

TITULARIDAD SINDICAL EN LA NUEVA LEGISLACIÓN LABORAL. ELIMINACIONES Y RESABIOS

TRADE UNION'S OWNERSHIP IN THE NEW LABOR LAW. ELIMINATIONS AND TRACES

*Sergio Morales Cruz**

RESUMEN: La titularidad sindical fue el principio rector para la nueva regulación en materia de Derecho Colectivo del Trabajo, la cual en un control preventivo fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, eliminando, por ende, del proyecto de ley una serie de disposiciones relativas a la materia. Pese lo anterior, en la nueva normativa subsisten ciertos resabios de titularidad sindical que afectan directa e indirecta las libertades y derechos de que son titulares individualmente, independiente de su afiliación sindical, las cuales deben ser consideradas y corregidas vía legal o jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Titularidad sindical – Reforma laboral – Inconstitucionalidad – Resabios.

ABSTRACT: Trade union's ownership was the guiding principle for the new regulation regarding collective labor law. However, in the exercise of its preventive control over new legislation, the Constitutional Court declared the unconstitutionality of this principle. As a result, a set of rules regarding the matter had to be eliminated from the regulation. Notwithstanding, some traces of trade union's ownership survive in the new regulation. These affect the rights and freedoms workers have individually, regardless of their union membership, and should be considered and corrected either by the law or the judiciary.

KEY WORDS: Union Ownership – Labor Reform – Inconstitutionality – Aftertaste.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

NUEVA NORMATIVA LABORAL. LEY N° 20.940

El pasado 1 de abril de 2017 entró en vigencia, en su totalidad, la ley N° 20.940 que moderniza las relaciones laborales, conocida como la “reforma laboral”.

Esta nueva regulación, que tuvo una larga tramitación en el Congreso Nacional, de más un año y medio, fue objeto de una serie de modificaciones durante el proceso legislativo, llegando, incluso, a ser materia de un requerimiento de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Esta nueva normativa modifica sustancialmente muchas disposiciones relativas al Derecho Colectivo del Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en lo referente a negociación colectiva y derecho a huelga.

Dentro de las principales modificaciones que incorpora este nuevo libro IV al *Código del Trabajo* se cuentan:

- Eliminación del reemplazo externo e interno de trabajadores durante la huelga.
- Se establece que la extensión de beneficios de la negociación colectiva a nuevos afiliados y trabajadores no sindicalizados procederá solo previo acuerdo entre sindicato negociador y empleador.
- Regulación de servicios mínimos y equipos de emergencia durante la huelga.
- Establecimiento de pactos de adaptabilidad relativos a jornada ordinaria de cuatro días semanales y pactos relativos a trabajadores con responsabilidad familiar.
- Negociación colectiva a nivel empresa con sindicatos interempresa obligatoria para los empleadores, bajo ciertas condiciones.
- Regulación de la negociación colectiva para los trabajadores por obra o faenas superiores a doce meses.

Muchas de las normas de la actual normativa quedaron con ciertas ambigüedades e, incluso, se detectan una serie de lagunas legales que solo son posibles de comprender si consideramos el resultado de la eliminación de la titularidad sindical en la nueva ley por parte del TC.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA TITULARIDAD SINDICAL

Un grupo importante de parlamentarios de oposición, senadores y diputados, por separado, presentaron un requerimiento de constitucionalidad al TC para que este se pronunciara vía control *ex ante* respecto de algunos aspectos del proyecto de reforma laboral del gobierno, los cuales fueron acumulados en la causa rol: 3016 (3026)-2016.

El fallo, en su parte medular, declaró inconstitucional la titularidad sindical, idea matriz y central del proyecto de ley del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, así como el sistema de extensión automática de beneficios de la negociación colectiva por parte de los sindicatos a sus nuevos afiliados.

El proyecto de ley pretendía, desde su origen, modificar la actual normativa, entregando la titularidad o exclusividad de la negociación colectiva a las organizaciones sindicales.

La iniciativa legal señalaba que las partes de la negociación colectiva son los empleadores y las organizaciones sindicales¹, lo que, en otras palabras, implica que los trabajadores de una empresa solo tendrán derecho a negociar colectivamente representadas por este tipo especial de organizaciones, excluyendo, por defecto, la posibilidad de que los trabajadores opten por negociar a través de otras formas de colectivos como son los grupos negociadores o el nombramiento de delegados de personal.

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

Esta figura que se intentó instalar en el ámbito legal, infringía, a juicio de muchos, abiertamente norma expresa constitucional, específicamente el artículo 19 número 16 de la *Constitución Política de la República de Chile*, que consagra, a propósito del derecho a la libertad de trabajo y su protección, el derecho a negociar colectivamente, señalando a su respecto en el inciso quinto:

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados”.

Esta norma, al relacionarla con el artículo 19 número 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la sindicalización, al disponer:

“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria (...)”.

junto con el derecho a huelga establecido en el artículo 19 número 16 inciso séptimo de la norma fundamental, que dispone:

¹ Artículo 1 numeral 23) que crea un nuevo 303° del *Código del Trabajo*. Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al *Código del Trabajo*. *Boletín* 9835-13.

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”.

Forman los tres pilares en que descansa la libertad sindical: Negociación colectiva; derecho a la formación, afiliación, desafiliación y no afiliación sindical; y derecho a huelga.

Lo cierto es que del análisis de esta trilogía de normas se desprende que la titularidad de la libertad sindical descansa, en último término, en los trabajadores, entendidos como las personas naturales que prestan servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo².

A lo anterior se suma que solo es posible vía legal determinar casos en que no será posible negociar, situaciones que deberán estar debidamente justificadas, y que solo pueden referirse a determinadas categorías de trabajadores por actividad o empleador y no a los trabajadores por el solo hecho de no ser parte de una organización sindical.

El derecho a negociar colectivamente como derecho de los trabajadores, queda reforzado, además, por el hecho de que el constituyente regula este derecho a propósito de la libertad de trabajo y no dentro del derecho de sindicación que se regula en otro numeral del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que evidencia el propósito diferenciador.

En virtud de lo anterior, la negociación colectiva debe ser entendida como un derecho de los trabajadores (titulares específicos del derecho fundamental) y no de las organizaciones sindicales, por lo que mal se hubiese podido torcer la voluntad del constituyente y la supremacía constitucional estableciendo la titularidad sindical que promovía el Ejecutivo mediante este proyecto de ley.

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

² Artículo 3° letra b) del *Código del Trabajo*.

Ahora bien, al relacionar la libertad sindical con el derecho constitucional de asociación del artículo 19 número 15 de la *Constitución Política de la República* que dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de asociarse sin permiso previo.

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

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. (...)”.

y la libertad de conciencia reconocida en el artículo 19 número 6 de la norma fundamental al disponer:

“La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. (...)”.

Así, podemos concluir que, para garantizar ambos derechos, el Estado y los particulares un deben respetar el deber que de acuerdo con lo señalado les pesa, y que consiste en no obligar, de ningún modo, a una persona a pertenecer a una asociación o a un tipo específico de organización. Es por esto, que la titularidad sindical vaya en camino contrario a las libertades garantizadas en el ámbito constitucional.

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

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

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

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

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

Así, nuestra *Constitución Política de la República* declara que cada persona es libre para agruparse del modo que estimen pertinente y en igualdad

de oportunidades, conforme a sus propios valores, ideas o aspiraciones que no siempre están precisamente en manos de un sindicato.

En lo que se refiere al tipo de procedimiento de negociación colectiva, la norma constitucional en su artículo 19° número 16°, al señalar que la ley establecerá las “modalidades” de la negociación colectiva y los “procedimientos adecuados”, en caso alguno puede implicar que el legislador dificulte o impida el ejercicio de la libertad sindical y la libertad de trabajo por medio de la regulación de estos aspectos de la negociación.

El proyecto de ley original, mediante las normas referentes a la titularidad sindical, lesionaba fuertemente el ejercicio de estos derechos, en consideración a que, por una parte, señalaba que solo los sindicatos podían negociar bajo la modalidad reglada y, por otro, que los trabajadores que opten por no negociar colectivamente vía afiliación o formación de nuevos sindicatos, perdían o, a lo menos, verían limitado considerablemente el derecho a la libre contratación en materia laboral, pues considerando las normas relativas a la extensión de beneficios y las prácticas antisindicales no podrán convenir libremente con su empleador mejoras en las condiciones de trabajo, sin que previamente el sindicato consienta en dicha negociación individual respecto de la que jurídicamente no debiera ser parte.

La titularidad sindical, en los casos en que exista un sindicato con derecho a negociar en la empresa, independiente de su representatividad (que en todo caso, por regla general, debe tener un mínimo de veinticinco trabajadores que representen al menos el 10% de los trabajadores con derecho a negociar), transformaba a las organizaciones sindicales en dueños de un monopolio absoluto, toda vez que se pretendía fijar por ley que solo estas entidades serían capaces de representar los intereses colectivos de los trabajadores, independientemente del derecho a la libertad de conciencia de cada trabajador respecto de las ideas, convicciones, políticas, religiosas o económicas.

Así, sería posible vislumbrar un escenario en que en una empresa de quinientos trabajadores, cincuenta forman un sindicato y los cuatrocientos cincuenta restantes optan libremente por no sindicalizarse. Por esta decisión de no sindicalizarse, que la libertad sindical en su variable negativa les reconoce a los trabajadores, estos perderían automáticamente su derecho a negociar como grupo o, bien, viendo, además, mermados de sobremanera su libertad para contratar individualmente con su empleador.

Este monopolio, en relación con el sistema de extensión de beneficios del proyecto de ley del Ejecutivo, condicionaba coactivamente la afiliación sindical, pues a quien quisiera desafilarse o hubiera decidido no afiliarse le sería muy gravosa y perjudicial su situación laboral, afectando, por tanto, el núcleo de la libertad sindical, pues en caso de no afiliarse a un sindicato nuevo o existente torna el derecho a negociar colectivamente en un derecho irrealizable, imposible de ejercer.

Finalmente, respecto del caso excepcional en que en la empresa no existiera un sindicato con derecho a negociar y los trabajadores pudieran ne-

gociar bajo la modalidad de grupo negociador, solo estarían habilitados para someterse a la modalidad semirreglada, que es una forma más precaria y desregulada de ejercicio del derecho a negociar colectivamente, toda vez que no proporciona a los trabajadores involucrados en ella del derecho a fuero durante el proceso y la posibilidad de ejercer el derecho a huelga.

Lo anterior da cuenta, a todas luces, de una vulneración a la igualdad ante la ley y la prohibición general de discriminación, consagrada tanto en el ámbito constitucional como en una gran cantidad de cuerpos legales, al generar una diferencia arbitraria que genera una diferencia insuperable frente al ejercicio de otra garantía fundamental como es la libertad de asociación.

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

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC, en su sentencia definitiva de fecha 9 de mayo de 2016, realiza una descripción pormenorizada de las garantías que la inclusión de titularidad sindical en los términos del proyecto de ley aprobado por el Congreso vulneraría.

En este sentido, el fallo señala:

“(...) se está en presencia de una afectación constitucional múltiple de derechos constitucionales, lo que no es inocuo para la evaluación de la tolerabilidad constitucional de la intervención legislativa...”³.

Es así como, a juicio del TC, la titularidad sindical afecta a todas y cada una de las garantías constitucionales expuestas en el requerimiento, esto es: artículo 19 número 2 (prohibición de establecer diferencias arbitraria), artículo 19 número 16 (derecho de los trabajadores a negociar colectivamente), artículo 19 número 15 (derecho a asociarse sin permiso previo), artículo 19

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, considerando 25°, p. 60.

número 19 (afiliación sindical será siempre voluntaria) y artículo 19 número 26 (seguridad de los preceptos legales que no podrán afectar derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio)

En lo que respecta a la negociación colectiva, el tribunal fue categórico en señalar: "(...) la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores"⁴. Agrega, además:

"En efecto, se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados".

A raíz de lo anterior, la judicatura determinó que los efectos de un instrumento colectivo recaen en los trabajadores, individualmente considerados, y no en las organizaciones de trabajadores. En virtud de aquello, los mecanismos de intermediación o representación de la voluntad individual para expresar el interés común del colectivo en una negociación no pueden implicar una prohibición o limitación tan drástica.

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

En definitiva, el TC determinó que las normas de titularidad eran inconstitucionales, pues su efecto era alterar en el ámbito legal la titularidad de un derecho fundamental.

El TC estimó, además, que la titularidad sindical afectaba la garantía fundamental de libertad de asociación. En relación con esta, el TC estimó que en materia de negociación colectiva esta libertad no se agota en el sindicato como único cuerpo intermedio, sino que toda agrupación voluntaria de trabajadores es reflejo de este derecho de asociación. Según el TC, "La ausencia de reconocimiento constitucional expreso no copa las posibilidades asociativas de los trabajadores"⁵.

Así, se concluye que el hecho de que no tengan reconocimiento expreso no significa que en el ámbito constitucional deba estimarse que los grupos estén prohibidos.

Citando al profesor Silva Bascuñán, se señala que el derecho de asociación no solo se refiere a las facultades de los individuos de formar e integrar cualquier tipo de organización sino, también, de no verse forzado a incorporarse a una determinada e, incluso, de no participar en asociación alguna, aunque

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Sentencia roles 3016-16 y 3026-16, considerando 19°, p. 55.

⁵ *Op. cit.*, considerando 29°, p. 60.

sean transitorio y no tengan personalidad jurídica como es el caso de los grupos negociadores.

Respecto de la libertad de afiliación, el TC recalca, de acuerdo con norma constitucional expresa, la afiliación sindical será siempre voluntaria, lo cual permite dar cuenta de que:

“(...) la libertad sindical debe concebirse como el ejercicio de un derecho individual (y voluntario) para crear un sindicato, el cual, a su vez, como colectivo, goza del derecho a desarrollarse, respetando siempre el derecho (también individual y voluntario) de quienes lo conforman de permanecer, afiliarse o desafilarse”⁶.

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

Por su parte, el considerando 64° del fallo del TC en la causa rol: 3016 (3026)-2016, teniendo a la vista que la titularidad sindical estaba transversalmente en buena parte del articulado de la nueva legislación, establece un efecto expansivo a priori de declaratoria de inconstitucionalidad a buena parte del proyecto, al señalar:

“Que, asimismo, las constataciones de inconstitucionalidad a las que este Tribunal ha llegado son incompatibles con cualquier disposición transitoria o accesoria a las normas impugnadas en este requerimiento y que han sido declaradas inconstitucionales”.

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

Con esta declaración, el primer y principal órgano llamado a interpretar el sentido y alcance de la *Constitución Política de la República* pretende entregar suficientes elementos para llenar posibles lagunas legales y contradicciones normativas que se susciten con la nueva normativa en régimen, llamado que tiene como destinatarios naturales la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): Sentencia roles 3016-16 y 3026-16, considerando 34°, p. 64.

RESABIOS DE LA TITULARIDAD SINDICAL EN LA NUEVA NORMATIVA LABORAL

Frente a una categórica y contundente sentencia del TC en que se declaró expresamente inconstitucional la titularidad sindical, suprimiendo determinados artículos del proyecto de ley y estableciendo una declaración general que declara inconstitucional toda norma accesorio o transitoria relativa a lo mismo, se hacía imperioso contar con un veto sustitutivo o aditivo que corrigiera una serie de inconsistencias luego del pronunciamiento judicial.

Desgraciadamente, el Ejecutivo rechazó la idea de un veto sustitutivo o aditivo que corrigiera lo anterior, desechando, incluso, toda posibilidad de enviar un proyecto de ley adecuatorio que solucionara todo tipo de controversia en la materia, entregando resolución de estas materias a los órganos administrativos y judiciales llamados por ley a pronunciarse sobre la normativa laboral.

Del análisis del nuevo libro IV del *Código del Trabajo* es posible resaltar tres materias que generan controversia, de las cuales se hace necesario uniformar criterios jurisprudenciales o, derechamente, realizar cambios legislativos que corrijan ciertas inconsistencias con la norma constitucional. Estas materias son: grupos negociadores, delegado de personal y pactos de adaptabilidad.

i) Grupos negociadores

El TC declaró inconstitucional las normas relativas a la titularidad sindical, por considerar que afectaba una serie de derechos fundamentales de los trabajadores, ya que se estimó que estos pueden negociar colectivamente, bien sea como sindicatos o como grupos negociadores y, en todos los casos, se les reconoce los mismos derechos, lo que implica derecho a huelga y fuero.

Los grupos negociadores son entendidos como agrupaciones transitorias y sin personalidad jurídica de trabajadores de una empresa, formadas con el único propósito de negociar colectivamente con su empleador y fijar condiciones comunes de trabajo mediante un instrumento colectivo.

Con la eliminación de varias disposiciones del texto legal, los grupos quedaron sin consagración ni regulación legal. Sin embargo, atendida la aplicación directa de la norma constitucional y la interpretación del TC de sus normas en cuestión, es posible dar cuenta de sus derechos y normas aplicables.

Frente a la ausencia de una ley adecuatorio que recogiera lo dispuesto por el TC, la Dirección del Trabajo, a propósito del requerimiento de un particular consignado en el ordinario número 1163/0029 de fecha 13 de marzo de 2017, optó por no pronunciarse sobre ellos y sobre el procedimiento y modalidades de negociación, aduciendo que estarían legislando y, por tanto, infringiendo el principio de juridicidad administrativa, no sin antes reconocer

que existiría una suerte de vacío legal. Sin embargo, acto seguido, sí se pronuncia sobre los acuerdos de los grupos negociadores, señalando que los trabajadores tienen el derecho a negociar condiciones de trabajo de manera grupal, y que son vinculantes como cualquier contrato, pero que no tienen los efectos jurídicos de los instrumentos colectivos regulados en el *Código del Trabajo*, restándoles a estos trabajadores el derecho a exigir respuesta del empleador ante la propuesta de negociar, el derecho a huelga y el fuero de los trabajadores durante la negociación.

Considerando lo anterior, la misma Dirección del Trabajo ha hecho una errada interpretación de la norma constitucional y ha intentado torcer lo resuelto por el TC, debilitando los derechos de los trabajadores para negociar colectivamente como mejor les parezca, priva a los no sindicalizados del derecho a huelga, y ha generado diferencias arbitrarias entre sindicatos y grupos negociadores, todo lo cual deberá en el futuro ser resuelto en cada caso concreto por los tribunales de justicia. Además, la Dirección del Trabajo es bastante errática al señalar que no tiene facultades legislativas para algunas materias, lo que parece sensato; sin embargo, para otras materias pasa por alto esta limitación y se pronuncia en el fondo, de manera abiertamente contraria a lo dispuesto por el TC.

Pese a lo anterior, y en aplicación directa de la norma constitucional el artículo 19 N° 16, que establece que el derecho a negociar colectivamente es un derecho de los “trabajadores”, sumado a la interpretación realizada por el TC, es preciso realizar una labor de integración de normas jurídicas basadas principalmente en el derecho a la libertad sindical en su variante positiva y negativa, debieran considerarse interpretarse que los grupos negociadores se rijan por las mismas normas relativas a los sindicatos, en todo lo que no se contrario a su naturaleza.

Así las cosas:

- Tanto los sindicatos como los grupos negociadores, independientemente de su naturaleza jurídica, son organizaciones (permanentes o transitorias) organizaciones igualmente legítimas para representar los intereses de los trabajadores en un proceso de negociación colectiva, pudiendo coexistir en una empresa e incluso negociar paralela o conjuntamente.
- Todo grupo negociador, al no tener normativa procedimental especial, podrá optar por negociar bajo las reglas de la negociación colectiva reglada (incluye fuero de trabajadores y derecho a huelga) o bajo las disposiciones de la negociación no reglada.
- En el evento que el grupo negociador opte por acogerse a la normativa de la negociación colectiva reglada, debe previamente determinar con su empleador los servicios mínimos y equipos de emergencia de trabajadores frente a posibles paralizaciones producto de una huelga, de acuerdo con las normas relativas a las organizaciones sindicales nuevas, contempladas en el artículo 360° inciso 4° del *Código del Trabajo*.

- Tanto a sindicatos como a grupos negociadores se le aplican las mismas normas en relación con presentación del proyecto de contrato colectivo, mediación, derecho a huelga, servicios mínimos, arbitraje, prácticas antisindicales y desleales, etc.

ii) Delegado de personal

Previo a la reforma laboral, el *Código del Trabajo* contemplaba la figura del delegado de personal, la cual era concebida como una alternativa a la formación o mantención de un sindicato.

Los trabajadores de empresas o establecimientos con derecho a constituir sindicatos (ocho o más trabajadores) pueden nombrar uno o más trabajadores para que operen como nexo de comunicación entre los trabajadores que representa y el empleador.

Este delegado de personal debía cumplir con los requisitos para ser director sindical, duraba dos años en su cargo con posibilidad de reelección y gozaba de fuero sindical.

Con la reforma laboral, se eliminó la disposición que daba cuenta de esta figura, manteniendo, en todo caso, el título referente al delegado sindical. De este modo, la nueva normativa suprime la regulación de un trabajador delegado con fuero y que opere como una alternativa a la formación de un sindicato y la elección de un directorio sindical, lo cual es de manera indirecta es una manifestación e insistencia del legislador en cuanto a imponer a los trabajadores el concepto de titularidad sindical en lo que respecta a las relaciones laborales colectivas.

Pese a lo anterior, nada obsta a que por iniciativa de los trabajadores se delegue la función de operar de nexo con el empleadora uno o más trabajadores, de manera transitoria o permanente. Sin embargo, se previene que en caso alguno dicho trabajador gozará de fuero.

iii) Pactos de adaptabilidad

El *Código del Trabajo* en su artículo 374° y siguientes regulan, por primera vez en nuestra legislación laboral, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo. Estos pactos tienen relación con acuerdos entre las partes de una relación laboral sobre el establecimiento de condiciones especiales de distribución de la jornada ordinaria de trabajo y duración de los descansos.

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

- Solo podrán ser pactadas por sindicatos, sean de nivel empresa o interempresa.
- Tendrá lugar en empresas en que exista una tasa de afiliación sindical (bien sea en uno o varios sindicatos) igual o superior al 30% del total de sus trabajadores.

- Podrán acordarse en los procedimientos de negociación colectiva reglada y no reglada.
- La duración máxima de estos pactos será de tres años.
- Estos pactos deberán ser registrados en la Dirección de Trabajo.
- Luego del veto presidencial, estos pactos pueden consistir en⁷: jornada ordinaria de trabajo de cuatro días semanales.
- Pacto relativo a trabajadores con responsabilidad familiar.

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

Estos pactos de adaptabilidad, aprobados por el Congreso, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, descansan sobre la lógica de la titularidad sindical, en cuanto a que solo son legitimados activos para celebrar estos pactos las organizaciones sindicales y no los grupos negociadores, lo cual podría generar dudas de constitucionalidad atendido el razonamiento del fallo en relación con la prohibición de establecer diferencias arbitrarias entre sindicatos y grupos.

iv) Negociación individual y prácticas antisindicales

La *Constitución Política de la República* es contundente al reconocer a todas las personas en el artículo 19° número 16, el derecho a la libre contratación en materia laboral, lo cual implica, tanto la decisión de contratar o no; elegir la persona del co-contratante y el contenido de ese contrato, todo lo cual queda en cierta medida moderado por el reconocimiento de normas irrenunciables dispuestas en el ámbito legal en aras de la protección y beneficio de los trabajadores.

Hasta antes de la nueva normativa, no existía impedimento para que al trabajador no sindicalizado se le pudieran extender los beneficios de una negociación colectiva, pero cumpliendo ciertos requisitos, siendo el principal que se le descontara de la remuneración del trabajador un pago al sindicato negociador correspondiente al 75% de la cuota sindical ordinaria por concepto de extensión.

⁷ El proyecto de ley previo a la declaratoria de inconstitucionalidad de la titularidad sindical, contemplaba la existencia de tres pactos adicionales:

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

Sin perjuicio de lo anterior, se agregaba que se consideraba práctica antisindical del empleador en el artículo 289° letra c) del *Código del Trabajo* “El que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato”.

Así las cosas, se consideraba una vulneración a la libertad sindical este ofrecimiento u otorgamiento de beneficios especiales hechos con la intención exclusiva y manifiesta de desestimular la formación de una nueva organización sindical.

Con la nueva regulación, nos encontramos con dos normas que limitan esta libre contratación laboral individual entre empleador y trabajador, atendido que, en primer lugar, se modifica la norma referente a la extensión de beneficios de una negociación colectiva, al disponer que solo procederá por acuerdo previo entre empleador y sindicato negociador, extensión que, dependiendo de ese acuerdo base, puede ser total o parcial y sujeto al pago de todo o parte de la cuota sindical ordinaria.

Asimismo, se incorporó un cambio en materia de prácticas antisindicales, al modificar la normativa señalando que la nueva conducta típica sería “Ofrecer u otorgar beneficios especiales que signifiquen desestimular la formación de un sindicato”. De este modo, el propósito fue eliminar la carga de probar la intención real y maliciosa del empleador de ofrecer u otorgar condiciones laborales más beneficiosas a sus trabajadores con el fin de desestimular la formación de un sindicato, de este modo, y siguiendo la intención del legislador plasmado en la historia fidedigna de la ley, se consagra el carácter objetivo de la responsabilidad en materia de prácticas antisindicales y desleales.

Considerando lo anterior, se advierte que fácilmente una negociación individual entre un empleador y un trabajador que no pasara por una especie de anuencia de la organización existente en el sindical, podría dar paso a cuestionamientos mediante denuncias por prácticas antisindicales en la Dirección del Trabajo.

El Ejecutivo, al verse representado por lo anterior, incorporó en segundo trámite legislativo, una disposición tendiente a palear este problema constitucional, disponiendo en el artículo 289° letra h) inciso segundo del *Código del Trabajo*, que:

“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”.

Lamentablemente, esta norma no soluciona el problema de raíz, toda vez que desarrolla esta eximente en materia de acuerdos individuales, pero lo restringe solo remuneraciones y sus incrementos, pero no a todas aquellas condiciones laborales que no se refieran a estas materias, como son: jornadas, permisos, asignaciones que no constituyan remuneración como bonos de transporte, alimentación.

A mayor abundamiento, se hace presente que la jurisprudencia administrativa y judicial han señalado en incontables oportunidades que el catálogo de prácticas antisindicales y desleales no constituyen un *numerus clausus*, sino que por el contrario, por su redacción corresponden a un *numerus apertus*, por lo que, en virtud del principio de libertad sindical, pueden detectarse otras vulneraciones a este derecho fundamental que pueden ser denunciadas y sancionadas como tal.

Teniendo presente dichas normas, es posible afirmar que la nueva legislación presenta una serie de defectos que podrían dar lugar a serios atentados a la libertad individual de los trabajadores y plasmar de manera indirecta una supervivencia de la titularidad sindical en el ordenamiento jurídico laboral que clama una pronta modificación.

v) Servicio mínimos relativos a los trabajadores no huelguistas

La nueva legislación, a modo de limitación al ejercicio del derecho a huelga, regula una institución bastante olvidada en la antigua normativa: la referente a los servicios mínimos y equipos de emergencia.

La definición de servicios mínimos fue uno de los temas más complejos durante la tramitación del proyecto de ley, cambiando esta en varias oportunidades.

Finalmente, el texto final del artículo 359° del *Código del Trabajo* establece que corresponde a la comisión negociadora sindical proveer el personal destinado a

“atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios”.

Como criterios para la determinación de los mismos se cuenta el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

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

Lo relevante de esta definición es que, tanto la ley como el dictamen ordinario 5346/92 de la Dirección del Trabajo, clasifican los servicios mínimos en tres tipos:

- Servicios mínimos de seguridad.
- Servicios mínimos de funcionamiento.
- Servicios mínimos para prevenir daños ambientales o sanitarios.

El problema que se observa de esta institución es que no se consideran servicios mínimos aquellos servicios de una empresa que, en caso de paralización, afectan los derechos de los trabajadores que no se encuentren en huelga. A modo ejemplar, encontramos el personal de cocina en los casinos de las empresas, personal administrativo encargado de pagar remuneraciones o recibir licencias médicas, personal de aseo, etc.

De este modo, nuevamente observamos cómo el poder de los sindicatos es capaz de afectar derechos laborales individuales del resto de los trabajadores, sin que exista un mecanismo, más que eventualmente la acción de protección, para exigir el resguardo de estos derechos.

La Dirección del Trabajo, en sus primeros pronunciamientos relativos a servicios mínimos, ha dejado en evidencia su visión restrictiva de los mismos, no dejando cabida para incluir estos servicios necesarios para el ejercicio de los derechos de los demás trabajadores.

vi) Adecuaciones necesarias de trabajadores durante la huelga

En materia de huelga, el nuevo artículo 345° del *Código del Trabajo* consagra expresamente la huelga como un derecho, señalando al respecto que se ejerce colectivamente por los trabajadores⁸.

Asimismo, se incorpora una importante modificación al consagrarse la prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga. Vale decir, se incluye tanto el reemplazo con los mismos trabajadores de la empresa (reemplazo interno) como el reemplazo con nuevos trabajadores (reemplazo externo).

Atendida la fuerte discusión legislativa y un evidente desbalance en los poderes del empleador y de los trabajadores durante una huelga, el Ejecutivo, en la última etapa de tramitación, incorporó vía indicación un inciso que impone un límite bastante difuso al derecho a huelga basado en el respeto a la libertad de trabajo que asiste a los trabajadores que no estén involucrados en la paralización, al señalar en el artículo 345° inciso 3° del *Código del Trabajo*:

“La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo”.

Asimismo, se indica que la vulneración a esta prohibición constituye una práctica desleal grave, habilitando a la Inspección del Trabajo para requerir, sin mediar orden judicial, el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. En caso de negativa, el ente público denunciará el hecho a los juzgados

⁸ Se hace presente que en el texto original del mensaje presidencial del Ejecutivo se exigía que este derecho debía ser ejercido pacíficamente.

de Letras del Trabajo bajo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ante lo cual tribunal dispondrá en la primera resolución el retiro inmediato de los trabajadores bajo apercibimiento de multas de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales.

Sin embargo, el Ejecutivo en el Senado incorporó dentro de la práctica desleal del artículo 403 letra d) una excepción a la misma, señalando:

“El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo (...)”.

Lo anterior da paso a una nueva figura en el *Código del Trabajo* relativa a las “adecuaciones necesarias”, que, de acuerdo con su regulación y al enfoque pro trabajador no huelguista que le da el texto legal, da cuenta de una especie de reemplazo interno acotado, interpretación que no es del todo pacífica, por lo que su desarrollo quedará en manos de ulteriores pronunciamientos administrativos y judiciales.

Sin embargo, esta nueva figura en caso alguno puede ser entendido como un reemplazo interno a secas, sino que, muy por el contrario, es un tipo acotado de reemplazo sujeto a una serie de limitantes, dentro de las que se cuentan: que las adecuaciones solo pueden tener por objetivo asegurar que los trabajadores que no se encuentran en huelga puedan ejecutar sus funciones de trabajo y asegurarle su libertad de trabajo; que las funciones a las que se destinan los trabajadores deben estar consignadas y convenidas con antelación en los respectivos contratos de trabajo; y no puede implicar el cambio de establecimiento en que se prestan dichos servicios.

La eliminación del reemplazo en sus dos variantes y la figura de las “adecuaciones necesarias” desconocen, por su parte, las facultades de dirección propias del empleador, específicamente la referida al *Ius Variandi* del artículo 12° del *Código del Trabajo*, que contempla la posibilidad de alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto donde ellos deban prestarse, a condición que se trate de labores similares, facultad que debiera mantenerse inalterada respecto de los trabajadores que no se encuentran afectados a la huelga.

Frente al nuevo escenario en que se elimina la figura del reemplazo en huelga, nos vemos enfrentados a una verdadera colisión de derechos; por un lado, el derecho a huelga de los trabajadores y, por otro, el derecho a desarrollar actividad económica del empleador, sin perjuicio de otros derechos que entran en juego frente a paralización, como son los derechos de los trabajadores que no están en huelga y los de consumidores y proveedores. Esto es lo que se denomina “el efecto extensivo de la huelga”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLAMAND, Andrés y MONCKEBERG, Nicolás (2017): *Anotaciones parlamentarias de la reforma laboral* (Santiago, Thomson Reuters).
- ENRÍQUEZ ARANCIBIA, Pablo (2016): *Código del Trabajo comparado* (Santiago, Thomson Reuters).
- LIZAMA PORTAL, Luis (2016): *La reforma Laboral* (Santiago, Luis Lizama Portal y Cía Abogados).
- MORALES CRUZ, Sergio (2016): *Serie informe legislativo 043 "Reforma laboral: Una oportunidad desperdiciada"*. (Santiago, Libertad y Desarrollo).

Normas

- Código del Trabajo*. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. Santiago 2017.
- Constitución Política de la República de Chile*.
- Historia de la ley N° 20.940*. Biblioteca Congreso Nacional. Disponible en www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5389/
- Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. Boletín 9835-13. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional de Chile (2016): Rol N° 3016-16, 9 de mayo de 2016.
- Tribunal Constitucional de Chile (2016): Rol N° 3026-16, 9 de mayo de 2016.