles trabajadores podrán ejercer los derechos que en tal calidad les confiere la ley durante el mismo, por ej. gozar de fuero, votar sobre las propuestas que presente el empleador, ejercer el derecho a huelga, etcétera.

La nómina de socios presentada junto al proyecto, más la nómina que surja de la incorporación de nuevos socios que puedan afiliarse dentro de los 5 días siguientes a la presentación del proyecto, debiera permitir saber a quiénes alcanzarán los efectos del instrumento colectivo que, en definitiva, se suscriba; sin embargo, esto quedará sujeto al acuerdo sobre extensión de beneficios que las partes del instrumento colectivo puedan convenir durante la negociación. Adicionalmente, es posible que surjan otros problemas en relación a quién tiene la calidad de parte en los instrumentos que se suscriban, cuestión sobre la cual se harán los alcances correspondientes al abordar los efectos de los mismos.

II. 3. Respuesta del empleador

En la materia, los principales cambios se observan en los siguientes tópicos:

3.a) Plazo para responder:

El empleador debe responder el proyecto de contrato dentro de los 10 días siguientes a la presentación del mismo; esto significa que se reduce en un tercio el plazo de que disponía para contestar (antes 15 días), con la agravante que la nómina definitiva de quienes negocian solo la tendrá él con escasa anticipación al vencimiento del plazo para responder, ya que hasta 5 días después de presentado el proyecto, nuevos socios pueden incorporarse al sindicato y, por esa vía, pasar a ser partes de la negociación, cuestión de la que el empleador solo tendrá conocimiento 3 días antes del vencimiento del plazo para contestar, lo que dificulta la preparación de una respuesta responsablemente elaborada.

Ante la no respuesta oportuna se contempla sanción de multa y, además, se entiende aceptado el proyecto cuando llegado el día 20 no se contesta; manteniéndose, conceptualmente, las mismas sanciones vigentes, pero tratándose de la multa, su cuantía se independiza del monto de las remuneraciones de los trabajadores involucrados en el proceso y se fija según el tamaño de la empresa, de acuerdo a lo previsto en el art. 406 del C. del T.

3.b) Contenido de la respuesta:

En este ámbito, los requisitos de la respuesta deben analizarse desde dos ángulos diferentes:

3. b.1: Requisitos formales de la respuesta: Aunque la ley no lo dice expresamente, debe ser escrita; el empleador debe contestar todas las cláusulas propuestas por la CNS y, aunque ahora no se exige, debiera siempre formularse en forma de contrato porque esa es la única manera en que la respuesta pueda, sin dificultades, transformarse en el contrato si resulta que la respuesta se acepta o no hay nuevas ofertas del empleador y ella llega a transformarse en el contrato colectivo. La ley tampoco exige ahora que se justifiquen las propuestas sino que **faculta** al empleador para “*explicar los fundamentos y contenidos de su proposición, acompañando los antecedentes que la sustenten*” (art. 335 inc. 2°). Ya no existirá la obligación de entregar antecedentes junto con la respuesta porque todo lo relativo a esta materia está regulado y sujeto a plazos diferentes contemplados en el título correspondiente al derecho a información, art. 315 y ss. En la respuesta debe también designarse, al igual que antes, a los integrantes de la comisión negociadora de la empresa y a los asesores (hasta 3), debiendo señalarse una dirección de correo electrónico.

Se contempla sí, una nueva exigencia: producto de las modificaciones incorporadas en relación a los **servicios mínimos** que trabajadores en huelga puedan estar obligados a prestar mediante los equipos de emergencia que se nominen, la respuesta del empleador debe también proponer a la comisión negociadora sindical, los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, siempre que, previamente, se haya acordado o establecido la obligación de los trabajadores de proporcionar tales servicios.

3. b.2: Requisito sustantivo de la respuesta: La principal modificación en este ámbito dice relación con la exigencia que se impone al empleador en orden a que la respuesta debe contener un **piso mínimo** asociado a las condiciones contractuales que los trabajadores tienen al momento de negociar.

Para determinar cuáles son las condiciones que debe reunir el piso mínimo de la respuesta se debe distinguir si existe o no contrato colectivo vigente. En este caso, el legislador no se ocupó de precisar si la referencia al contrato colectivo vigente está hecha a un contrato vigente en la empresa o a un contrato vigente del sindicato que negocia. Debiera entenderse que se refiere a la situación en que el sindicato tiene contrato vigente porque esa lógica armoniza mejor con la situación regulada por la norma.

Así, si existe instrumento colectivo vigente, el piso incluye mantener idénticas estipulaciones a las establecidas en dicho instrumento, actualizadas a la fecha de término de ese contrato. El piso no exige, sin embargo, mantener la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo ni los beneficios que se otorgan solo con motivo de la suscripción del contrato, por ej. bono de término de negociación. No se incluye tampoco en el piso el acuerdo de extensión de beneficios que se hubiere negociado en el contrato anterior.

En cambio, si no existe instrumento colectivo vigente, la ley señala en el art. 336 inc.f.: *“la respuesta constituirá el piso de la negociación”*, norma cuyo objetivo no resulta claro si se tiene presente que, a renglón seguido, agrega: *“La propuesta del empleador no podrá contener beneficios inferiores **a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato**”*. ¿El piso es, entonces, la respuesta, cualesquiera sean las condiciones ofrecidas o la respuesta solo cumplirá con el piso si ella contiene beneficios iguales o superiores a los que periódica y regularmente ha entregado la empresa a los socios del sindicato?

Otro problema de interpretación en esta materia será el que surge de precisar qué debe entenderse por *“**beneficios que de manera regular y periódica haya otorgado el empleador a los trabajadores**”*. ¿Si los beneficios existen en diversos contratos, pero son de monto diferente, serán aquellos mejores beneficios que algunos de los trabajadores perciben los que deberán reproducirse en el nuevo contrato? ¿y si los beneficios existen regularmente en unos contratos y en otros no, habrá que entender que la norma exige replicar en el piso, para todos los trabajadores, aquellos que solo existían en algunos contratos aunque los demás trabajadores no los hubiesen estado percibiendo o, definitivamente, habrá que reproducir en el contrato colectivo, para cada trabajador las normas particulares de su propio contrato? Nuevas interrogantes que quedarán sujetas a la interpretación administrativa o judicial que emane de resoluciones de la DT o de los tribunales de justicia, aumentando esto la poca certeza jurídica ya existente en relación con muchas normas de índole laboral.

Lo que se resuelva no solo importa en relación a eventuales multas que la DT pueda aplicar a la empresa si estima que no cumplió el empleador con la obligación de ofrecer el piso en la respuesta; lo que se resuelva tendrá impacto en cuestiones mucho más relevantes, como lo es el contenido del contrato colectivo que los trabajadores pueden exigir firmar al empleador, materia en la cual se dispone que deberá suscribirse un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación (art. 342). ¿Qué estipulaciones deberá, entonces, contener ese instrumento?

En este aspecto, el legislador bien pudo haber resuelto el problema existente en la legislación actual, en cuanto el art. 369 aún vigente (relativo a lo que se ha llamado contrato colectivo forzado), no parece hacer aplicable esa institución en los casos de negociaciones en que no existe contrato colectivo vigente anterior (teniendo presente que el llamado contrato colectivo forzado hoy reconocido en la ley obedece en esencia a la misma naturaleza del contrato que deberá reproducir el piso). La DT interpretó esa norma sosteniendo que también se aplicaba esa institución cuando no había contrato colectivo vigente, resolviendo que las condiciones que debían pactarse en el contrato forzado eran las propias de los contratos individuales de los trabajadores que negociaban (interpretación errada a la luz de la redacción literal del inc. 2° del art. 369 que alude a “**nuevo** contrato colectivo vigente” lo que, por tanto, implicaba reconocer que debía existir un instrumento colectivo anterior), cuestión que resulta impracticable cuando se trata de suscribir un instrumento colectivo de trabajo, cuyo objetivo esencial es “establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones”. La nueva ley incurre en el mismo error que tenía esta institución en la legislación anterior y, haciéndose cargo de la interpretación errada de la DT, vincula el piso del contrato a condiciones propias de contratos individuales de trabajo, no obstante que se trata de regular una materia intrínsecamente vinculada a un contrato colectivo. ¿Qué contrato colectivo puede surgir de la reproducción en dicho instrumento de los beneficios que de manera regular y periódica ha otorgado el empleador a cada uno de los trabajadores que represente el sindicato? ¿Qué pasa si, como en muchos casos ocurre, esos beneficios son diferentes entre los distintos trabajadores? ¿Deberá suscribirse un contrato colectivo que contemple tantos regímenes diferentes de trabajo y de remuneraciones como condiciones distintas estén pactadas en los contratos individuales de trabajo? ¿Un contrato que se suscriba en esa forma es igualmente un contrato **colectivo** de trabajo? Obviamente, la norma debió haber contemplado la exigencia del piso solo cuando existe un contrato colectivo vigente o bien, si no existe, exigir contemplar en el piso solo aquellas condiciones que han tenido un carácter común para los trabajadores en la etapa previa a la negociación. Así, entonces, la forma de regular esta materia permite concebir contratos colectivos integrados por normas provenientes de condiciones individuales de trabajo y de remuneraciones, lo que desnaturaliza la esencia del instrumento correspondiente y altera el objetivo del proceso de negociación colectiva.

Debe señalarse que la exigencia del piso se justificó en el mensaje del proyecto por la premisa de que ello obliga a no partir de cero en cada negociación, situación que se presentaría porque un gran número de empleadores suele rechazar la casi totalidad de las pretensiones que los trabajadores plantean en el proyecto; no parece ser esta, sin embargo, la solución idónea para un escenario que, la mayoría de la veces, no obedece a un mero capricho de esos empleadores. En gran medida, la respuesta negativa inicial de los empleadores

es la consecuencia lógica de enfrentar negociaciones iniciadas con la postura del “tejo pasado”, en las cuales muchas veces se advierte una escasa consideración a los antecedentes económicos de la empresa o del ciclo económico en que sus operaciones se realizan, lo que obliga a los empleadores a provocar un “aterrizaje forzoso” de las pretensiones excesivas de quienes negocian.

Al exigir el piso en la respuesta (con una fórmula bastante desacertada que permite rebajarlo después, durante la negociación, si las condiciones económicas de la empresa así lo justifican), se está promoviendo una negociación poco responsable, que en sus inicios puede generar expectativas aun cuando luego ellas no puedan satisfacerse si la situación económica de la empresa así lo demanda. Es decir, esta fórmula contribuirá a enrarecer el clima de la negociación y a dificultar la posibilidad de arribar a acuerdos posteriores. Sobre el particular, la economista A. Repetto manifestó: *“El proyecto establece que la negociación colectiva se inicia con la mantención de las condiciones laborales actuales. Si bien en un periodo de bonanza económica del país y/o de la empresa esta mantención no representa un obstáculo, claramente lo es en un periodo de baja, que puede ser particular a una empresa, y que le impide buscar mecanismos que aseguren su viabilidad en el mediano plazo. Esta pretendida disposición será fuente de gran confrontación entre la empresa y sus trabajadores y puede ser letal para la microempresa, para las pymes”*⁹.

Por último, en este tema, el inc. f. del art. 337 dispone que si la respuesta empresarial no contiene las estipulaciones del piso de la negociación, “aquellas se entenderán incorporadas para todos los efectos legales”, como una forma de salvar el incumplimiento en que el empleador pueda incurrir a ese respecto.

II. 4. Impugnaciones y reclamaciones

En la materia, el legislador estableció un nuevo procedimiento para impugnar o reclamar del proyecto de contrato o de la respuesta, contemplando primero una instancia en sede administrativa, ante la Inspección del Trabajo, con la posibilidad de recurrir, finalmente, a los tribunales de justicia para la decisión del asunto. Así, se previene:

- 4.a) El empleador debe, en la respuesta y ante la IT, impugnar la nómina de trabajadores o quórum de la organización, según el caso, cuando a su respecto no se cumplan las disposiciones legales que regulan la materia o reclamar de otras ilegalidades del proyecto. Podrá impugnar,

⁹ Citada en artículo R. Lucero, Diario Financiero Online 06.07.2015

por tanto, la nómina de trabajadores si se incluyen trabajadores no habilitados para negociar (art. 305), o también si el STiE no reúne el número mínimo de trabajadores de la empresa correspondiente; podrá, también, y por ej. reclamar si el proyecto fue presentado en un periodo declarado no apto para iniciar negociaciones o bien porque este se presentó en una empresa que no tiene la antigüedad prevista en la ley, etc. Con la misma presentación debe acompañar los antecedentes que justifiquen la impugnación o reclamación.

- 4.b) Los trabajadores, a su turno, deben hacer la reclamación sobre los aspectos que le merezca la respuesta dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la misma, acompañando también, los antecedentes que estimen necesarios.
- 4.c) Luego de esas presentaciones, la IT citará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los 5 días siguientes, audiencia a la cual las partes deben concurrir con los demás antecedentes pertinentes y la documentación que les haya sido requerida por la IT, entidad que en esa audiencia las instará a alcanzar un acuerdo.
- 4.d) Si no hubo acuerdo, la IT deberá resolver la materia dentro del plazo de 5 días de concluida la audiencia. Esta resolución deberá emanar de la DT si la impugnación o reclamación involucra a más de 1.000 trabajadores. Nada dice la norma acerca de la forma en que deberá resolver el órgano administrativo ya que se eliminó la norma que establecía que la IT podía ordenar la enmienda del proyecto o de la respuesta y apereibir a las partes en tal sentido.
- 4.e) En contra de la resolución que al efecto se dicte, puede interponerse ante el mismo Servicio y dentro de tercero día, un recurso de reposición, el que debe fallarse también en el plazo de 3 días; esa resolución es reclamable judicialmente dentro del plazo de 5 días, cuestión que se tramitará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio.

Al igual que bajo la ley actual, estas reclamaciones o impugnaciones no suspenden el curso de la negociación colectiva (art. 340 g). Resulta, sin embargo, interesante destacar que el nuevo art. 401 del CT establece *“En los procedimientos judiciales a que dé lugar el ejercicio de las acciones previstas en este libro, el tribunal podrá, mediante resolución fundada, disponer la suspensión de la negociación colectiva en curso”*. Esta regla debiera interpretarse en el sentido que otras acciones judiciales derivadas de procedimientos distintos a los que estábamos analizando, esto es, diferentes al reclamo o impugnación relativo a la presentación del proyecto o de la respuesta, pueden generar una suspensión judicial del procedimiento, dada la redacción que al efecto establece la letra g) del artículo 340 citada al comienzo

de este párrafo. Cabe, sin embargo, la posibilidad de interpretar la norma en el sentido que la interposición de la impugnación o del reclamo no produce por sí sola la suspensión del procedimiento, pero que ello es sin perjuicio de la facultad que la ley entrega a los tribunales de justicia para ordenar tal suspensión cuando, finalmente, por efectos del recurso deducido en contra de la resolución de la IT en estos casos, deban conocer de la materia debatida. Así, surgirá aquí un nuevo problema de interpretación frente al cual habrá que estarse a lo que en definitiva se resuelva, caso a caso, por nuestros órganos jurisdiccionales.

Luego de la respuesta, las partes se reunirán las veces que estimen conveniente con el objeto de arribar a un acuerdo, pudiendo incluso modificar el piso de la negociación, **rebajándolo si las condiciones de la empresa así lo justifican** (art. 341 inc. f.). Agrega la ley que durante todo el periodo de negociación, incluso después de hecha efectiva la huelga, la comisión negociadora podrá exigir al empleador suscribir el contrato con las estipulaciones del piso (art. 342 inc. 2°). El empleador no podrá negarse a tal exigencia, **salvo en el caso del inc. final del art. 341**, norma relativa al acuerdo entre las partes para rebajar el piso cuando así lo aconsejen las circunstancias económicas de la empresa. ¿Cómo debe interpretarse la regla anterior? Esto es, ¿cuál es la exigencia que pone el legislador para que el empleador pueda negarse a suscribir el contrato con las cláusulas del piso: que las condiciones de la empresa así lo justifiquen o que, antes de esta exigencia de la CNS, haya existido un acuerdo con los trabajadores para rebajar el piso porque las condiciones de la empresa así lo justifican? Pareciera no ser posible exigir ese acuerdo previo, ya que durante la negociación no existen acuerdos vinculantes sino hasta que se suscriba el instrumento colectivo; ahora, si el empleador alega que las circunstancias económicas exigen bajar el piso, ¿ante quién acredita que eso es efectivo? ¿quién resolverá si se dan o no las condiciones que permiten bajar el piso? Otro problema de interpretación que exigirá, probablemente, recurrir a los tribunales de justicia para determinar el sentido y alcance de la norma.

II. 5. Nuevas atribuciones de la Inspección del Trabajo

Sin perjuicio de otras nuevas potestades de este órgano de la Administración, especialmente en relación con la huelga y sus efectos, a la Inspección del Trabajo se le reconocen también otras dos nuevas facultades:

- 5.a) **Brindar asistencia técnica para la negociación:** Tanto las micro, pequeñas empresas y las medianas empresas, en este último caso cuando negocian por primera vez, tienen la facultad de solicitar a este servicio una reunión para que se les brinde asistencia técnica que les permita ser informados acerca de las reglas de procedimiento, plazos en la negociación, etc. (art. 343). La asistencia a la reunión es obligatoria para ambas partes y ella puede contribuir a facilitar el proceso y,

probablemente, en los casos en que negocien micro o pequeños empresarios, dicha instancia resultará propicia para que tales empleadores, que muchas veces carecen de una adecuada asesoría en la materia, tomen conocimiento acerca de las particularidades del proceso y de la importancia de dar cumplimiento a las exigencias legales que él impone. Para los sindicatos, en cambio, puede tener menos importancia tal asesoría ya que, habitualmente, cuando ellos se involucran en un proceso de negociación es porque han tenido la asesoría de algún profesional, proporcionada, en muchos casos, por las organizaciones de grado superior en las que participan.

- 5.b) **Mediación voluntaria:** Sin perjuicio de la mediación obligatoria durante la huelga (que sustituye la gestión de buenos oficios de la legislación actual), el art. 344 incluye, una vez vencido el plazo de la respuesta y durante toda la negociación, la facultad de las partes para requerir, de común acuerdo, la mediación de la IT. Nada señala la norma acerca del procedimiento que este servicio público deberá seguir al respecto, por lo que habrá que entender que en esa gestión la IT intervendrá con similares facultades a las que la ley le otorga en materia de mediación obligatoria.

III. DE LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y SUS EFECTOS

III. 1. Tipos de Instrumentos colectivos de trabajo

La ley 20.940 define a los instrumentos colectivos de trabajo en la siguiente forma: *“Es la convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en este libro”* (art. 320).

En tal virtud, estamos frente a un concepto genérico que incluye a los siguientes instrumentos:

- 1.a) Los contratos colectivos,** cuya definición sigue radicada en el art. 6 C. del T., texto que no fue modificado y que incluye a los grupos de trabajadores entre los intervinientes en los procesos de negociación que concluyen con instrumentos colectivos de esta naturaleza; la norma citada, luego de definir al contrato individual de trabajo precisa: *“Es colectivo el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de ...”*. Por la redacción de las

restantes disposiciones que incluye la nueva ley, no es posible concluir que este será el nombre del instrumento con que concluirán solamente las negociaciones colectivas regladas, ya que bien podría corresponder también al nombre de aquellos instrumentos colectivos que se suscriben producto de una negociación colectiva no reglada o voluntaria.

1.b. Convenios colectivos: Surgen de la negociación colectiva especial de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (arts. 366 y sgtes.). Debe precisarse que nada señala la nueva norma legal sobre la denominación de los instrumentos colectivos que surgen de una negociación no reglada, a los cuales el Código vigente denomina en su art. 314 bis c), convenios colectivos.

1.c. Laudo o fallo arbitral: Es el nombre que recibe el instrumento colectivo que surge del fallo dictado por el tribunal arbitral cuando este debe conocer y resolver procesos de negociación sujetos a arbitraje.

1.d. Acuerdos de grupo negociador: A ellos alude el art. 324 modificado, cuando regula la duración y vigencia de los instrumentos colectivos de trabajo. ¿A qué instrumentos alude el código en esa norma? ¿A los que se suscriban producto de una negociación no reglada realizada por un grupo de trabajadores? Podría pensarse que es así dada la referencia al grupo negociador en su propio nombre; sin embargo, ninguna norma del libro IV incluye a los grupos negociadores como sujetos activos de algún proceso de negociación, aludiendo siempre en los procesos que reconoce, solo a *“uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales...”*. También podría concluirse que, dado lo resuelto por el TC, como los grupos negociadores pueden participar de cualquier proceso de negociación y ya no existe para ellos un procedimiento especial que pueda terminar por este tipo de instrumento colectivo, el acuerdo de grupo negociador corresponde a una expresión que quedó por error en el texto legal y que, en los hechos, no existirán instrumentos colectivos con tal denominación.

En cualquier caso, es importante considerar que aun aquellos llamados “acuerdos de grupo negociador” tienen la calidad de instrumentos colectivos y, en tal carácter, a ellos les resultan aplicables todas las normas sobre efectos de los mismos puesto que, en parte alguna, se les excluye de dichas consecuencias.

III. 2. Menciones mínimas de los instrumentos colectivos de trabajo (art. 321)

Sin perjuicio de algunas particularidades del fallo arbitral, todos los instrumentos colectivos deben incluir las siguientes menciones mínimas:

2.a) Determinación precisa de las partes a quienes afecte: Lo normal es que las partes afectadas por el contrato colectivo son los trabajadores que integran la organización sindical que negocia o, eventualmente, el grupo negociador, y el o los empleadores que, a su vez, participan del proceso correspondiente. No obstante, y como antes se anunció, pueden surgir también dificultades interpretativas en esta materia, en cuanto a quiénes son los realmente afectados por el instrumento colectivo que se suscribe.

Aunque resulte asombroso, no es fácil hacer una definición clara de una materia tan esencial y determinante como esta. En efecto, bosquejado el proyecto de ley bajo la lógica de la titularidad sindical, que hace recaer en la OS que negocia la calidad de parte en el proceso y en sus resultados, nos encontramos luego con el reconocimiento explícito del TC¹⁰ en orden a que la parte negociadora son los trabajadores que participan del proceso, no el sindicato que negocia “en representación de los trabajadores”, lo que coincide con la forma de abordar esta materia en la legislación actualmente vigente. El texto legal publicado, sin embargo, solo se hizo cargo de las consideraciones del fallo del TC en forma parcial, lo que se aprecia al observar que no subsanó íntegramente la inconstitucionalidad que representaba la propuesta del ejecutivo, la que permitía radicar, de pleno derecho, los efectos del contrato colectivo no solo en quienes fueron parte de la negociación sino también en quienes se afilian a la organización sindical que negocia, una vez suscrito el instrumento respectivo.

La lectura de las disposiciones relativas a la materia, demuestra que la nueva normativa generará graves problemas de interpretación y de incerteza jurídica para trabajadores y empleadores. En efecto, luego del fallo del T.C. que declaró inconstitucional el inciso 1° del art. 323 que disponía: “*La afiliación sindical otorgará de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporen...*”, la norma fue suprimida del texto legal promulgado, lo que revelaría la voluntad del ejecutivo de adaptar el texto legal a las normas constitucionales pertinentes para evitar la vulneración de las mismas. Sin embargo, si bien se suprimió el inciso antes copiado (tornando en ininteligible el inciso que sí se mantuvo en el art. 322 publicado), no se hizo ajuste alguno al art. 310 redactado en los siguientes términos: “*los trabajadores se regirán por el instrumento colectivo suscrito entre su empleador y la organización sindical a que se encuentren afiliados mientras este se encuentre vigente, accediendo a los*

¹⁰ Considerando septuagésimo quinto sentencia TC. cit.

beneficios en él contemplados". El texto recién transcrito no exige, para que los trabajadores afiliados se beneficien con el instrumento colectivo, que ellos hayan sido parte en el proceso de negociación (sea por estar afiliados al sindicato al momento de presentarse el proyecto o por haberse afiliado en el plazo de 5 días posteriores a esa presentación) y, además, el uso de la voz "accediendo", equivalente a que ellos "llegarán" a beneficiarse o "alcanzarán" los beneficios del contrato, puede llevar a concluir que basta la afiliación, cualquiera sea el momento en que se realice, para que los trabajadores queden afectos al contrato colectivo suscrito por la organización a la cual se afilian.

Agrava la confusión la circunstancia de que el art. 323, junto con establecer que el trabajador podrá afiliarse y desafiliarse libremente de cualquier sindicato, agrega que no obstante el cambio de afiliación, el trabajador se mantendrá afecto al instrumento colectivo negociado por el sindicato al que pertenecía mientras aquel se encuentre vigente, cuestión razonable y que armoniza con los efectos normales de los contratos, pero que lleva a una conclusión diferente y compleja al observar que la disposición legal concluye en su inc. 2° con la siguiente oración: "*Al término de la vigencia del instrumento colectivo del sindicato a que estaba afiliado, **el trabajador pasará a estar afecto al instrumento colectivo del sindicato al que se hubiere afiliado, de existir este***", lo que vuelve sobre la idea de mantener aquella normativa inconstitucional que propugna que por la sola afiliación al sindicato, el trabajador afiliado pasa a ser sujeto de los derechos y obligaciones que surgen del instrumento colectivo suscrito.

Así las cosas, la lectura de estas disposiciones generará una incertidumbre tal que, probablemente, en la fecha próxima a la entrada en vigencia de la ley, podrán resolverse judicialmente los conflictos que surjan apegándose a lo resuelto en el fallo del TC e invocando una especie de derogación orgánica de las normas antes citadas, pero pasado el tiempo, es posible que tienda a promoverse una interpretación que reconozca como parte beneficiada con los instrumentos colectivos a todos los socios de la OS que suscribió el instrumento, sea que hayan o no participado del proceso de negociación¹¹. Una situación como esa, provocará un grado de incerteza máximo, ya que no será posible al empleador determinar en forma previa a la suscripción del contrato, cuál será el nivel de aumento de los costos que experimentará la empresa

¹¹ Basta ver lo que pasó bajo la vigencia del C. del T. actual en relación con la posibilidad o no de reemplazar a trabajadores en huelga con otros trabajadores de la misma empresa, para constatar que, sin necesidad de modificación legal alguna, en nuestro país vía simples interpretaciones administrativas y judiciales, la norma del art. 381 llegó a tener un sentido claramente diferente al literal y al que surgía de la historia de la misma ley.

producto exclusivo de la negociación. Esto confirma la idea de que el legislador no atribuye mayor relevancia a la calidad de la respuesta ya que en un escenario como el indicado, el empleador se verá, en muchas oportunidades, obligado a prepararla (como también sus ofertas posteriores) sin saber realmente a quiénes y a cuántos afectará el proceso, cuestión que debiera impulsarlo a la máxima cautela posible.

2.b) Las normas sobre remuneraciones, beneficios, condiciones de trabajo y demás estipulaciones que se hayan acordado, especificándolas detalladamente. Se eliminó la norma que establecía que el contrato no podía válidamente contener estipulaciones que hagan referencia a la existencia de otros beneficios o condiciones incluidos en contratos anteriores, sin entrar a especificarlos. Dicha disposición resultaba útil porque su adecuado cumplimiento implicaba una menor existencia de conflictos interpretativos acerca de las reales condiciones pactadas en el instrumento. La eliminación de la norma, por tanto, puede llevar en el tiempo a una menor rigurosidad en la forma de convenir los beneficios y, por esa vía, obligar a recurrir a los tribunales de justicia para que ellos resuelvan acerca del alcance de tales acuerdos. La recomendación es, por tanto, seguir especificando de la manera más detallada posible todas las estipulaciones, sin remitirse a otros beneficios incluidos en instrumentos anteriores.

2.c) El periodo de vigencia, reducido en la ley a un máximo de 3 años.

2.d) El acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo. En lo que toca a esta materia, la Ley 20.940 introdujo una trascendental modificación tendiente a reconocer mayores prerrogativas al sindicato que negocia en lo que se relaciona con los derechos y beneficios que surgen del instrumento colectivo suscrito, disminuyendo, a su turno, las facultades del empleador.

Hasta ahora, el empleador puede, por su sola voluntad, extender total o parcialmente los efectos del contrato colectivo suscrito a trabajadores que no fueron parte del proceso, con la obligación de descontar de las remuneraciones de aquellos el 75% de la cuota ordinaria sindical, obligación que nace desde que se realiza la extensión de beneficios y hasta el término de la vigencia del contrato colectivo (art. 346 C. del T.); el no descuento de dicho aporte al sindicato constituye una práctica desleal. Cifras provenientes de la DT demuestran que un alto porcentaje de los empleadores realiza tal extensión (68% de los mismos según última encuesta ENCLA), ya que ello contribuye a facilitar la gestión de personal y, a su vez, evita tratos desiguales entre trabajadores que realizan similares labores u ocupan cargos de igual naturaleza.

A partir de la vigencia de la nueva ley, sin embargo, el empleador ya no tendrá la facultad de decidir acerca de la extensión de uno o más de los beneficios incorporados al instrumento colectivo ya que ello solo podrá realizarse si así se acuerda entre las partes que suscribieron el referido instrumento. En razón de esta norma, art. 322, será la OS que negocia la que podrá acordar con el empleador la extensión de beneficios a trabajadores que no son socios del sindicato, extensión que podrá ser general o parcial en cuanto a los beneficios que se extienden y podrá ser para todos o parte de los trabajadores no afiliados. En este último caso, el inc. 2° del art. 322 previene que el acuerdo de extensión debe fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios. Acordada la extensión, los trabajadores que puedan verse alcanzados por los derechos que otorga el contrato, deben manifestar su voluntad de aceptarlos, obligándose a pagar todo o parte de la cuota ordinaria sindical de la OS que suscribió el instrumento en los términos acordados entre esa organización y el empleador. Si el empleador no descuenta el monto del aporte correspondiente, esa conducta constituye una práctica antisindical (art.289 h).

Es posible pensar que, producto de esta modificación, con el tiempo disminuirá el porcentaje de trabajadores no sindicalizados que se ven beneficiados por los efectos de instrumentos colectivos, lo que debería compensarse con el mayor número de trabajadores que opten por sindicalizarse para así recibir los beneficios que surgen de un proceso de negociación colectiva. De este resultado dependerá si se cumple o no uno de los objetivos de la reforma que apunta a ampliar la cobertura de la negociación colectiva, bajo el supuesto de que ello permitirá mejorar las condiciones de trabajo y de remuneraciones de los trabajadores del país.

En cambio, no será necesario suscribir este acuerdo entre el empleador y la OS, cuando el empleador decida aplicar a todos los trabajadores de la empresa, las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC, pero para que ello sea procedente, la ley establece que el empleador debe haber contemplado dicho reajuste en su respuesta al proyecto de contrato colectivo. En esta parte, y atendiendo a que el art. 322 i.f. alude a la extensión que se realiza respecto de *"todos los trabajadores de la empresa"*, para evitar cualquier dificultad, será necesario que el empleador se ocupe de que tal reajuste se otorgue realmente a *"todos"* los trabajadores de la empresa.

Tal relevancia ha adquirido el acuerdo de extensión de beneficios, que el acuerdo alcanzado no solo pasa a constituir una cláusula mínima del instrumento colectivo que se suscriba, sino que, además, según lo previsto en el art. 321 N°4, el documento respectivo debe contemplar, a lo menos, entre otras menciones mínimas *"el acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no*

haberse alcanzado dicho acuerdo". Así, no basta consignar el acuerdo a que se ha llegado sino que, incluso en caso de no llegar a acuerdo, ese resultado negativo debe también expresarse.

El pacto deberá pronunciarse también sobre el monto del aporte que deberán hacer los trabajadores no socios que perciban los beneficios del instrumento, ya que la ley no mantuvo la exigencia de pagar el 75% de la cuota ordinaria sindical, sino que deja entregado a la CNS y al empleador la facultad de determinar el monto de dicho aporte. Dado lo señalado, el aporte podrá ser igual al 75% ahora existente, pero también podrá ser un porcentaje menor o mayor a ese. No debiera aceptarse, como ya se ha planteado por algunos, que se pretenda imponer un aporte mayor al monto total de la cuota ordinaria sindical, ya que la ley señala "todo o parte de la cuota" y todo, impone también un límite, la totalidad de la cosa, pero no más que eso.

Así, entonces, la cláusula correspondiente a la extensión deberá indicar:

- Si se alcanzó un acuerdo que permita al empleador extender los beneficios;
- Si el acuerdo permite realizar la extensión en forma total o parcial y esto, desde un doble punto de vista:
 - Total o parcial en cuanto a los beneficios que se extienden, y
 - Total o parcial en cuanto a los trabajadores que puede alcanzar la extensión y, si es parcial, debe incluir normas objetivas y generales que eviten que la extensión sea arbitraria.
- Monto del aporte que deberán realizar los no socios.

Luego de observar el nuevo ordenamiento generado en la materia, asoma como lógica la inquietud de saber qué pasará con las modificaciones contractuales que surjan de una negociación individual con trabajadores que no están sujetos al instrumento colectivo celebrado por una OS. A su respecto, existe el justificado temor de que ellas puedan calificarse como extensión de beneficios (si son iguales a los que se pactaron) o como práctica antisindical (si son mejores que los pactados). Sobre el punto, el art. 289 h) reformado señala: "*No constituye práctica antisindical el o los acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador*". Luego, si un empleador debe revisar la situación remuneracional de uno o más dependientes no sindicalizados, debe procurar estar en condiciones de acreditar el fundamento de los ajustes que haya podido hacer, para lo cual

será necesario generar un sistema de calificaciones que incorpore y registre aquellos elementos que hagan posible justificar y acreditar los fundamentos de los incrementos remuneracionales otorgados.

2.e) Puede contener la **constitución de una comisión bipartita que se encargue de velar por la implementación y seguimiento del cumplimiento de sus estipulaciones**, como también puede incluir un mecanismo de resolución de controversias. Pareciera conveniente incluir en los instrumentos que se suscriban una cláusula de tal naturaleza, especialmente una que incluya la comisión bipartita antes referida, ya que nada puede garantizar mejor la aplicación fiel de lo pactado que la voluntad de los propios contratantes, reduciéndose la posibilidad de tener que buscar una interpretación judicial sobre el alcance de las normas pactadas, con todos los inconvenientes que se derivan del hecho de entregar a un tercero ajeno a la relación laboral, el resolver sobre el alcance de lo pactado por empleador y trabajadores.

III. 3. Efectos de los instrumentos colectivos de trabajo

3.a. Relación del contrato colectivo con el contrato individual

Es preciso dejar consignado que para participar en un proceso de negociación colectiva es necesario que, previamente, cada uno de los trabajadores que negocia haya celebrado un contrato individual de trabajo con el empleador respectivo (sea que este contrato se haya escriturado o no, por el carácter consensual del mismo). Las estipulaciones de ese contrato individual de trabajo serán reemplazadas –en lo pertinente– por las estipulaciones del instrumento colectivo una vez suscrito este (art. 311).

No aclaró esta ley el alcance de tal disposición, respecto de la cual se habían ya presentado diferencias interpretativas: las cláusulas de los contratos individuales que dicen relación con beneficios que no son recogidos por el instrumento colectivo ¿en qué condición quedan? Hay quienes sostienen, como la DT, que esos beneficios subsisten luego de la celebración del contrato colectivo ya que el reemplazo es solo “en lo pertinente”, esto es, en relación con aquellos beneficios que fueron especialmente contemplados en el instrumento; sin embargo, cuando se negocia colectivamente, se genera un estatuto nuevo y distinto para los trabajadores que intervienen en el proceso y así lo había entendido el legislador antiguamente cuando señalaba que el reemplazo de las cláusulas era “**en su totalidad** y en lo pertinente”. Dado lo anterior, si la voluntad de las partes es que, producto de la negociación, se genere un nuevo estatuto de trabajo, ellas deben preocuparse de expresar en forma específica qué beneficios individuales son los que se derogan por la nueva regulación convencional (art. 311), ya que, de otro modo, podrá exigirse cumplir no solo

con los beneficios acordados colectivamente, sino además, con aquellos que, tácita o expresamente, estaban incorporados a los contratos individuales de cada dependiente antes de la suscripción del nuevo instrumento colectivo. En otro orden de ideas, la nueva normativa mantiene la regla que señala que el trabajador no puede estar afecto a más de un contrato colectivo de trabajo celebrado con el mismo empleador (art. 307).

3.b. La ultraactividad del contrato colectivo de trabajo (art. 325 C. del T.)

Con esta denominación se alude a la institución que determina que, en general, los efectos que tiene el instrumento colectivo de trabajo subsisten luego del término de su vigencia.

Como ya antes se indicó, la ley acortó el periodo de vigencia máxima de los instrumentos colectivos de trabajo, reduciendo esta de 4 a 3 años. Cuando el contrato pierde su vigencia por haber transcurrido el plazo acordado entre las partes y siempre que no se vuelva a negociar, surge la necesidad de resolver qué pasa con los efectos de ese instrumento colectivo cuya vigencia se extingue. La materia ha sido resuelta en la nueva ley en forma casi idéntica a como estaba en el C. del T. actual: *“Extinguido el contrato colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieran a la reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, los incrementos reales pactados, así como los derechos y obligaciones que solo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo”*.

Dado el texto de la norma citada, la ultraactividad no difiere sustancialmente de lo que ya estaba reconocido en la ley, pero se precisa que, entre aquellos beneficios que no subsisten, además de los que ya estaban en el C. del T., se encuentran los relativos a incrementos reales de remuneraciones pactados y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

De lo dicho resulta que, no obstante que las disposiciones que definen la negociación colectiva y el contrato colectivo, aluden al establecimiento de condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones **“por un tiempo determinado”**, en la realidad ello no es exactamente así ya que, finalmente, las condiciones pactadas subsisten luego del término de la vigencia del contrato, según se observa al tener presente este efecto de la ultraactividad y, también, de lo previsto en relación al piso de la negociación. Ambas instituciones, la ultraactividad y el piso de la negociación, demuestran que la intención del legislador en la materia es que, luego de una negociación colectiva, en términos generales y salvo por las excepciones antes indicadas, los trabajadores afectos al instrumento suscrito no puedan volver, en cuanto a sus beneficios, a

las condiciones previas a tal negociación, de modo que sea que ellos negocien nuevamente e incluso, aun cuando no negocien, las condiciones alcanzadas se constituyan en una especie de estatuto inmanente para esos trabajadores, el que se verá incorporado de pleno derecho a sus contratos individuales o colectivos –según el caso–, con las salvedades indicadas.

3.c. Exigibilidad del contrato colectivo

En este tópico no se observan diferencias importantes entre la legislación vigente y la próxima a entrar en vigencia: las copias originales del contrato y sus copias auténticas autorizadas por la IT, respecto de las cláusulas que **contengan obligaciones líquidas y actualmente exigibles**, tendrán mérito ejecutivo, correspondiendo conocer de estas ejecuciones a los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional. La precisión hecha por esta norma al referirse a obligaciones líquidas y actualmente exigibles (art. 326), resulta absolutamente lógica ya que solo esas obligaciones pueden ser objeto de un procedimiento ejecutivo, pero no introduce novedades en la materia; por cierto, la referencia a los Tribunales de Cobranza corresponde, simplemente, a la actualización de la norma en orden a referirse a los tribunales que actualmente conocen de tales procedimientos.

III. 4. Modificación del instrumento colectivo

Una vez suscrito el contrato colectivo de trabajo, al igual que bajo la ley vigente, es posible modificar dicho instrumento, modificación que podrá efectuarse por vía de negociación individual o colectiva, según lo previene el inc. f. del art. 5° C. del T.

Tratándose de la **modificación vía negociación individual**, no se aprecian innovaciones producto de la reforma ya que sigue vigente la limitación que indica que *“las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido”* (art. 311 inc. 1°). Lo anterior significa que, si bien un trabajador afecto a un contrato colectivo puede modificar las condiciones laborales que ese contrato fija a su respecto, su aceptación a tales cambios solo será eficaz en cuanto ellas importen para él una situación más beneficiosa, pero no así cuando producto de esa negociación disminuyan los beneficios que le corresponden en virtud del instrumento colectivo firmado. La solución prevista en la ley resulta absolutamente sensata porque, en caso contrario, por la vía de negociaciones individuales, el contrato colectivo podría perder toda su eficacia.

En cuanto a la **modificación del contrato colectivo vía negociación colectiva**, la Ley N° 20.940 sí incluyó una nueva regla en el inc. f. del art. 311

que, al efecto, prescribe: *“Las estipulaciones de un instrumento colectivo vigente solo podrán modificarse mediante acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”*. Esta disposición genera un significativo cambio en la materia ya que, como el C. del T. vigente no contemplaba norma expresa sobre el particular, existían distintas interpretaciones acerca de cuál debía ser el procedimiento a utilizar para modificar un contrato colectivo de trabajo. Si bien, en los hechos, muchos contratos colectivos se modificaban vía instrumentos suscritos por el empleador y la directiva de la misma OS que había participado en la negociación, la jurisprudencia de nuestros tribunales y los dictámenes de la DT estaban contestes en afirmar que tales modificaciones eran inoponibles a los trabajadores socios de la organización que no habían conferido poder a la directiva para acordar tales cambios; lo anterior, porque la directiva sindical carecía de facultades para suscribir esos acuerdos y solo podía convenirlos dentro del proceso de negociación; terminado el mismo, sus facultades se extinguían a ese respecto. Esto era consecuencia de entender que la parte en el proceso de negociación no era la OS sindical sino los trabajadores que integraban dicha organización y, por tanto, los dirigentes solo tenían la calidad de representantes de aquellos para contratar a su respecto, dentro del proceso de negociación y hasta que este terminara con la firma del correspondiente contrato. Con la nueva ley, en cambio, es a la organización sindical, actuando a través de sus dirigentes, a quien la ley le atribuye la facultad de modificar las estipulaciones del contrato colectivo y ello, no obstante que el TC sostuvo, como ya se ha dicho, que la parte del contrato son los trabajadores, actuando por medio de sus representantes.

IV.- MATERIAS NEGOCIABLES

Si bien esta materia pudo ser abordada en los inicios de este texto, se ha preferido dejarla para esta parte del trabajo, ya que ella, a pesar de lo que se sostuvo por el Gobierno, no tiene modificaciones relevantes más allá de lo relativo a los pactos sobre condiciones especiales de trabajo, los cuales, de acuerdo a lo que se expresará, no merecen ser tratados al inicio de este texto porque, probablemente, una vez que la ley entre en vigencia se revelará que no tienen trascendencia alguna; sin embargo, es preciso referirse a ellos ya que constituyen un Título propio (Título vi) dentro del nuevo Libro IV que regula la Negociación Colectiva.

Antes de desarrollar este punto se consignará una importante regla que se incorpora a nuestra legislación y que si bien no tiene directa conexión con las materias negociables, fue incorporada precisamente en la norma que se denomina “Materias de la negociación”. El inciso final del art. 306, señala: *“La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar direc-*

tamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga". La norma legal es importante porque implica un cambio relevante en cuanto a la forma en que se había venido resolviendo esta materia. Varios dictámenes de la DT habían resuelto, precisamente, lo contrario: *"la empresa principal no podría asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales"*.¹² Si bien en este tema, varias sentencias fallaron en sentido diverso al sostenido por la DT, resulta destacable que la ley haya venido a hacerse cargo de este aspecto controvertido y que la solución otorgada vaya en el sentido que parece correcto.¹³

Volviendo al tema de las materias negociables, debe precisarse que, dentro de los grandes objetivos perseguidos por esta reforma, según se expresó en el Mensaje con que el gobierno envió el proyecto de ley al Congreso Nacional, estaba el de ampliar las materias negociables para *"permitir que los actores de la relación laboral puedan acordar todas las materias que son de interés común, imponiendo los límites necesarios para que dichos acuerdos no signifiquen vulneración o afectación de sus derechos fundamentales. En la medida que las partes posean una posición equivalente, la legislación debe posibilitar un marco de diálogo y entendimiento amplio, sin establecer obstáculos para el ejercicio de la voluntad colectiva"*.

En este ámbito, hay que recordar que la ley vigente establece que *"son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo"*.

Las normas anteriores habían llevado a concluir que su redacción permitía negociar todas aquellas condiciones que benefician o afectan a los trabajadores que negocian, entendiendo que en ese escenario se incluyen como materias negociables los beneficios o condiciones sociales en que se realiza el trabajo y que no necesariamente tienen por objeto aumentar los beneficios netamente económicos que perciben los trabajadores, entendiéndose así que las partes tienen amplia libertad para pactar cláusulas de su interés, siempre que ello no importe negociar las materias que están excluidas por ley y, por cierto, siempre que ellas no signifiquen vulnerar derechos laborales irrenunciables. Bajo estas

¹² Véase, por ej. Ord. 3.403/59 de 28.7.2006 DT.

¹³ Considerar sí el límite legal establecido para el empleador en el art. 405 en cuanto constituye una práctica desleal de la empresa principal, contratar directa o indirectamente a los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista.

normas, entonces, encontrábamos en muchos contratos colectivos, estipulaciones que reconocían beneficios sociales y familiares tales como la creación de servicios de bienestar, fondos de ayuda social, asistencia médica para trabajadores y sus familiares, instancias de capacitación, etc.; en tal sentido, la categoría de la empresa en cuanto a su mayor o menor tamaño o magnitud, era lo que, finalmente, determinaba la posibilidad de generar una gran diversidad de beneficios que no decían relación directa con las condiciones comunes de trabajo o de las remuneraciones.

¿Qué sucede luego de la reforma? ¿Cómo se cumple el objetivo perseguido por ella en orden a mejorar la calidad de la negociación colectiva a través de, entre otras medidas, ampliar las materias negociables?

El art. 306 consigna como materias excluidas de la negociación las mismas a que se refería el art. 306 anterior y en los mismos términos: *“no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”*.

Refiriéndose, en cambio, a las materias que sí son negociables, se explaya el legislador con una redacción bastante más detallada: *“Son materias de negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieren a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo”*. Agrega luego, *“las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, entre otros”*. En los hechos, esta norma solo vino a ejemplificar las materias que siempre se habían entendido como negociables, reproduciéndose en ella beneficios que actualmente se encuentran ya en muchos contratos colectivos de trabajo. En tal sentido, no hay ampliación por esta vía de las materias susceptibles de negociarse colectivamente.

Las verdaderas modificaciones en este ámbito se encuentran en:

- a) Lo dispuesto en el inciso 3° del art. 306 que obliga a negociar los acuerdos de extensión de beneficios, los que hasta ahora pueden extenderse unilateralmente por el empleador y que, si bien importan una nueva materia que debe convenirse por quienes participan del proceso de negociación, en la práctica puede significar que menos trabajadores resulten beneficiados por condiciones pactadas colectivamente ya que,

estando en poder del sindicato decidir sobre la extensión, es posible esperar que las extensiones de beneficios se reduzcan drásticamente, porque ello será una herramienta poderosa para impulsar la afiliación a la organización. Habrá que analizar en el tiempo, si crece suficientemente el porcentaje de trabajadores sindicalizados como para que eso compense el número de trabajadores que dejarán de estar beneficiados con cláusulas pactadas colectivamente al no ser alcanzados por la extensión de beneficios.

- b) La otra modificación en cuanto a las materias negociables es la que dice relación con la posibilidad de negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo, lo que se tratará a continuación.

V. PACTOS SOBRE CONDICIONES ESPECIALES DE TRABAJO

Bajo el título correspondiente, en el proyecto de reforma se permitía, fruto del acuerdo entre las partes, flexibilizar normas legales especialmente rígidas en materia de sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descansos; pactos de horas extraordinarias y pactos sobre tiempo de preparación para trabajar y jornada pasiva. Ello implicaba reconocer que las condiciones laborales en el mundo actual requieren adecuarse a exigencias diferentes que pueden, por ej. generar periodos muy intensivos de dedicación laboral compensados con varios días de descanso, facilitando ello la organización de la actividad productiva de la empresa pero, con el recíproco reconocimiento de beneficios para los trabajadores, quienes muchas veces prefieren trabajar jornadas más largas, pero disfrutar de periodos de descanso mayores.

Los pactos que en definitiva la ley mantuvo en el texto promulgado resultaron, sin embargo, exiguos en cuanto a las posibilidades reales de flexibilizar las normas sobre jornadas de trabajo y se restringieron solo a dos materias: **distribución de jornada de trabajo semanal y pactos para trabajadores con responsabilidades familiares** (arts. 374 y sgtes.).

V.1. Condiciones para celebración de los pactos:

- 1.a) Solo pueden suscribirlos organizaciones sindicales con el empleador.
- 1.b) La empresa debe tener una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores. ¿Qué objetivo persigue esta norma del art. 374 al exigir que, para suscribir estos pactos, sea necesario que la empresa tenga una afiliación superior al 30% del total de sus trabajadores? Esta exigencia tuvo una cierta lógica cuando estos pactos apuntaban a negociar mayores materias, respecto de las cuales podía asumirse

que, por el interés del empleador de avanzar en convenir reglas más flexibles, él mismo podría haberse interesado en aumentar los porcentajes de sindicalización en su empresa si ello traía como consecuencia flexibilizar las reglas relativas a la jornada de trabajo. Atendiendo a que, en definitiva y como se demuestra más adelante, los pactos quedaron reducidos a una expresión mínima, este requisito sobre porcentaje de afiliación, carecerá de relevancia.

- 1.c) Los pactos **deben suscribirse a través de una negociación directa y sin sujetarse a las normas de la negociación colectiva reglada.** (374 inc. 2°). No obstante lo imperativo de esta regla, el art. 306 inc. 3° los incluye como susceptibles de incluir en la NC, sin distinguir de qué tipo de negociación se trata, lo que lleva a preguntarse cuál fue el sentido de la norma que indica que ellos no se sujetan a las normas de la NC reglada. Nueva interrogante cuya respuesta quedará entregada también al criterio de los órganos administrativos y judiciales que deban intervenir en los conflictos que surjan al respecto; por otra parte, si se observa que, normalmente, los trabajadores sindicalizados negocian a través del procedimiento reglado, y ellos no pueden negociar esta materia a través de ese tipo de negociación, esto significaría que, para el efecto de acordar estos pactos, los trabajadores deberían realizar un procedimiento especial de negociación directa, exclusivo para celebrar estos pactos. Es evidente que la exigencia de una negociación directa adicional a la reglada solo entorpece la posibilidad de llegar a acuerdos en estas materias.
- 1.d) La aprobación de los trabajadores debe acordarse en la forma indicada en los estatutos y si nada dicen ellos, por mayoría absoluta, en asamblea realizada en presencia de un ministro de fe. Esta exigencia determina que la directiva sindical que representa a los trabajadores sindicalizados que participan de esta negociación directa no está, sin embargo, facultada para suscribir el acuerdo salvo que se cumplan las exigencias antes indicadas, lo que genera una nueva dificultad en el procedimiento correspondiente.
- 1.e) Los efectos de estos pactos solo alcanzan a los trabajadores representados por la OS que lo suscribió, resultando inoponibles para los trabajadores que así lo soliciten. Lo anterior demuestra que el pacto no tiene en este aspecto el mismo efecto que se reconoce a las demás estipulaciones de los instrumentos colectivos, porque en esta parte el instrumento colectivo ni siquiera afecta a todos los trabajadores socios del sindicato que negocia el pacto, ya que algunos de ellos pueden exigir ser excluidos de su aplicación, de lo que debe dejarse constancia en el mismo pacto.

- 1.f) Podrán aplicarse a otros trabajadores de la empresa, siempre que ellos así lo acepten, por escrito.
- 1.g) Su vigencia solo podrá ser por un periodo máximo de 3 años.
- 1.h) Deben registrarse en la IT, servicio que puede dejarlos sin efecto por no cumplir con las exigencias legales o si sus estipulaciones infringen gravemente el cumplimiento de normas de higiene y seguridad.

V. 2. Caracteres de cada uno de los pactos sobre condiciones especiales de trabajo:

2.1) Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal (art. 375): permiten distribuir la jornada de trabajo semanal en 4 días, con un **límite diario de 12 horas de trabajo efectivo, incluyendo la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos**. Si la jornada diaria supera las 10 horas, debe acordarse una hora de descanso imputable a ella.

¿Qué es lo que permite este pacto? ¿Qué se quiso decir con “jornadas de trabajo **efectivo** de 12 horas, pero incluyendo la jornada extraordinaria y los descansos? ¿en esas jornadas cuáles serán horas extraordinarias? ¿por qué razón podría querer el empleador acortar la semana a 4 días si parte de las horas diarias comprendidas en la jornada pasará a pagarse con el recargo de horas extraordinarias, a pesar que es sabido que las últimas horas de una jornada prolongada son, habitualmente, de menor productividad? El tiempo deberá demostrar si estos pactos resultan o no atractivos para las partes y qué tanta flexibilidad puede alcanzarse con ellos.

2.2) Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares (Art. 376): estos pactos permiten combinar tiempos de trabajo presencial en la empresa y trabajo fuera de ella. En todo caso, suscrito el pacto, es el trabajador el que debe solicitar por escrito la aplicación del mismo a su respecto, pudiendo el empleador aceptar o rechazar la solicitud. Si accede, deberá suscribirse un anexo al contrato individual de trabajo que consigne esta modalidad de trabajo.

En definitiva, el pacto se constituye en un marco general que requerirá un anexo específico para cada caso concreto, anexo que deberá consignar:

- a) El lugar o lugares alternativos a la empresa en que el trabajador prestará los servicios, pudiendo ser el hogar del trabajador u otro lugar convenido con el empleador.
- b) Las adecuaciones a la jornada de trabajo, si fuere necesario.

- c) Los sistemas de control y gestión que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el empleador, y
- d) El tiempo de duración del acuerdo.

No obstante esta última mención que debe llevar el anexo, se establece que el trabajador puede unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas previo aviso escrito al empleador con una anticipación mínima de 30 días. ¿Qué empleador aceptará este pacto si, por ejemplo, para permitir a un trabajador cumplir con responsabilidades familiares, acepta que se cumpla parte de su jornada laboral en su propio hogar y, para esa jornada que se libera en la empresa, contrata a otro dependiente, al cual tendría que despedir o reubicar si el trabajador resuelve que es mejor volver al sistema de cumplimiento total de la jornada en su lugar de trabajo? La forma de contemplar el pacto no parece incentivar su suscripción.

Tratándose de este pacto, resulta curiosa una disposición que se inserta en el i.f. del art. 376, que dispone: *“Estos pactos podrán también ser convenidos para aplicarse a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías de trabajadores que definan de común acuerdo el empleador y la organización sindical”*. Es extraña la norma; podría estimarse correcta la referencia en ella a los trabajadores que son, a su vez, estudiantes y también, la referencia a personas con discapacidad ya que el pacto al cual la norma se refiere recibe por denominación *“Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares”*, y, en tal sentido, pareciera ser que el sentido del inciso final antes transcrito, está en permitir celebrar el pacto aun cuando la causa que lo motiva no se encuentra en las razones familiares sino en una causa diferente: la calidad de estudiante del trabajador o la discapacidad del dependiente. Sin embargo, no queda clara la referencia a las mujeres en este inciso final dado que, naturalmente, este pacto podría ser útil para mujeres trabajadoras (si se hubiese legislado adecuadamente a su respecto), pero resulta absolutamente extraña la referencia a las mujeres como otra categoría de trabajadores a la cual haya que remitirse expresamente para que se entienda comprendida en una norma de carácter laboral.

Finalmente, revisadas todas las disposiciones anteriores concernientes a los pactos especiales de trabajo, se observa que si ellos se celebran, podrán –tal vez– beneficiar a algunos grupos de trabajadores y a algunas empresas, pero no constituyen un avance legislativo importante en orden a generar la flexibilidad que la actividad productiva y de servicios demanda en la actualidad. Estos pactos podrían haber introducido una innovación relevante a nuestra regulación laboral si ellos hubiesen permitido negociar sobre las demás materias que originalmente se contemplaban en el proyecto, pero que, producto del llamado “veto revancha” que el gobierno introdujo luego del fallo del TC, y

que implicó retirar del texto legal los demás pactos especiales que se permitía celebrar, vienen en traducirse solo en un germen de una política que, es de esperar, sea recogida en futuras modificaciones legales.

VI. Procedimientos especiales de negociación colectiva

En relación a estos procedimientos especiales de negociación, se incorporan dos nuevos procedimientos:

- 1.- N.C. del STiE y de los trabajadores afiliados a tales sindicatos, y**
- 2.- Negociación de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.**

VI. 1.- N.C. del STiE y de los trabajadores afiliados a tales sindicatos (art. 364):

Esta materia fue profusamente discutida durante la tramitación legislativa del proyecto, ya que ella incide en la posibilidad de reconocer o no el derecho a negociar colectivamente en un marco más amplio que el de la empresa en que laboran los dependientes, cuestión que constituye una pretensión largamente buscada por los sindicalistas de nuestro país, pero que, con la misma intensidad, ha sido ampliamente resistida por los empleadores de los más diversos sectores productivos y de los servicios.

La nueva ley reconoce el derecho a negociar bajo las normas del procedimiento reglado a los trabajadores afiliados a un STiE siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el STiE agrupe a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica y,
- b) Que el STiE cuente en la empresa en la cual va a negociar, con un total de afiliados no inferior a los quórumos señalados en el art. 227 (la ley dice "respecto de los trabajadores que represente en esa empresa").

Dejando primeramente dicho que esta no es legalmente una negociación supraempresa, ya que no exige a dos o más empresas diferentes participar en un mismo proceso de negociación, es posible que este tipo de negociación sea el germen de aquellos conflictos que se pretenden evitar por quienes no están de acuerdo con la negociación por rama de actividad. Así se podrá apreciar en los párrafos siguientes.

El primer problema de interpretación que se plantea en esta materia es ¿qué debe entenderse por empresas del mismo **rubro o actividad económica? ¿Se refiere esto a la clasificación de actividades económicas que hace el SII?** En lo que toca a esta categorización, habrá que esperar que se resuelva si para que sea aplicable la facultad de los trabajadores de negociar a través del STiE basta que ese sindicato agrupe a trabajadores que laboran en empresas que quedan en una misma clasificación general de actividad económica, por ej. minería o si se requiere que estén dentro del mismo código de clasificación tributaria, por ej. extracción de arena y otros. Si esta norma se interpreta en el sentido de que basta que las empresas estén en la misma clasificación general y no en una misma clasificación detallada, surgirán dificultades importantes: ¿Qué consecuencias pueden derivarse para una empresa que tiene, por ej. 55 trabajadores cuando debe llevar adelante un proceso de negociación con una directiva sindical que es la misma encargada de llevar adelante otros procesos de negociación colectiva con empresas ya consolidadas con, por ej. 500 trabajadores o más y en que la única similitud que existe entre esos diversos empleadores es que sus actividades productivas o de servicios corresponden al mismo rubro o actividad económica general? Es sabido que en muchas de las negociaciones en que participan dirigentes/asesores que han sido partícipes activos en otros procesos de negociación, tienden a reproducir las mismas peticiones que se han presentado en empresas con niveles de desarrollo, de productividad y de resultados muy diferentes, lo que dificulta y demora el logro de acuerdos en las negociaciones. Así, si bien es cierto, esta no es una negociación interempresa o por rama, sí es un proceso que puede, ojalá no sea así, seguir la lógica de tales negociaciones. Claramente, la forma en que los dirigentes de los STiE dirijan estos procesos, determinará las consecuencias que este tipo de negociación podrá traer para las empresas, sus trabajadores y para la economía nacional en su conjunto.

Las normas aprobadas regularon la materia distinguiendo según el tamaño de la empresa; así, si se trata de una micro o pequeña empresa la negociación con el STiE es voluntaria, pudiendo el empleador aceptar o no esta negociación, lo que debe responder por escrito dentro del plazo de 10 días contados desde la presentación del proyecto; el mismo plazo corre para los efectos de responder el proyecto en caso de aceptar negociar en esta forma.

Si los trabajadores se afilian a este tipo de sindicato y el empleador de la pequeña o microempresa no acepta negociar con el STiE es un hecho que no genera mayores dificultades para los trabajadores ya que, si bien un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato en razón de un mismo empleo, en virtud de la nueva normativa puede, conservando su calidad de socio del STiE, negociar reglamentamente con su empleador, toda vez que la ley señala: *“entendiéndose para el solo efecto de este procedimiento, que constituyen un sindicato de empresa”*, necesitando para ello solo reunir el quórum correspondiente.

Por esta vía entonces, los trabajadores no necesitarán sindicalizarse en un STE para asegurar el derecho a negociar en forma reglada en la empresa en que laboran; les bastará con afiliarse al STiE para que, si el empleador, micro o pequeño empresario, se niega a negociar con esa organización, ellos puedan ejercer igualmente su derecho a negociar en la empresa como trabajadores “que –para estos efectos– serán considerados como un STE”.

Así, entonces, en la materia, la ley elude el principio que atribuye al derecho de sindicalización el carácter de único y que implica que un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato en virtud de un mismo empleo, ya que, por la vía de atribuir ficticiamente a socios de un STiE la calidad de socios de un STE, llega a obtener el objetivo que en los hechos persigue, esto es, impulsar un tipo de negociación cercana a la negociación por rama, y si ello no sucede por la negativa del empleador, el trabajador conserva su derecho a negociar a través de una organización que se entiende como STE, sin haber tenido que ejercer el derecho a optar entre uno u otro tipo de sindicato.

La situación antes descrita hará surgir otros problemas, similares a los que deberán enfrentar los grupos de trabajadores que quieran negociar colectivamente en forma reglada: si ellos pueden presentar un proyecto de contrato al empleador, ¿quiénes tendrán la calidad de comisión negociadora sindical en ese caso? No puede serlo la directiva del STiE, ya que la ley señala que “los trabajadores afiliados al STiE ... **se entiende** que constituyen un STE” y en estos últimos, los dirigentes solo pueden ser trabajadores de la empresa. Podría concluirse que los representará en el proceso el delegado sindical elegido en la empresa si hubo derecho a elegirlo o bien, el dirigente del STiE que trabaja en esa empresa; puede ser, pero ¿qué pasará si quienes los representan en la negociación conducen el proceso en oposición a los intereses de la mayoría de los trabajadores que negocian; tienen estos la facultad de censurarlos? Si se reconoce que pueden hacerlo, ¿bajo qué procedimiento podrían aprobar una moción de censura dado que la ley nueva eliminó el procedimiento de censura propio de la negociación colectiva? En definitiva, en el interés de avanzar en un proceso más cercano a la negociación por rama de actividad, se ha creado para los trabajadores de micro y pequeñas empresas una expectativa que, en la práctica, les generará diversos problemas ya que si ellos optan por afiliarse a un STiE pensando en intentar una negociación por medio de la representación que los dirigentes de ese sindicato puedan asumir a su respecto y, en definitiva, no lo consiguen porque el empleador no acepta tal negociación, esos trabajadores en la práctica se enfrentarán a dificultades mayores para negociar por sí mismos debiendo, en el mejor de los casos, desafiliarse del STiE y constituir un STE para enfrentar la negociación colectiva con su empleador.

Tratándose, en cambio, de las medianas y grandes empresas, el STiE podrá emplazar a la empresa a negociar en forma reglada y esas empresas estarán

obligadas a negociar, lo que implica abrir –solapadamente– el camino a la llamada negociación por rama de actividad; en efecto, quienes tendrán en estos procesos la representación de los trabajadores serán los mismos dirigentes que llevarán adelante las negociaciones de otros trabajadores en otras empresas del mismo sector productivo, aun cuando en ellas sus trabajadores estén expuestos a condiciones de trabajo muy disímiles, producto de la situación particular de cada una de ellas. Al respecto, la economista Andrea Repetto señaló mientras se tramitaba el proyecto: *“es importante tener en cuenta que la diversidad de empresas que producen en un mismo sector económico e, incluso, en una misma zona geográfica es enorme. Por ejemplo, los estudios basados en el Censo de Manufacturas del INE muestran que en un mismo mercado conviven empresas con diferencias de productividad de hasta el 600%. No podemos pedirles a esas empresas tan diversas que entreguen iguales beneficios colectivos”*¹⁴, lo que resulta coincidente con la preocupación antes planteada en orden a que no basta para establecer la obligatoriedad de la negociación con STiE el considerar que debe tratarse de empresas que desarrollen sus actividades en un mismo rubro o actividad económica.

La comisión negociadora en los procesos que se realicen en las medianas y grandes empresas se integrará por los directores del STiE y los delegados sindicales que trabajen en la empresa respectiva, sin perjuicio de los asesores de las partes. En lo demás se aplicarán las normas del procedimiento de negociación colectiva reglada.

VI. 2. Negociación de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (arts. 365 a 373)

Bajo la vigencia del C. del T. actual, los STT o eventuales pueden negociar colectivamente en forma voluntaria o no reglada, sin perjuicio del derecho de los ST agrícolas de temporada de presentar proyectos de contrato colectivo antes del inicio de la faena de temporada, presentación que no obliga al empleador a negociar sino solo a contestar si negociará o no con esa OS.

La Ley 20.940, junto con reconocer en el inc. 1° del art. 365 el derecho de los trabajadores indicados en este título a negociar en forma no reglada, contempla además, un proceso especial de negociación, semirreglado, para los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.

El inc. 2° del art. 365 indica: *“Las empresas estarán obligadas a negociar conforme al procedimiento regulado en este Capítulo solo en el caso que **la obra o faena transitoria tenga una duración superior a doce meses**”*. ¿Debe entenderse que esta exigencia solo será aplicable cuando los trabajadores estén sujetos

¹⁴ Citada en artículo R. Lucero, Diario Financiero Online 06.07.2015.

a un contrato por obra o faena transitoria, pero no cuando los trabajadores tienen el carácter de eventuales (portuarios) o de temporada (agrícolas, de centros invernales o vacacionales), ya que la naturaleza de las empresas en que estos últimos trabajadores realizan sus actividades implica, normalmente, que la empresa sí tiene actividades de duración indefinida, no obstante que los contratos de quienes laboran en ellas son eventuales o de corta duración? Si bien, en principio, podría concluirse que esa exigencia es solo para ese tipo de contratos, ello no resulta tan claro desde que el art. 367 se refiere a "obra o faena transitoria" en un sentido genérico, que pareciera ser comprensivo de todas las faenas de corta duración.

En cualquier caso, la regla que indica que **la obra o faena transitoria debe tener una duración superior a doce meses** (art. 365), lleva a concluir que no es la duración particular de cada contrato lo que determina el derecho de los trabajadores a participar o no de este tipo de proceso de negociación, sino la duración total de la obra en la que aquellos laboran.

Un cambio relevante en la nueva normativa es que este novedoso procedimiento, según el art. 367, se inicia con la presentación del proyecto de contrato "una vez iniciada la obra o faena transitoria", lo que determina que aquel empresario que está empleando trabajadores para una labor transitoria o de corta duración, se encontrará con que durante el desarrollo de las mismas, se verá fuertemente conminado a otorgar los beneficios que se exijan, por el riesgo de no poder cumplir las labores en el periodo en que imperativamente ellas deben realizarse. Alguien podrá retrucar que se está generando un falso temor porque estos trabajadores no gozarán de fuero ni del derecho a la huelga, cuestión que, como se expresa más adelante, no constituye una garantía que vaya a permitir cumplir con las exigencias de prontitud que demandan este tipo de servicios.

Recibido el proyecto, la o las empresas están obligadas a contestar en el plazo de 5 días contados desde la presentación del mismo, pero a cada una de ellas corresponde decidir si negocian en forma conjunta o separada, comunicando esa decisión a la comisión negociadora sindical.

De acuerdo a la ley, en el procedimiento especial a que se hace referencia, no se concede a la parte trabajadora ni la prerrogativa del fuero ni la de votar la huelga y el instrumento colectivo que se suscriba producto de tal negociación será un convenio colectivo (art. 365 i.f.).

Las características tan especiales de este procedimiento resultan verdaderamente notables.

Cabe preguntarse, ¿cuál fue el sentido de contemplar un procedimiento de negociación colectiva que desarrollándose en forma simultánea al periodo en que

deben cumplirse las faenas para las cuales los trabajadores fueron contratados, no considera explícitamente el fuero y el derecho a votar y a hacer efectiva la huelga? ¿Será para que se estime que al no conceder dichas prerrogativas, ello garantizará el desarrollo normal de las actividades productivas o de servicios? Es posible que no ocurra así y la cuestión no es banal. Los efectos que de estas normas surgirán, quedarán determinados en el futuro por lo que los tribunales resuelvan en los casos particulares que se presenten. Así, por ejemplo ¿qué pasará si durante una negociación colectiva de este tipo, el empleador debe despedir a uno o más de los trabajadores involucrados en el proceso, el que, según la ley, no goza de fuero? No es aventurado pensar que el tema terminará debatiéndose en el ámbito de las conductas constitutivas de prácticas antisindicales o desleales. Pareciera una estrategia un tanto mañosa del legislador el contemplar un procedimiento sin fuero, cuando sabemos que, aplicando las normas sobre prácticas antisindicales o desleales, el empleador estará en una situación tanto o más restringida en cuanto al uso de sus facultades, que si se enfrentara a un fuero reconocido en la ley. En la práctica, frente a situaciones complejas, no podría ni siquiera solicitar el desafuero con una medida especial que le permita, fundadamente, conseguir la autorización para una separación provisional del trabajador de sus labores, debiendo derechamente exponerse a eventuales sanciones por prácticas desleales (si se considera el criterio con que ellas se juzgan normalmente por los órganos que intervienen en su investigación y sanción).

Por otra parte, ¿qué sucederá si las partes no llegan a acuerdo en el proceso y los trabajadores que no tienen derecho a votar la huelga, deciden igualmente paralizar sus actividades? ¿Podrá el empleador prescindir de esos trabajadores? ¿Qué resolverán los tribunales en tal circunstancia? ¿Qué consecuencias sobrevendrán para, por ej. las faenas agrícolas de temporada u otras muchas faenas similares en que las empresas normalmente contratan dependientes sujetos a este tipo de contratos de trabajo? Atendiendo a la forma en que se ha venido reconociendo, últimamente, el derecho a huelga por algunos de los tribunales del país al resolver sobre huelgas realizadas al margen de procesos de negociación colectiva, es posible temer que en los casos indicados, el afectado por estas paralizaciones ilegales será el empleador correspondiente y, por cierto, la economía y el desarrollo del país, materias en las cuales impactarán con fuerza las consecuencias anteriormente expuestas.

Así, entonces, ¿procedimiento “sin fuero y sin huelga”? Sospechosa forma de legislar.

En estos procesos no se contemplan normas que obliguen a sujetarse a otros plazos; si luego de las reuniones que las partes estimen pertinentes realizar no se arriba a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá solicitar a la IT su mediación, órgano que dispone de amplias facultades para instarlas a lograr un acuerdo

dentro del plazo de 5 días hábiles, salvo prórroga de mutuo acuerdo por el tiempo que estimen pertinente. Es este un proceso de mediación obligatorio, pero que, por su naturaleza, no necesariamente terminará con un acuerdo y, de esa forma, es previsible que algunos de los sectores que resultarán involucrados en este tipo de negociación, sufrirán graves dificultades.

Otros grupos de trabajadores que podría pensarse utilizarán esta forma de negociar, como los trabajadores portuarios eventuales, probablemente no recurrirán a este procedimiento desde que ellos, hasta ahora y al amparo de organizaciones de hecho, han logrado negociar por vías diferentes y fuera del margen de la ley, de modo tal que esta nueva forma de negociar no representará para ellos un mecanismo eficiente de solución para sus demandas laborales. Es probable que el procedimiento termine siendo utilizado por algunas organizaciones menores de trabajadores, pero con las consecuencias negativas ya reseñadas.

El convenio colectivo que se celebre produce los mismos efectos que el contrato colectivo.

Los convenios pueden incluir pactos sobre condiciones especiales de trabajo en materias, tales como distribución de jornada semanal de trabajo y combinación de jornada presencial con jornada fuera de la empresa para trabajadores con responsabilidades familiares.

A través de las normas de procedimiento que se contemplan para este tipo de negociación colectiva, las OS pueden también celebrar convenios de provisión de puestos de trabajo.

Conclusiones

La nueva legislación, a juicio de la autora de este documento, está muy distante de cumplir algunos de los objetivos reseñados en el mensaje con que el proyecto de ley fue enviado por el Gobierno al Congreso Nacional. Es efectivo que algunas de sus normas son claramente positivas; así ocurre con aquellas que corrigieron algunos problemas de la anterior legislación en el ámbito sindical, *v.gr.* impidiendo la generación de fueros para dirigentes que no eran auténticamente tales, especialmente en relación a los STiE, como también procuran evitar la designación mañosa de delegados sindicales para el mismo fin antes indicado: generar fueros al amparo de las normas sindicales. También es positivo que se haya incorporado a dicho estatuto el principio de buena fe que debe gobernar la negociación y que hay normas nuevas relativas al trabajo en régimen de subcontratación que pueden contribuir a un mejor proceso de negociación. Sin embargo, a raíz de la imperfecta redacción de sus normas, acompañada del cercenamiento que se hizo a algunas de sus disposiciones

luego del fallo del Tribunal Constitucional, más la alta ideologización que se observa en el marco general en que este se inspira y la nula consideración de la realidad actual en la cual se desenvuelven trabajadores y empleadores, hace prever que la judicialización anunciada será una realidad concreta y mayor a la estimada; que los conflictos laborales tenderán a agudizarse y que, en ese escenario de incertidumbre, no se promoverá el diálogo necesario entre los actores de este proceso.

La normativa que regula, a su vez, la herramienta de la huelga, materia que no se analiza en este trabajo, es consistente con el espíritu que determina que en lugar de propender al diálogo y a un equilibrio real entre las partes, es posible imaginar efectos negativos en el ambiente laboral y productivo de nuestro país.

Todo lo anteriormente expuesto permite reproducir aquí, por estimarlas plenamente aplicables, las ideas del economista, periodista y filósofo francés Guy Sorman, pronunciadas a propósito de la reforma laboral discutida en Francia, sobre las cuales, luego de señalar que el gran error intelectual de ese debate, era que se discutía bajo la perspectiva de leyes que regían hace varias décadas atrás y para una economía fuertemente industrial que hoy no existe en la misma forma, exigen “explicarle a la gente que la economía ha cambiado totalmente..., proponiendo un nuevo modelo solidario en el que debe haber protección, pero no basada en el modelo industrial”.

Finalmente, son tantos y tan diversos los problemas de interpretación que surgen del nuevo articulado de las normas citadas, que solo cabe esperar que en el tiempo, los órganos encargados de su interpretación, orienten sus pronunciamientos en un sentido que contribuya a dirimir los conflictos laborales colectivos pensando en el verdadero bien común, el cual no solo incluye a los trabajadores que momentáneamente participan del conflicto sino, además, a aquellos trabajadores que aún no se incorporan a la fuerza laboral y, por cierto, a la totalidad de nuestro país.

Abreviaturas

C. del T: Código del Trabajo

CNS: Comisión negociadora sindical

DT.: Dirección del Trabajo

IT.: Inspección del Trabajo

NC: Negociación colectiva

OS: Organización sindical

STE: Sindicato de trabajadores de empresa

STiE: Sindicato de Trabajadores interempresa

STT: Sindicato de trabajadores transitorios

TC: Tribunal Constitucional